

UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE
CÂMPUS DE NATAL
CURSO DE DIREITO

JOSÉ ROBERTO DA SILVA

ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA INVESTIGAÇÃO
CRIMINAL: Limites e Alcance sob à Óptica da Legislação
Infraconstitucional

NATAL-RN
2013

JOSÉ ROBERTO DA SILVA

**ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL: Limites
e Alcance sob à Ótica da Legislação Infraconstitucional**

Trabalho de Curso, na modalidade monografia,
apresentado ao Curso de Direito do Câmpus de
Natal da Universidade do Estado do Rio Grande
do Norte como requisito parcial para obtenção do
título de bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Ms. Raquel Araújo Lima.

**NATAL-RN
2013**

JOSÉ ROBERTO DA SILVA

**ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL: Limites
e Alcance sob à Ótica da Legislação Infraconstitucional**

Trabalho de Curso, na modalidade monografia,
apresentado ao Curso de Direito do Câmpus de
Natal da Universidade do Estado do Rio Grande
do Norte como requisito parcial para obtenção do
título de bacharel em Direito.

Apresentado oralmente e aprovado no dia _____ de _____ de 2013.

COMISSÃO DE AVALIAÇÃO:

Profª. Ms. Raquel Araújo Lima (UERN)
Orientadora

Prof. Esp. Lídio Sânzio Gurgel Martiniano (UERN)
Examinador

Profª. Ms. Mariana Vannucci Vasconcellos (UERN)
Examinadora

Dedico este trabalho a minha amada esposa, Érika, pelo seu incentivo e pelo amor incondicionais, e aos meus pais, que me trouxeram ao mundo e torcem pelas minhas conquistas desde sempre.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente, a Deus, pela permissão da vida e de poder utilizar um tempo da minha existência para trabalhar e estudar em busca de um mundo mais humano e justo.

Aos meus pais que abraçaram a causa dos meus estudos durante toda a minha vida e me proporcionaram não somente condições físicas e psicológicas para alcançar meus objetivos, como também incutiram em mim a vontade de estudar e a força de vontade para seguir nos momentos difíceis.

As minhas irmãs e ao meu irmão, que presenciaram todo o meu crescimento acadêmico e pessoal de perto, sempre me apoiando e me encorajando a me manter firme.

A minha orientadora, Raquel Araújo Lima, por ter aceitado este desafio, pela disponibilidade e paciência na trajetória deste estudo, além das pontuações essenciais acerca do Direito ora discutido e das correções preciosas no texto.

Ao professor Eduardo Cunha Alves de Sena, pelos conselhos e franqueza nos debates iniciais sobre o tema desta monografia.

Aos meus professores e ao pessoal de apoio da UERN, por terem tornado possível este sonho.

Aos meus amigos Lílian Cristina e Flávio Cardoso, que compartilharam comigo a mesma alegria de ingressar na faculdade, que me mostraram a amizade verdadeira e sincera, por terem dividido os semestres mais difíceis e as experiências mais divertidas, saibam que vocês foram extremamente importantes nessa conquista.

“Teu dever é lutar pelo Direito. Mas no dia em que encontrares o Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça”. (Eduardo Couture)

RESUMO

A discussão acerca da legitimidade do Ministério Público empreender diretamente diligências investigatórias no campo criminal, em procedimento administrativo próprio, com o objetivo de colher os elementos mínimos de justa causa para propor à ação penal pública, não é recente, mas extremamente polêmica, dividindo a comunidade jurídica brasileira em duas correntes antagônicas que apresentam argumentos bem elaborados em defesa de suas teses. Neste sentido, este estudo tem por escopo analisar a compatibilidade entre as funções institucionais do Ministério Público e a atividade de investigação criminal, conforme o modelo processual penal insculpido na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, identificando os limites e alcance dessa atuação. A problemática consiste em identificar se da análise da norma constitucional infere-se legitimidade aos poderes investigatórios do Ministério Público, e em caso positivo, se há o delineamento das hipóteses fáticas suficientes para desencadear o exercício de tal poder, bem como se há a imposição de limites dessa atuação na legislação ordinária. A questão está assentada na controvérsia sobre as seguintes hipóteses: a titularidade exclusiva da ação penal pública atribuída ao *Parquet* abarca também as atividades necessárias à consecução desse fim; a inexistência de monopólio da função de apuração de crimes pela Polícia Judiciária e a regulamentação dessa atividade investigatória na legislação pertinente. Neste estudo empregaram-se os métodos teórico-descritivo e analítico, e quanto aos procedimentos técnicos, a pesquisa bibliográfica e documental, esta última, notadamente, em julgados do Supremo Tribunal Federal sobre a temática a partir da Constituição Federal de 1988. Discorre-se sobre a origem da instituição ministerial, o surgimento e desenvolvimento no Brasil, destacando-se o perfil do órgão delineado pela Lei Fundamental em vigor, erigindo-o como protagonista da concretização dos valores do Estado Democrático de Direito. Faz-se uma breve exposição sobre a persecução penal estatal e a teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli. Apresentam-se as principais características dos sistemas processuais penais inquisitório, acusatório e misto, para após, demonstrar as peculiaridades do modelo de persecução penal adotado no Brasil, em especial, examina-se a atuação da polícia e de outros órgãos do Estado na fase investigatória, para em seguida buscar os fundamentos que legitimam o poder investigatório do Ministério Público na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional, expondo os argumentos contrários e favoráveis à investigação criminal pelo *Parquet*. Segue-se uma análise de decisões recentes e paradigmáticas da Suprema Corte que evidencia claramente uma tendência de reconhecimento da possibilidade do órgão ministerial realizar diligências investigatórias. Sopesando os argumentos apresentados e com base no ordenamento jurídico-constitucional chega-se a conclusão que é legítima a investigação preliminar pelo Ministério Público, contudo, há necessidade de se regulamentar, por meio de lei, o exercício dessa atividade.

Palavras-Chave: Ministério Público. Investigação Criminal. Legitimidade.

ABSTRACT

The debate concerning the legitimacy the Public Prosecution Service directly undertake criminal investigative's diligence, in the field in the administrative procedure own, with the objective of harvest the minimal elements of just cause to propose to public's penal action, is not recent, but extremely polemic, dividing the juridical community Brazilian in two antagonistic currents that present well developed arguments in defense of their theses. Therein, this study has the scope to analyze the compatibility between the institutional functions of Public Prosecution Service and criminal investigation activity, according to the model penal procedural anticipated the Federal Constitution and ordinary legislation, identifying the limit and range of this actuation. The problematic is to identify if the analysis of the constitutional norm legitimacy infers the investigative powers of the Public Prosecution Service, and if positive, if there the design of factual hypotheses enough to unleash the exercise of such power, as well as if there is the imposition of limits of actuation in ordinary legislation. The question is seated in the controversy on the following hypothesis: a exclusive titled public's penal action assigned to a Parquet floor also comprises the necessary activities to achieving that end, the inexistence of monopoly function investigation of crimes by the Judicial Police and the regulation of this activity in the investigatory pertinent legislation. In this study the methods employed theoretical-descriptive and analytical and how much technical procedures, the bibliographic and documentary research, the latter, notably in the Federal Supreme Court judged on the theme from the Federal Constitution of 1988. It discourses over the origin of the ministerial institution, the appearing and development in Brazil, to be detached the profile of the organ delineated by the Fundamental Law in force, erecting it as the protagonist of to make real of the values of Democratic State of Law. Make a brief exposition on state penal prosecution and the theory of penal garantism of the Luigi Ferrajoli. Presents the main features of the inquisitorial systems penal procedural, accusatory and mixed after to demonstrate the peculiarities of the model adopted in Brazil penal prosecution, in particular, it examines the actuation of the police and other organs of the state in investigation stage, then search for the fundamentals that legitimate investigative power of the prosecution in the Federal Constitution and legislation ordinary, exposing the arguments favor and against the criminal investigation by the Parquet floor. Next item is an analysis of recent decisions and paradigms of the Supreme Court that clearly evidences a tendency to recognize the possibility of ministerial organ perform investigative's diligence. Weighing the arguments presented and on the basis juridical ordainment-constitutional one reaches the conclusion that is legitimate to preliminary investigation by the Public Prosecution Service, however, there is need to regulate, by means of law, the exercise of that activity.

Key-words: Public Prosecution Service. Criminal Investigation. Legitimacy.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 O MINISTÉRIO PÚBLICO	13
2.1 ESCORÇO HISTÓRICO DE SUA ORIGEM NO MUNDO.....	13
2.2 O SURGIMENTO NO BRASIL	15
2.2 O PAPEL DA INSTITUIÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.....	24
3 PERSECUÇÃO PENAL, GARANTISMO E O SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO	30
3.1 O “JUS PUNIENDI” DO ESTADO.....	30
3.2 O GARANTISMO PENAL DE LUIGI FERRAJOLI.....	33
3.3 OS TRADICIONAIS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	41
3.4 O MODELO PROCESSUAL PENAL ADOTADO NO BRASIL	45
3.4.1 O Inquérito Polical: uma visão geral.....	50
3.4.2 Outros procedimentos de investigação criminal: inquéritos extrapoliciais.....	58
4 A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL.....	62
4.1 A LEGITIMIDADE SOB O PRISMA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 ..	62
4.2 A PREVISÃO DO PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA ORDEM INFRACONSTITUCIONAL	72
4.3 O ENTENDIMENTO “ATUAL” DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PROMOVIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	79
5 CONCLUSÃO.....	86
REFERÊNCIAS	93

1 INTRODUÇÃO

No contexto da realidade social brasileira, marcada por inúmeros episódios de malversação de dinheiro público perpetrada por agentes políticos, assim como severas violações aos direitos e garantias fundamentais (muitas vezes praticadas por agentes policiais do Estado), a atribuição de poderes investigatórios criminais ao Ministério Público, um órgão que goza de grande prestígio na sociedade por sua independência e importante missão constitucional, apresenta-se como um reforço crucial no combate à impunidade, principalmente nos crimes de “colarinho branco” e de organizações criminosas.

Contudo, a ideia de um órgão estatal, que não as polícias civil e federal, dotado de legitimidade para exercer atividade investigativa no plano criminal, não é unânime no atual cenário jurídico deste país.

A discussão acerca da possibilidade ou não do Ministério Público empreender diretamente diligências investigatórias na esfera criminal, buscando elementos necessários à propositura da ação penal (dados mínimos para a formação do seu convencimento acerca da materialidade e da autoria do delito), não é recente, mas extremamente polêmica, e divide a comunidade jurídica em duas correntes antagônicas que apresentam argumentos bem elaborados em defesa de suas teses.

Incontrovertida é a constatação de que a Constituição Federal de 1988 elencou uma série de atribuições institucionais ao Ministério Público, provocando uma profunda mudança no perfil desse Órgão Estatal, que passou a ser o “guardião” da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Sob o prisma de tais ponderações, o presente estudo tem por objetivo analisar a compatibilidade entre as funções institucionais do Ministério Público e atividade de investigação criminal, à luz do modelo insculpido na Constituição Federal de 1988 e na legislação ordinária, identificando os limites e alcance dessa atuação.

Sendo assim, o problema a ser enfrentado consiste em identificar se a norma constitucional confere legitimidade ao Ministério Público para conduzir diretamente investigações criminais, mediante procedimento administrativo próprio, dispensando o inquérito policial, e em caso positivo, se há definição do alcance e a imposição de limites ao exercício dessa atividade na legislação infraconstitucional.

Em decorrência dessa problemática, os questionamentos que exsurgem podem ser sintetizados da seguinte forma: a) a competência privativa para a promoção da ação penal

pública e o poder de exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade (art. 129, I e IX, CF), funções outorgadas ao Ministério Público, engloba a atividade investigativa criminal? b) ao tempo que regulamenta as funções das Polícias Federal e Civil (art. 144, §§ 1º e 4º), a Constituição Federal atribui exclusividade de atuação desses órgãos na apuração de infrações penais? c) a legislação ordinária regulamenta de forma precisa o exercício dos poderes investigatórios do *Parquet*?

Diversas são as hipóteses de discussão neste trabalho. Há entendimento no sentido de que em razão da titularidade da ação penal pública atribuída ao Ministério Público, a Constituição Federal lhe confere instrumentos necessários à formação da *opinio delicti*, assim a atividade investigatória exercida diretamente pelo membro do *Parquet* é perfeitamente possível, em evidente reconhecimento em nosso sistema jurídico da teoria dos poderes implícitos. Por outro lado, parte da doutrina e jurisprudência entende que não cabe esta interpretação extensiva da norma prevista no art. 129, I, da Constituição Federal.

Argumenta-se, ainda, que a Lei Maior reservou à polícia judiciária, de forma exclusiva, a atividade de investigar infrações criminais. Assim sendo, ao presidir diretamente investigações o Ministério Público estaria usurpando funções constitucionalmente atribuídas a outro órgão estatal. Em contrapartida, há entendimento de que a verdadeira exegese do art. 144 da Constituição Federal evidencia a ausência da referida reserva, inclusive, há previsão no Código de Processo Penal, em seu art. 4º, parágrafo único, que a competência da polícia judiciária não excluirá a de outras autoridades administrativas a quem por lei seja cometida a mesma função.

Como já mencionado, para promover a ação penal o órgão ministerial necessita de elementos mínimos sobre a materialidade e autoria do fato criminoso. Dessa forma, defende-se que o inquérito policial é o procedimento investigatório padrão para alcançar tal objetivo. Noutra perspectiva, entende-se que para formar sua *opinio delicti* o Ministério Público pode dispor da investigação policial ou empreender as suas diligências em autos próprios quando considerar necessário. Neste sentido, o inquérito policial não é imprescindível para mover o *jus puniendi* do Estado, podendo ser utilizados outros procedimentos de convicção.

A legislação infraconstitucional, notadamente a Lei Complementar 75/2003 e Lei 8.625/2003, prevê a possibilidade do Ministério Público presidir procedimentos investigatórios próprios, realizar diligências e praticar todos os atos necessários à busca dos elementos imprescindíveis à denúncia. Ademais, o Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP editou a Resolução nº 13/2006, disciplinando em âmbito nacional a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal.

Em sentido inverso, argumenta-se que não há como inferir da legislação infraconstitucional em vigor a competência para o Ministério Público exercer o papel de investigador criminal, pois seria atividade típica da polícia judiciária, negando a possibilidade de atuação direta do *Parquet* na fase preliminar da persecução penal.

A divergência doutrinária e jurisprudencial sobre a atividade investigativa criminal exercida diretamente pelo membro do Ministério Público se arrasta desde a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, e, até os dias atuais, não apresenta sinais de que está perto do fim.

É importante enfatizar que a controvérsia jurídica acerca da matéria objeto deste estudo não se resume a ensinamentos de hermenêutica constitucional, mas também aos reflexos no sistema processual penal brasileiro do uso de elementos de prova obtidos em diligências preliminares realizadas diretamente pelo órgão estatal, protagonista da persecução penal.

Torna-se imperioso, portanto, resolver a celeuma acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade dos procedimentos investigatórios criminais instaurados pelo Ministério Público e, para tanto, a comunidade jurídica deve favorecer a discussão sobre o tema, angariando argumentos para o deslinde da questão.

Neste sentido, a escolha do tema para esta pesquisa deu-se em razão de sua grande relevância para o mundo jurídico. Igualmente, foi levado em consideração o seu alcance social, pois para a sociedade brasileira é importante contar com um órgão combativo e independente como o Ministério Público, dotado de poderes suficientes para cumprir a sua missão constitucional. E, conseqüentemente, o combate à criminalidade exige do órgão ministerial uma atitude mais ativa em defesa da ordem jurídico-democrática.

Sobre o tema ora proposto, a atuação do Ministério Público na investigação criminal, diversas obras já foram publicadas, inclusive algumas compõem o referencial teórico desta pesquisa.

O método de pesquisa utilizado no presente estudo é o teórico-descritivo, por meio do qual se buscam as características elementares do modelo processual penal brasileiro, à luz da nova ordem constitucional, e sobre as funções outorgadas ao Ministério Público, para dessa procura extrair da doutrina e legislação nacionais, a fundamentação de sua legitimidade para investigar infrações penais, em procedimento próprio, bem como delinear os limites e alcance dessa atribuição; e analítico de precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o tema. Quanto aos procedimentos técnicos, empregou-se a pesquisa bibliográfica e documental, esta última, notadamente, em julgados do STF (a partir da promulgação da Constituição Federal de

1988).

No primeiro capítulo, abordar-se-á o Ministério Público, evidenciando suas origens e evolução histórica no mundo, o surgimento da instituição no Brasil e seu desenvolvimento ao longo das constituições brasileiras, dando ênfase ao seu importante papel institucional em face da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, destacando as funções, princípios, garantias, prerrogativas e vedações que lhes foram outorgados para cumprir sua missão no contexto político-normativo do Estado Democrático de Direito.

Em seguida, no segundo capítulo, serão tratados os aspectos da persecução penal, o poder-dever de punir do Estado (*jus puniendi*) diante de uma infração penal, pois tal ato atinge os bens jurídicos mais importantes para a sociedade. Faz-se ainda, uma breve explanação da teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli, apontando os pontos principais do sistema garantista proposto pelo jurista italiano que visa limitar a pretensão punitiva estatal pelo respeito aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo, que são constitucionalmente assegurados, propondo um modelo penal que efetivamente promova a proteção de tais direitos.

Neste capítulo, tratar-se-á também dos tradicionais sistemas processuais penais (inquisitório, acusatório e misto), identificando as principais características de cada modelo. Adiante, serão expostas as características do sistema processual penal adotado no Brasil, ocasião em que serão abordadas as formas de investigações preliminares na seara criminal previstas no ordenamento jurídico nacional, trazendo uma visão geral do inquérito policial e de outros procedimentos administrativos de caráter preparatório (inquéritos extrapoliciais).

Avançando-se, no terceiro capítulo, serão analisadas as questões sensíveis sobre o tema, como os fundamentos constitucionais e infraconstitucionais da legitimidade do Ministério Público para investigar fatos delituosos em procedimento próprio, dispensando a instauração do inquérito pela Polícia Judiciária, oportunidade em que serão apresentados os argumentos doutrinários favoráveis e desfavoráveis a tal desiderato, além das recentes decisões do Supremo Tribunal Federal que enfrentaram o controvertido tema, de sorte a identificar uma possível “tendência” da Suprema Corte para o deslinde da questão.

Por derradeiro, no epílogo, serão apresentadas as conclusões do estudo e em que medidas os objetivos foram alcançados.

2 O MINISTÉRIO PÚBLICO

2.1 ESCORÇO HISTÓRICO DE SUA ORIGEM NO MUNDO

Apontar com precisão as raízes do Ministério Público se reveste numa árdua tarefa, diante de teses doutrinárias divergentes. De antemão, é necessário compreender que o surgimento de uma instituição encarregada de importante papel na sociedade contemporânea não ocorreu de forma isolada num dado momento histórico, e sim é fruto das transformações da própria sociedade e do Estado ao longo dos tempos. Na verdade, a busca pela gênese da Instituição procura identificar características similares entre as funções desempenhadas por alguns agentes do Estado de épocas remotas, com as atuais atribuições constitucionais do Ministério Público na atualidade.

Há autores que acreditam estar a origem do órgão ministerial no antigo Egito, há cerca de quatro mil anos, na figura do “Magiá”, funcionário real do Faraó, visto que era “a língua e os olhos do rei”, lhe competindo castigar os criminosos; proteger os pacíficos cidadãos e reprimir os violentos; acolher pedidos do homem justo; ser o marido da viúva e o pai do órfão¹. Percebe-se dentre estas atividades, ainda que embrionárias, funções que atualmente são deferidas ao Ministério Público brasileiro, como a persecução penal (art. 129, I, da Constituição Federal) e a proteção dos interesses dos incapazes (art. 82, I, do Código de Processo Civil).

Outros citam como precursores históricos da Instituição os “Éforos” de Esparta; os “advocati fisci” e os “procuratores caesaris” da Roma antiga. Ainda na antiguidade clássica, é salutar esclarecer que na Grécia antiga não se tem registros da presença de algum órgão com características do Ministério Público, em decorrência do próprio modelo de democracia direta que vivenciavam. Neste sentido, é a lição de Paes, citado por Jatahy²:

(...) é improvável que, numa democracia direta como aquela cultivada pelos gregos, pudesse vicejar a instituição ministerial. A amplitude do exercício da cidadania, o respeito aos ideais democráticos, a prática da democracia direta e a consciência dos direitos, escrupulosamente garantidos aos considerados cidadãos, prescindia da existência de uma instituição para cumprir as atividades hoje confiadas ao Ministério Público.

Comumente, asseveram os doutrinadores que a origem mais próxima da instituição

¹ JATAHY, Carlos Roberto de Castro. **Curso de princípios institucionais do Ministério Público**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 1.

² Ibid., p. 2.

ministerial está no direito francês, precisamente na figura dos *procureus du roi* (procuradores do rei) que patrocinavam os interesses da coroa francesa e se equiparavam aos magistrados. A Ordenança de 25 de março de 1302, de Felipe IV, chamado de o “Belo”, foi o primeiro texto legislativo que tratou, de forma objetiva, dos procuradores do rei, contudo, apenas regulamentou o juramento e as obrigações já existentes. Posteriormente, com a Revolução Francesa, o Ministério Público foi estruturado enquanto instituição, sendo conferidas aos seus integrantes algumas garantias funcionais³.

Não há como negar a influência do direito francês na evolução histórica do Ministério Público, notadamente quanto à sua definição institucional, tanto que, ainda nos dias atuais, usa-se a expressão “parquet” (que significa assoalho em francês) como sinônimo da Instituição. Como bem esclarece Tornaghi, citado por Jatahy, a origem da expressão⁴:

O Ministério Público constituiu-se em verdadeira magistratura diversa da dos julgadores. Até os sinais exteriores dessa proeminência foram resguardados; o membros do Ministério Público não se dirigiam aos juízes do chão, mas de cima do mesmo estrabo (“Parquet”) em que eram colocadas as cadeiras desses últimos e não se descobriam para lhes endereçar a palavra, embora tivessem que falar de pé (sendo por isso chamados “magistrature debout, Magistratura de pé).

A Instituição nesse período histórico, porém, não possuía o perfil cultuado na atualidade, apesar de se falar em independência funcional de seus membros. Na verdade, as transformações no modelo estatal conhecido à época, exigiu dos soberanos mecanismos que lhes garantissem o controle político da sociedade. Assim, surge o Ministério Público como órgão de defesa dos interesses da monarquia. Nesta senda, preciosa é a lição de Hugo Nigro Mazzilli⁵:

Findando a Idade Média, com o nascimento e a crescente complexidade do Estado, os soberanos começaram a instituir tribunais regulares para distribuir a Justiça em seu nome. Para contrabalançar a progressiva autonomia dos tribunais, que às vezes contrariavam os interesses da Coroa, os reis instituíram procuradores para promover a defesa de seus interesses, podendo, inclusive, recorrer. Nessa linha é que se vêem as ordenanças da Idade Média, como as da França ou de Portugal.

Em consequência, o órgão ministerial era apenas um apêndice do poder absoluto do soberano, sem qualquer autonomia, agindo sempre em defesa dos interesses da coroa. Não havia, portanto, a defesa dos direitos e das liberdades individuais contra os abusos e violações provocados pelo exercício do poder estatal, em razão da própria essência do Estado.

³ MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 34.

⁴ JATAHY, Carlos Roberto de Castro. **Curso de princípios institucionais do Ministério Público**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 6.

⁵ MAZZILLI, op. cit., p. 34-35.

2.2 O SURGIMENTO NO BRASIL

No Brasil, as raízes do Ministério Público são encontradas no direito português. De fato, as legislações lusitanas foram a base estruturante de todo o ordenamento jurídico do país, principalmente no período colonial⁶. Destarte, cabe destacar a importância das Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas para a evolução do direito brasileiro, e, conseqüentemente, para o surgimento da instituição ministerial à imagem do que ocorrera naquele país. Não sendo despidendo informar que a relação entre Portugal e Brasil era de metrópole-colônia, com isso, é natural que em terras brasileiras prevalecesse o modelo de organização político-social do colonizador.

As Ordenações Afonsinas (ano de 1446), que recebe este nome porque realizadas por D. Afonso, rei de Portugal, formaram a primeira grande codificação portuguesa e serviram de esteio para o nascimento do ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que o país fora descoberto em 1500 (ainda na vigência da codificação). Contudo, é silente quanto ao órgão ministerial⁷.

No ano de 1521, com o advento das Ordenações Manuelinas, pela primeira vez, é feita uma referência à figura do Promotor de Justiça. Nessa codificação foram estabelecidas as obrigações relativas aos ofícios dos Procuradores dos Feitos do Rei, do “Promotor da Justiça da Casa de Suplicação” e dos Promotores da Justiça da Casa Civil, em clara consonância com o modelo de organização estatal francês (funções semelhantes às do Procurador do Rei, que, gradualmente, deixou de defender apenas os interesses privados da Coroa, passando à defesa dos interesses do Estado)⁸.

Somente no ano de 1603, nas Ordenações Filipinas, houve uma maior sistematização da instituição Ministério Público. O Promotor de Justiça era chamado de “Promotor da Justiça da Casa da Suplicação”, cujas atribuições são descritas no Título XV, *in verbis*⁹:

Ao Desembargador da Casa da Supplicação, que servir de Promotor Justiça, pertence requerer todas as cousas, que tocam à Justiça, com cuidado e diligência, em tal maneira que por sua culpa e negligencia não pereça. E a seu Offício pertence formar libellos contra os seguros, ou presos, que por parte da Justiça hão de ser accusados

⁶ JATAHY, Carlos Roberto de Castro. **Curso de princípios institucionais do Ministério Público**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 7.

⁷ RANGEL, Paulo. **Investigação criminal direta pelo Ministério Público: visão crítica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 124.

⁸ JATAHY, op. cit., p. 8.

⁹ UNIVERSIDADE DE COIMBRA. Instituto de Teoria das Ideias. **Ordenações Filipinas**. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/11p43.htm>>. Acesso em: 25 mar. 2013.

na Casa da Supplicação per acordo da Relação... Porém nos casos, onde não houver querela, nem confissão da parte, porá sua tenção na devassa, parecendo-lhe, que per ella se não deve proceder, para com elle dito Promotor se ver em Relação, se deve ser accusado, preso, ou absoluto. E assi fará nos ditos feitos quaesquer outros artigos e diligencias, que forem necessarias por bem da Justiça.

Verifica-se, dentre as atribuições do Promotor de Justiça da Casa de Supplicação, algumas funções que atualmente ainda são consagradas ao membro do *Parquet*, como a acusação perante o órgão público responsável pelo julgamento de supostos criminosos, assumindo assim, a titularidade da ação penal pública.

Contudo, o primeiro documento normativo genuinamente brasileiro a prever, formalmente, o Ministério Público é o diploma de 09 de janeiro de 1609, que regulamentava a composição do Tribunal da Relação do Brasil, sediado na Bahia. As funções de Procurador da Coroa e Promotor de Justiça foram confiadas a um dos dez desembargadores que integravam o Tribunal, semelhantemente ao que ocorria na Casa de Supplicação, em Portugal¹⁰.

Posteriormente, em 1751, outra Relação foi criada na cidade do Rio de Janeiro mantendo-se a estrutura organizacional do Tribunal baiano como modelo. Em 1808, esta nova Relação se tornou a Casa de Supplicação do Brasil, incumbido-lhe julgar os recursos oriundos da Relação da Bahia. A criação desse novo Tribunal teve grande relevância para a evolução e o amadurecimento do Ministério Público em terras brasileiras, nele o cargo de Promotor de Justiça e o cargo de Procurador dos Feitos da Coroa, que antes se concentrava numa única pessoa, foram separados, passando a ser exercidos por dois titulares. Com isso, separam-se as funções de defesa do Estado e do fisco, da Defesa da Sociedade, finalmente implementada em definitivo na atual Constituição da República de 1988¹¹.

Com a independência do Brasil, ocorrida em 1822, encerra-se no país o período colonial. Contudo, a influência da legislação portuguesa ainda era forte nos diplomas nacionais, apesar da separação política de Portugal.

No Brasil Império, com a promulgação da Constituição de 1824 houve um avanço significativo no sistema jurídico penal brasileiro. Influenciada pelos ideais iluministas que surgiram na Europa do século XVIII, a Lei Maior de 1824 vedou todas as formas de penas cruéis e proibiu a prisão do acusado sem prévia culpa formada. Para atender os reclames constitucionais, foi editado em 1830 o Código Criminal do Império, que consagrou o

¹⁰ RANGEL, Paulo. **Investigação criminal direta pelo Ministério Público**: visão crítica. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 125.

¹¹ JATAHY, Carlos Roberto de Castro. **Curso de princípios institucionais do Ministério Público**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 9.

princípio da reserva legal¹².

O primeiro texto constitucional brasileiro não fazia qualquer menção ao Ministério Público, enquanto instituição, apenas tratou da presença do Procurador da Coroa e Soberania Nacional, incumbido de fazer a acusação no juízo dos crimes, como disposto no Capítulo destinado ao Senado, *in verbis*: “Art. 48. No Juizo dos crimes, cuja accusação não pertence á Camara dos Deputados, accusará o Procurador da Corôa, e Soberania Nacional”¹³.

Segundo Paulo Bonavides a Constituição de 1824 do Brasil guarda estreita relação com a Carta de Portugal, pois seriam produto da mesma outorga imperial nos dois países, e identifica em seu texto indícios do constitucionalismo francês¹⁴, pautado no respeito aos direitos do homem e na separações dos poderes estatais, concluindo¹⁵:

Foi, diga-se de passagem, um texto, em matéria de limitação de poderes, relativamente bem sucedido, tanto lá quanto aqui, não obstante o seu baixo grau teórico de legitimidade e suas discrepância com a inteireza democrática e representativa do século revolucionário que proclamara os direitos do homem e sagrara a inviolabilidade constitucional da separação de poderes.

Entretanto, é importante destacar que nesse período histórico sob a égide da Constituição Política do Império do Brasil de 1824, foi editado o Código de Processo Criminal do Império em 1832, que continha uma seção reservada aos promotores, com os primeiros requisitos de nomeação e principais atribuições.¹⁶ Com isso, foi dispensado ao Ministério Público um tratamento sistemático, facilmente observado no fragmento abaixo¹⁷:

Art. 36. Podem ser Promotores os que podem ser Jurados; entre estes serão preferidos os que forem instruídos nas Leis, e serão nomeados pelo Governo na Côrte, e pelo Presidente nas Províncias, por tempo de tres annos, sobre proposta triplice das Camaras Municipaes.

Art. 37. Ao Promotor pertencem as attribuições seguintes:

1º Denunciar os crimes publicos, e policiaes, e accusar os delinquentes perante os Jurados, assim como os crimes de reduzir á escravidão pessoas livres, carcere privado, homicidio, ou a tentativa delle, ou ferimentos com as qualificações dos

¹² RANGEL, Paulo. **Investigação criminal direta pelo Ministério Público**: visão crítica. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 125.

¹³ BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil.

¹⁴ O constitucionalismo francês é vazado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que prevê no Artigo 16º, “Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.” É considerado a fonte doutrinária essencial ao Estado de Direito. UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Biblioteca virtual de direitos humanos. **Declaração de direitos do homem e do cidadão de 1789**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 13 abr. 2013.

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 14, n. 40, dez. 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142000000300016&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 18 jun. 2013, p. 157.

¹⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 36.

¹⁷ BRASIL. Constituição Política do Imperio do Brazil, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 15 abr. 2013.

artigos 202, 203, 204 do Código Criminal; e roubos, calúrnias, e injúrias contra o Imperador, e membros da Família Imperial, contra a Regência, e cada um de seus membros, contra a Assembléa Geral, e contra cada uma das Camaras.

2º Solicitar a prisão, e punição dos criminosos, e promover a execução das sentenças, e mandados judiciais.

3º Dar parte ás autoridades competentes das negligências, omissões, e prevaricações dos empregados na administração da Justiça.

Apesar do aparente avanço na autonomia funcional dos membros da Instituição, a Lei nº 261, de 1841, regulamentada pelo Decreto nº 120, de 1842, estabeleceu que os promotores seriam nomeados por tempo indeterminado pelo Imperador no Município da Corte e pelos Presidentes de províncias, naquelas unidades do Império, mas enquanto conviesse ao serviço público, demissíveis livremente pelas autoridades que os nomearam¹⁸.

Sendo assim, na fase imperial do Brasil, não se vislumbrava para a sociedade um Ministério Público com o perfil contemporâneo de protetor dos direitos difusos e coletivos, contraponto ao poder estatal, se ele existia era para proteger os interesses do monarca e não do povo. Ademais, frise-se que a Instituição combativa e defensora da sociedade é típica de um Estado Democrático, portanto, incompatível numa Monarquia.

As transformações sociais e econômicas ocorridas no Brasil no fim do século XIX provocaram o fim do período monárquico no país, inaugurando a fase de governo republicano em 15 de novembro de 1889. Proclamada a República e instituído o Governo Provisório, seriam necessárias medidas para a organização do sistema republicano e para estabelecer uma nova ordem constitucional. Destarte, em 1891 foi promulgada a primeira Constituição da República Federativa do Brasil que, entre outras ações importantes, introduziu o sistema federativo, o presidencialismo como forma de governo e o regime de representatividade, decretando o fim do Poder Moderador¹⁹ e, conseqüentemente, garantindo independência e

¹⁸ JATAHY, Carlos Roberto de Castro. **Curso de princípios institucionais do Ministério Público**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 9.

¹⁹ Na Constituição Política do Império do Brasil, de 1824, além dos poderes estatais comumente estabelecidos (Executivo, Legislativo e Judiciário), estava previsto o Poder Moderador, que se sobrepunha aos demais e era exercido privativamente pelo Imperador, evidenciando-se num claro controle político das decisões dos outros poderes do Estado, de forma concentrada, nas mãos do soberano. Vejamos sua definição no texto constitucional, *in verbis*: “Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos. Adiante, de forma expressa, o constituinte enumera as formas de exercício desse quarto poder: “Nomeando os Senadores; Convocando a Assembléa Geral extraordinariamente nos intervallos das Sessões, quando assim o pede o bem do Império; Sancionando os Decretos, e Resoluções da Assembléa Geral, para que tenham força de Lei; Prorogando, ou adiando a Assembléa Geral, e dissolvendo a Camara dos Deputados, nos casos, em que o exigir a salvação do Estado; convocando immediatamente outra, que a substitua; Nomeando, e demittindo livremente os Ministros de Estado; Suspendendo os Magistrados; Perdoando, e moderando as penas impostas e os Réos condemnados por Sentença; Concedendo Amnistia em caso urgente, e que assim aconselhem a humanidade, e bem do Estado. BRASIL. Constituição da República dos Estados

harmonia aos três poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário²⁰.

Com relação ao Ministério Público, enquanto instituição do Estado, a Constituição Republicana de 1891 pouco inovou, apenas tratou da nomeação do Procurador-Geral da República (fazendo surgir tal figura no ordenamento jurídico pátrio), que seria nomeado pelo Presidente da República entre os Ministros do Supremo Tribunal Federal, com atribuições a serem definidas em lei, em seu artigo 58, § 2º.

Contudo, foi na legislação infraconstitucional desta fase transitoria entre o Império e a República, precisamente no Governo Provisório, que o *Parquet* brasileiro passou a ser tratado como instituição por intermédio dos Decretos nºs 848, de 11 de outubro de 1890 (que organizava a Justiça Federal), e 1.030, 14 de novembro de 1890 (organizava a Justiça do Distrito Federal), editados pelo então Ministro da Justiça Manoel Ferraz de Campos Sales²¹.

A exposição de motivos do Decreto nº 848/1890, assim define a Instituição²²:

O Ministério Público, instituição necessária em toda a organização democrática e imposta pelas boas normas da justiça, está representado nas duas esferas da Justiça Federal. Depois do Procurador Geral da República vêm os Procuradores seccionais, isto é, um em cada Estado. Compete-lhe em geral velar pela execução das leis, decretos e regulamentos que devem ser aplicados pela Justiça Federal e promover a ação pública onde ela couber. A sua independência foi devidamente resguardada.

Já o art. 164 do Decreto nº 1.030/1890, de forma racional dispõe: “O ministério publico é perante as justiças constituídas o advogado da lei, o fiscal de sua execução, o procurador dos interesses geraes do Districto Federal e o promotor da acção publica contra todas as violações do direito”.

Tais Decretos erigiram o Ministério Público à condição de instituição democrática, dando-lhe acentuada importância na organização do Estado brasileiro. Em razão disso, o Ministro Campos Sales é considerado o “patrono” da Instituição²³.

Avançando na história nacional, durante a construção do estado republicano, eclodiram no país diversos movimentos populares que contestavam a ordem político-social estabelecida. Uma série de fatores políticos, sociais e econômicos pôs fim à República Velha

Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao91.htm>. Acesso em: 20 abr. 2013.

²⁰ MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. **Memória e história**: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. Natal, 2007, p. 57-58.

²¹ LIMA, Marcellus Polastri. **Ministério Público e persecução criminal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 10.

²² SOUZA, Victor Roberto Corrêa de. Ministério Público – aspectos históricos. **Revista Eletrônica**. Recife, ano 5, 2007. Disponível em: <http://www.prpe.mpf.gov.br/internet/Legislacao-e-Revista-Eletronica/Revista-Eletronica/2007-ano-5/Ministerio-Publico-aspectos-historicos>. Acesso em: 10 jun. 2013.

²³ JATAHY, Carlos Roberto de Castro. **Curso de princípios institucionais do Ministério Público**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 10.

no final da década de 1920, notadamente, o movimento revolucionário de 1930 liderado por Getúlio Vargas.

Com a Revolução de 1930 há uma ruptura na ordem constitucional brasileira vigente e com isso, a necessidade de se instalar um governo provisório (de 1930 a 1934), tendo à frente o líder revolucionário Getúlio Vargas, a fim de se estabelecerem as bases para a emergência da nova ordem jurídico-constitucional. Destarte, foram realizadas eleições para a Assembleia Nacional Constituinte em 1933 e promulgada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934²⁴.

A Lei Maior de 1934 foi a primeira a institucionalizar o Ministério Público no Brasil, reservando-o um capítulo próprio, independente dos demais poderes estatais, colocando-o em “Dos Órgãos de Cooperação nas Atividades Governamentais” (arts. 95 a 98). De forma pioneira, o texto constitucional previu que a Instituição seria organizada na União, no Distrito Federal e nos Territórios por lei federal, e nos Estados por leis estaduais; a estabilidade funcional, garantias e prerrogativas de seus membros; e a forma de investidura na carreira, que seria somente mediante concurso público.

É incontestável o caráter vanguardista do texto constitucional de 1934, o constituinte fortaleceu o Ministério Público Nacional, dando-o ares de Instituição estatal, “numa nítida compreensão de sua importância em um Estado preocupado com a questão social, onde a atuação ministerial é primordial para a sua efetivação”²⁵.

O governo constitucional (1934-1937) inspirado no *Welfare State*²⁶, da Constituição Alemã de 1919, produziu no país um significativo avanço no cenário político-social, com a conquista de direitos políticos e de liberdades públicas pelos cidadãos. Com isso, a sociedade experimentou uma imprensa livre e o surgimento de uma série de movimentos oposicionistas,

²⁴ RANGEL, Paulo. **Investigação criminal direta pelo Ministério Público: visão crítica**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 130-131.

²⁵ JATAHY, Carlos Roberto de Castro. **Curso de princípios institucionais do Ministério Público**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 10.

²⁶ O Estado Social ou estado de bem-estar social surgiu como uma resposta ao desenvolvimento do capitalismo (com a crescente exploração do homem pelo próprio homem), o que gerou um enfraquecimento da proteção do homem, e foi previsto de forma sistematizado, pela primeira vez, na Constituição Alemã de 1919, a qual trouxe em seu texto um extenso rol de direitos fundamentais do homem, especialmente direitos sociais e econômicos, como o direito à saúde, trabalho, educação, previdência, moradia, que exigem uma prestação positiva do Estado. O Estado Social ou de Bem-estar Social se alicerça na ideologia do economista inglês John Maynard Keynes, para quem “o mercado era incapaz de gerir seu próprio desenvolvimento, o Estado deveria intervir no mercado para promover a eficiência econômica, mediante a adoção de políticas destinadas a incentivar o consumo, de promoção do pleno emprego e desenvolvimento social”. MARTINS, Thiago Penido. Direitos fundamentais: um novo olhar, uma nova perspectiva. In: XIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI. Fortaleza, nov. 2005. **Anais...** Fortaleza: CONPEDI, 2005. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/anais/fortaleza/4220.pdf>. Acesso em: 31 mai. 2013.

o que levou Getúlio Vargas a limitar a cidadania e exercer controle sobre o Congresso Nacional, instalando a ditadura do “Estado Novo”.

Com o advento do governo ditatorial de Vargas (1937-1945), os direitos políticos e as liberdades individuais foram extintas, e foi imposta no país uma forte repressão aos movimentos sociais. Tais ações são típicas de regimes autoritários e se consubstanciam em instrumentos fundamentais para o exercício de uma política autoritária e centralizadora de um governo que não respeita os direitos e garantias do cidadão.

Consequentemente, a Constituição de 1937 reflete o retrocesso político-social do país, impondo ao Ministério Público a perda de seu status constitucional, como instituição organizada, pois apenas mencionou a livre escolha e a demissão do procurador geral da República, que seria nomeado dentre àqueles que reunissem os requisitos para Ministro do Supremo Tribunal Federal, em seu artigo 99.

Apesar de toda repressão às liberdades individuais durante o governo de Vargas, foi durante o Estado Novo que foram editados o Código de Processo Civil de 1939 e o Código de Processo Penal de 1941, ambos atribuíram ao Ministério Público papel de destaque no regime jurídico nacional.

Na seara cível, o *Codex* de 1939 garantiu a obrigatoriedade da intervenção da Instituição em diversas hipóteses, passando o Promotor de Justiça a atuar como “custos legis”, ou seja, fiscal da lei, apresentando seu parecer sobre o mérito discutido na lide após a manifestação das partes do processo. A intervenção ministerial tinha por objetivo proteger juridicamente alguns interesses sociais considerados relevantes ou importantes pelo legislador, como o direito de família, casamento, registro e filiação, além da defesa dos incapazes. Pela primeira vez, aparece no ordenamento jurídico nacional o fenômeno da intervenção do órgão ministerial como fiscal da lei, atividade judicial que perdura até os dias atuais. Já o Código de Processo Penal de 1941 consolidou o Ministério Público como o titular da ação penal, dando-lhe o poder de requisitar a instauração de inquérito policial e a realização de diligências investigatórias no procedimento inquisitorial²⁷.

A década de 1940 foi marcada pela luta em prol da redemocratização do país, que estava sob o jugo do regime ditatorial de Vargas desde 1937. Inúmeros movimentos políticos questionavam a legitimidade do Presidente da República, enfraquecendo o poder do governante. A tensão interna vivenciada naquela época pela sociedade brasileira culminou

²⁷ MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. **Memória e história**: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. Natal, 2007, p. 10.

com a declaração de renúncia de Getúlio, pondo-se fim a Era Vargas em 29 de outubro de 1946²⁸.

Assim, foram realizadas eleições para a presidência da república que consagrou vitorioso Eurico Gaspar Dutra, inaugurando um novo regime político-social no Brasil. Nesse contexto, surge para os brasileiros a quinta Constituição Federal, promulgada em 18 de setembro de 1946, que organizou o Ministério Público em título autônomo, sem qualquer vinculação a qualquer dos poderes estatais, instituindo-o em âmbito federal e estadual. Ademais, estabeleceu que os membros da Instituição atuariam junto à justiça comum, militar, eleitoral e do trabalho, garantiu a estabilidade na função e o ingresso na carreira por intermédio de concurso público, assegurou a inamovibilidade (remoção somente por representação motivada do Procurador-Geral da República), e o encargo de representar a União em juízo²⁹.

O fortalecimento do Ministério Público nesse período histórico está intimamente ligado à construção de um novo modelo de Estado no Brasil, abandonando-se o autoritarismo de um regime ditatorial para reestruturar a democracia. Com o advento da Lei Fundamental de 1946, se instaura no país um período de respeito aos direitos e liberdades públicas, ambiente político-social propício à presença do *Parquet* como defensor dos direitos e garantias individuais e coletivas.

Em 1951 Getúlio Vargas assume novamente o poder no Brasil, agora eleito democraticamente pelo voto popular, entretanto, sua força política não era a mesma e o atentado ao jornalista Carlos Lacerda, opositor declarado do presidente da república, criou um clima de instabilidade no país que levou Vargas a cometer suicídio em 1954³⁰.

O quadro de instabilidade política, econômica e social não melhorou e em 1964 acontece o golpe militar que inaugura o período histórico dos militares no poder. Durante o Regime Militar vários dos direitos políticos e dos cidadãos foram cassados em nome da ordem e da democracia. Neste período, o Brasil passou a ser comandado por Atos Institucionais e o primeiro, denominado AI-1, tinha o objetivo de fortalecer o Poder Executivo, garantindo-lhe amplos poderes³¹.

Para legitimar a nova ordem política e social do país era necessária uma constituição

²⁸ MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. **Memória e história**: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. Natal, 2007, p. 74.

²⁹ Artigos 125 a 128, da Constituição de 1946.

³⁰ RANGEL, Paulo. **Investigação criminal direta pelo Ministério Público**: visão crítica. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 137.

³¹ MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE, op. cit., p. 83.

que consagrasse seis propósitos e repelisse qualquer movimento contrário à ditadura imposta pelos militares. Assim, surge a Constituição de 1967 que dispõe sobre o Ministério Público no capítulo destinado ao Poder Judiciário, colocando-o em posição de subordinação. Apesar dessa subordinação, o texto constitucional trouxe mudanças importantes para a Instituição, dentre elas a regulamentação do concurso de provas e títulos para ingresso na carreira, objetivando acabar com as influências políticas que permeavam os concursos anteriores³².

Acontece que em 1969 o regime dos militares endureceu o discurso de poder, cerceou as liberdades públicas e demais direitos públicos civis e militares e privados, com a edição do Ato Institucional nº 5 (AI-5). Tal ato suspendeu a vigência da Constituição de 1967 e atribuiu ao Presidente da República poderes exorbitantes que consagraram o regime autoritário da ditadura militar. Diante da ruptura do modelo de Estado, foi promulgada pelo Militares a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, considerada a sétima Constituição do Brasil, ao menos materialmente³³. Com isso o Ministério Público retornou à dependência do Poder Executivo e perdeu sua independência funcional, financeira e administrativa.

Somente com a promulgação da Emenda Constitucional nº 7 de 1977, que o Ministério Público ganhou notoriedade ao prever que lei complementar federal de iniciativa do Presidente da República estabeleceria normas gerais de organização da Instituição em âmbito estadual, dando vida a Lei Complementar nº 40 de 1981, primeira lei orgânica do Ministério Público, de abrangência nacional, definindo-o como “Instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado e responsável, perante o judiciário, pela defesa da ordem jurídica e dos interesses indisponíveis da sociedade, pela fiel observância da Constituição e da Lei”³⁴.

A década de 1980 foi marcada pelos movimentos sociais e políticos que visavam a redemocratização do país, dentre eles o de maior relevância histórica, denominado “Diretas Já”, que pregava eleições diretas para a Presidência da República. O movimento fracassou, mas em 1985, Tancredo Neves foi eleito pelo Colégio. Com a morte do Presidente eleito, assumiu o vice José Sarney, que tinha pela frente o desafio de reestruturar o país³⁵.

Em consequência das mudanças políticas ocorridas no Brasil a partir de 1984,

³² MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. **Memória e história**: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. Natal, 2007, p. 84.

³³ RANGEL, Paulo. **Investigação criminal direta pelo Ministério Público**: visão crítica. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 138-141.

³⁴ JATAHY, Carlos Roberto de Castro. **Curso de princípios institucionais do Ministério Público**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 12.

³⁵ MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE, op. cit., p. 110.

notadamente o fim do Regime Militar, fortaleceu-se o desejo de convocar uma Assembleia Nacional Constituinte para o país, com o fito de redigir o novo texto constitucional que conferisse legitimidade à nova ordem jurídica recém-instalada. Destarte, em 1987 iniciaram-se as discussões e os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte que resultaram na promulgação da Constituição Federal de 1988.

A *Lex Mater* de 1988, dotou o Ministério Público de um novo e avançado perfil constitucional, tratando de forma orgânica sua estrutura como órgão do Estado, consagrando ao *Parquet* funções essenciais à consolidação do Estado Democrático de Direito³⁶, regime adotado no Brasil após a abertura democrática. A análise pormenorizada dessa nova Instituição, que nasce a partir de 1988, será feita a seguir.

2.2 O PAPEL DA INSTITUIÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição “Cidadã” de 1988 inovou ao tratar das funções do Ministério Público, atribuiu-lhe competências e prerrogativas inéditas à Instituição. O novo perfil institucional do órgão era necessário para o processo de redemocratização do país, que acabara de atravessar mais de duas décadas de ditadura militar, onde os direitos fundamentais foram rechaçados pelo regime ditatorial. De fato, pela primeira vez, foram conferidos à Instituição poderes e tratamento dignos dos Poderes do Estado, o que levou a se questionar se seria o órgão ministerial um “quarto poder”, em decorrência do seu novo e elevado *status* constitucional.

³⁶ Buscando referências em Luís Roberto Barroso, encontra-se uma definição sintética do que seja o Estado Democrático de Direito: “ele é o produto da fusão de duas ideias que tiveram trajetórias históricas diversas, mas que se conjugaram para produzir o modelo ideal contemporâneo. *Constitucionalismo* significa Estado de direito, poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. *Democracia*, por sua vez, traduz a ideia de soberania popular, governo do povo, vontade da maioria. O constitucionalismo democrático, assim, é uma fórmula política baseada no respeito aos direitos fundamentais e no autogoverno popular. E é, também, um modo de organização social fundado na cooperação de pessoas livres e iguais. BARROSO, Luís Roberto. **O constitucionalismo democrático no Brasil**. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2013/05/O-constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf>>. Acesso em 15 mai. 2013. Por sua vez, José Afonso da Silva alerta que a configuração do Estado Democrático de Direito não é apenas a simples reunião formal dos elementos informadores do Estado Democrático e Estado de Direito, porque revela um conceito novo que supera os anteriores pela incorporação de um componente revolucionário de transformação social, e detalha: “A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária, em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos; participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias e pressupõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especialmente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício”. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 119-120.

É evidente que trata-se de um exagero interpretativo considerar no Estado brasileiro a existência de um quarto poder, todavia, torna-se imperioso reconhecer que foi vontade do legislador originário desvincular o Ministério Público dos tradicionais poderes estatais, não estando mais subordinado ao Executivo ou Judiciário, em consequência, o órgão adquiriu autonomia e tratamento constitucional tão significativos que confundiram alguns doutrinadores sobre a sua natureza jurídica.

De forma pioneira, em relação às Constituições anteriores, o Ministério Público recebeu tratamento organizacional em capítulo autônomo (Das Funções Essenciais à Justiça) pertencente ao Título V (Da Organização dos Poderes), onde foram disciplinadas as normas atinentes à sua autonomia funcional e administrativa, funções institucionais, garantias e vedações, visando dar efetividade à sua nova e importante missão constitucional.

No mesmo sentido, é o fragmento retirado do voto do Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal (STF), no Mandado de Segurança nº 21.239/DF, sobre as atribuições do *Parquet* na nova ordem constitucional, a saber³⁷:

Foi a Constituição de 1988, inegavelmente, o instrumento de consolidação jurídico-constitucional do Ministério Público. Ao dispensar-lhe singular tratamento normativo, a Carta Política redesenhou-lhe o perfil constitucional, outorgou-lhe atribuições inderrogáveis, explicitou-lhe a destinação político-institucional, ampliou-lhe as funções jurídicas e deferiu, de maneira muito expressiva, garantias inéditas à própria Instituição e aos membros que a integram. Foram, assim, plenas de significação as conquistas institucionais obtidas pelo Ministério Público ao longo do processo constituinte de que resultou a promulgação da nova Constituição do Brasil. Com a reconstrução da ordem constitucional, emergiu o Ministério Público sob o signo da legitimidade democrática. Ampliaram-se-lhe as atribuições; dilatou-se-lhe a competência; reformulou-se-lhe a fisionomia institucional; conferiram-se-lhe os meios necessários à consecução de sua destinação constitucional; atendeu-se, finalmente, a antiga reivindicação da própria sociedade civil.

O próprio constituinte originário tratou de trazer o conceito do Ministério Público no art. 127, da Constituição Federal, que o define como *instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*. Percebe-se que o texto constitucional traz nesta definição uma cláusula de abertura quanto aos interesses sociais³⁸,

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 21.239/DF. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 06 de junho de 1991. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1508238>>. Acesso em 14 mai. 2013.

³⁸ A CF consagra os interesses sociais como categoria jurídica passível de tutela jurisdicional autônoma, incumbindo ao Ministério Público a sua defesa por via judicial, mediante a utilização dos meios processuais admitidos em direito. Contudo, apesar da auto-executoriedade da norma constitucional insculpida no art. 127, se questiona como identificar no plano do direito material essa categoria jurídica que recebe a denominação de interesses sociais. Para Teori Albino Zavascki “não é possível, como todos reconhecem, determinar, no

pois apresenta conteúdo indeterminado, que se evidenciará no exercício interpretativo do órgão jurisdicional ao debruçar-se sobre o caso concreto.

Apesar de cristalina a definição contida no texto constitucional, não é despidendo colacionar a interpretação de Garrido de Paula³⁹ desse dispositivo:

Instituição no sentido de estrutura organizada para a realização de fins sociais do Estado. Permanente, porquanto as necessidades básicas das quais derivam as suas atribuições revelam valores intrínsecos à manutenção do modelo social pactuado (Estado Democrático de Direito – Constituição, art. 1º). “Essencial à função jurisdicional do Estado”, de vez que a atuação forçada da norma abstrata ao fato concreto, quando envolver interesse público, deve sempre objetivar a realização dos valores fundamentais da sociedade, razão pela qual a intervenção do Ministério Público se faz sempre necessária.

Ademais, o poder constituinte estendeu ao órgão ministerial garantias e prerrogativas próprias do Poder Judiciário, erigindo como seus princípios institucionais *a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional*, conforme prevê o § 1º do artigo 127, da Constituição Federal de 1988.

Pelo princípio da *unidade*, entende-se que o Ministério Público como um ente único, independentemente das espécies⁴⁰ (Ministério Público da União e dos Estados), pois seus membros compõem um só órgão, sob uma só chefia. A unidade relaciona-se com o exercício das atribuições (ofício) do *Parquet*, respeitadas as particularidades de cada espécie. Portanto, só haverá unidade dentro de um mesmo Ministério Público. A *indivisibilidade* significa que seus membros podem ser substituídos, uns pelos outros, nas formas prescritas em lei, desde que da mesma carreira e área de atuação (espécie de Ministério Público), sem prejuízos ao desempenho das funções ministeriais. E, por último, a *independência funcional* está relacionada às atividades normais de seus membros, visando garantir uma atuação

plano teórico, o alcance objetivo dessa expressão normativa, em virtude de sua formulação à base de um conceito jurídico extremamente aberto. Mas isso é inerente e natural às normas dessa natureza. A utilização da técnica legislativa de cláusulas abertas e de conteúdo indeterminado tem justamente a finalidade de delegar ao juiz a tarefa de estabelecer o seu sentido em face do caso concreto. São normas estruturadas para que o conteúdo seja definido não em sua inteireza abstrata, mas em sua virtualidade empírica. Dessa forma, o problema de interpretação é muito mais agudo para o doutrinador, na sua tentativa de traçar teoricamente os domínios objetivos da norma, do que para o juiz, que atua à vista da experiência. Embora não se conheçam, a priori, todos os limites do conceito de interesse social ou interesse público, o caso concreto apresenta, quase sempre, elementos aptos a fornecer ao intérprete as condições para definir ali a sua presença ou não.” ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 52.

³⁹ GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. O Ministério Público e os direitos das crianças e adolescentes. In: ALVES, Airton Buzzo, RUFINO, Almir Gasquez e SILVA, José Antonio Franco da (org.). **Funções Institucionais do Ministério Público**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 312.

⁴⁰ Nos termos do art. 128 da Constituição Federal, o Ministério Público abrange o Ministério Público da União (que compreende: o Ministério Público Federal; o Ministério Público do Trabalho; o Ministério Público Militar; e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios) e o Ministério Públicos Estados, entidades que não se confundem entre si e possuem chefias diferentes.

independente, sem qualquer interferência ou influência da chefia hierarquicamente superior, bem como de nenhum outro órgão ou poder do Estado (ou seja, não estão subordinados ao Poder Executivo, nem ao Poder Legislativo e nem ao Poder Judiciário), atuando o representante ministerial livremente, de acordo com as leis e com a sua convicção fática e jurídica⁴¹.

Além disso, a Lei Fundamental de 1988, em seu art. Art. 127, §§ 2º e 3º, assegura autonomia administrativa e financeira⁴², permitindo ao órgão decidir sobre assuntos de seu interesse interno, sem qualquer interferência, podendo dispor sobre a criação ou extinção de seus cargos e serviços auxiliares, política remuneratória e os planos de carreira, assim como a elaboração do próprio orçamento, obviamente, obedecendo aos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.

No exercício de suas atividades funcionais, aos membros do Ministério Público são asseguradas pelo texto constitucional algumas garantias e prerrogativas, dentre as quais se destacam a *vitaliciedade*, a *inamovibilidade*, a *irredutibilidade de subsídio* (art. 128, § 5º, “a” a “c”, da CF), além da independência funcional e do foro por prerrogativa de função. Não se tratam de privilégios, mas de instrumentos necessários à uma atuação livre, independente, visando servir sempre a coletividade. Destarte, sobre as garantias e prerrogativas do *Parquet*,

⁴¹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 604-605.

⁴² A autonomia administrativa e financeira revela-se imprescindível para a consecução dos ideais democráticos encartados na Constituição Federal de 1988, e que foram outorgados ao Ministério Público à sua promoção. É inimaginável concretizar a justiça social, vazada na defesa dos direitos fundamentais do homem e do próprio modelo de Estado adotado, sem que ao órgão escolhido para tal missão seja assegurada uma atuação livre, salvaguardada dos interesses de uma minoria dominante ou mesmo do próprio governo. Neste sentido, é a ementa do seguinte Acórdão: “**A alta relevância jurídico-constitucional do Ministério Público – qualificada pela outorga, em seu favor, da prerrogativa da autonomia administrativa, financeira e orçamentária – mostra-se tão expressiva, que essa instituição, embora sujeita à fiscalização externa do Poder Legislativo, com o auxílio do respectivo Tribunal de Contas, dispõe de uma esfera própria de atuação administrativa, livre da ingerência de órgãos do Poder Executivo, aos quais falece, por isso mesmo, competência para sustar ato do procurador-geral de Justiça praticado com apoio na autonomia conferida ao Parquet. A outorga constitucional de autonomia, ao Ministério Público, traduz um natural fator de limitação dos poderes dos demais órgãos do Estado, notadamente daqueles que se situam no âmbito institucional do Poder Executivo. A dimensão financeira dessa autonomia constitucional – considerada a instrumentalidade de que se reveste – responde à necessidade de assegurar-se ao Ministério Público a plena realização dos fins eminentes para os quais foi ele concebido, instituído e organizado. [...] Sem que disponha de capacidade para livremente gerir e aplicar os recursos orçamentários vinculados ao custeio e à execução de suas atividades, o Ministério Público nada poderá realizar, frustrando-se, desse modo, de maneira indevida, os elevados objetivos que refletem a destinação constitucional dessa importantíssima instituição da República, incumbida de defender a ordem jurídica, de proteger o regime democrático e de velar pelos interesses sociais e individuais indisponíveis.** [...] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.513. Relator: Ministro Celso Mello, Tribunal Pleno, julgamento em 3 de abril de 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1966569>>. Acesso em 15 abr. 2013. (grifou-se)

esclarece Hugo Nigro Mazzilli⁴³:

O fundamento desses predicamentos não é constituir uma casta privilegiada de funcionários públicos, e sim e tão somente assegurar a alguns agentes do Estado, apenas em razão das funções que exercem, garantias para que efetivamente possam cumprir com independência seus misteres, em proveito do próprio interesse público.

Com isso, nasceu uma Instituição forte, com autonomia funcional e administrativa, independente dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. De fato, se o poder constituinte originário não houvesse previsto os mecanismos e instrumentos favoráveis, dificilmente o Ministério Público cumpriria a sua tão sublime missão. Robustecendo tal posicionamento, ensina Mazzilli⁴⁴:

É hoje o Ministério Público um órgão autônomo do Estado; não é órgão de governo, nem dos governantes, nem do Poder Executivo. Num Estado Democrático, sua existência e sua atuação autônoma e independente tornaram-se indispensáveis para assegurar a inércia do Poder Judiciário e para garantir efetivo acesso à jurisdição, quando da ocorrência de lesões a interesses públicos ou coletivos, tomados estes em seu sentido lato.

Com efeito, ao órgão ministerial foram reservadas funções essenciais ao fortalecimento do Estado Democrático de Direito. Sem dúvida, seu perfil atual revela uma instituição ativa incumbida da defesa do povo, da ordem jurídica e democrática. Para tanto, o texto constitucional enumera as suas funções institucionais, no entanto, deve-se ressaltar que se trata de um rol meramente exemplificativo, haja vista que o *Parquet* pode exercer outras funções que lhe forem conferidas pela legislação infraconstitucional, desde que compatíveis com sua finalidade.

Destarte, compete ao Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos⁴⁵;

⁴³ MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 82.

⁴⁴ Id., 2005, p. 19.

⁴⁵ Acerca da legitimidade de o Ministério Público propor ação civil pública para a defesa de interesses difusos e coletivos, salutar compreender a conceituação de tais direitos no ordenamento jurídico pátrio. Dessa forma, cabe colacionar jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema: "[...] **Interesses difusos são aqueles que abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias de fato, e coletivos aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. A indeterminidade é a característica fundamental dos interesses difusos e a determinidade a daqueles interesses que envolvem os coletivos. Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei 8.078, de 11-9-1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos. Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, *stricto sensu*, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica,**

promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição; defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva; exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior; requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais; 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 (art. 129, I ao IX, da CF).

Mostra-se evidente, portanto, que ao órgão ministerial foram reservadas competências (concorrentes ou exclusivas) que revelam uma Instituição garantidora da própria Lei Maior e das normas infraconstitucionais (na qualidade de fiscal da lei); da harmonia entre os Poderes do Estado; da preservação dos serviços públicos essenciais; da proteção aos bens jurídicos supranacionais, como o meio ambiente, além de outros interesses difusos e coletivos, dispondo da ação civil pública para tanto; titular da ação penal pública e do controle externo a atividade policial, sendo uma garantia do cidadão contra os abusos perpetrados por organismos policiais do Estado. Nesta senda, é importante destacar as palavras de Marcellus Polastri Lima⁴⁶:

A constituição de 1988 em muito fortaleceu a Instituição do *parquet* nacional que, não temos dúvidas, hoje é a defensora da sociedade, agindo não só como fiscal da lei, mas como verdadeiro *ombudsman*, fiscalizando a administração pública, promovendo a ação civil pública na defesa do consumidor, meio ambiente, da criança e do adolescente e defendendo os interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis. O perfil da Instituição no Brasil é um verdadeiro modelo para os Ministérios Públicos dos demais países do mundo.

De fato, o Ministério Público sob a égide da Lei Fundamental é o principal autor na luta pela efetivação dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, assim como dos valores perseguidos pelo Estado Democrático de Direito.

**sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas. [...]" BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 163.231. Relator: Ministro Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgamento em 26 de fevereiro de 1997. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1562796>>. Acesso em: 15 abr. 2013. (grifou-se)**

⁴⁶ LIMA, Marcellus Polastri. **Ministério Público e persecução criminal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 16.

3 PERSECUÇÃO PENAL, GARANTISMO E O SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

3.1 O “JUS PUNIENDI” DO ESTADO

Historicamente, desde as mais primitivas formas de organização social, o homem sempre aparece interagindo com outros homens, dentro de determinados padrões de conduta estipulados pelo grupo e aceito como verdadeiros por seus integrantes. Desta forma, é evidente que os interesses individuais nunca prevalecerão sobre a vontade coletiva e isso, inevitavelmente, gera conflitos. O desafio de toda sociedade é manter-se equilibrada, por intermédio da estabilização desses conflitos de interesses, evitando-se, assim, a sua ruína. Logo, são utilizados instrumentos de controle social⁴⁷ para realizar a tarefa de harmonizar os indivíduos em sociedade e reestabelecer a paz social, em caso de perturbação, e dentre esses instrumentos se destaca o direito (na perspectiva deste trabalho, o direito penal).

Para a compreensão do desenvolvimento deste estudo, é imprescindível abordar com mais acuidade o sistema penal (num sentido amplo, abrange desde o momento do suposto cometimento do delito, passando pela identificação do suposto autor, até a imposição e execução da pena, pressupondo a existência de lei que regulamente o procedimento e a atuação dos sujeitos envolvidos no processo), que se revela numa das mais explícitas formas de controle social institucionalizado, em razão de ser o único que possui caráter realmente punitivo, diferentemente da religião, da família, da educação, etc., que são formas de controle social difusos, desprovidos do elemento sanção, típico do direito⁴⁸.

Inicialmente, cabe esclarecer que nos primórdios da civilização imperava, na resolução de conflitos entre os indivíduos derivados de uma infração, a autotutela, ou seja, o uso da força para proteger o interesse da parte lesada, impondo a sua vontade. Destarte, o

⁴⁷ Nader esclarece que além do direito outros instrumentos de controle social, como a religião, a moral e as regras de trato social, são responsáveis pela manutenção harmônica da vida em sociedade, cada qual em sua esfera de competência. Ao direito cabe regulamentar a conduta social, com vistas à ordem e à justiça, disciplinando juridicamente os fatos sociais sensíveis para o convívio em harmonia na sociedade. Dessa forma, não visa o direito o aperfeiçoamento interior do homem (campo da moral); não pretende a comunhão do homem com o divino (campo da religião); nem aprimorar o nível das relações sociais, pelo cavalheirismo, cortesia e a boa etiqueta (campo específico das regras de trato social). Contudo, somente o direito, em virtude da sanção, provoca um grau de certeza e segurança no comportamento humano, que dificilmente será alcançado pelos outros tipos de controle social. NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 31-49.

⁴⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 69-70.

próprio ofendido identificava e punia o ofensor, sem qualquer interferência de terceiro, haja vista que não havia a presença do poder estatal constituído. Sendo assim, é inevitável concluir que o ofendido usava de suas próprias razões para determinar a punição ao ofensor, bem como a forma de restauração do bem jurídico atingido (*status quo ante*).

Aos poucos, a fase da vingança privada vai sendo suprimida diante da reclamada necessidade de serem estipuladas regras de convivência que levassem em consideração o critério de justiça. Dessa forma, visando à continuidade da vida em sociedade, a proteção das liberdades individuais e o bem-estar geral, os homens decidiram se organizar em Estado, e passaram a agir sob o comando deste⁴⁹.

Hodiernamente, incumbe ao Estado promover a paz e a harmonia social. Em prol desse fim, é necessário que regule as liberdades e garantias individuais, identificando e proibindo comportamentos que possam perturbar a tranquilidade social. Destarte, são estipuladas regras para regulamentar o convívio entre as pessoas e as relações destas com o próprio Estado, impondo, abstratamente, deveres e direitos mútuos, assim como as consequências que podem advir do descumprimento de tais normas, notadamente da legislação penal. Como bem leciona Lima, *o direito penal tutela bens jurídicos, visando o interesse público e a paz social, através de tipos penais, e, em havendo violação de tais normas, dá-se a prática do ilícito penal [...]*⁵⁰.

O ilícito penal representa, pois, um atentado contra os bens mais importantes para a vida social e por isso cabe ao Estado, já que superado o período nefrágico da vingança privada, reprimir a conduta transgressora da norma de comportamento inserta na legislação penal, no intuito de coibir atos lesivos à própria sobrevivência da sociedade. Destarte, praticada a infração penal surge a pretensão punitiva estatal, deflagrando-se a atividade destinada à concretização da persecução penal – *jus puniendi* – de acordo com as regras jurídicas preestabelecidas na legislação penal e processual penal.

Neste sentido, Tourinho Filho afirma que o *jus puniendi* é uma das expressões mais características da soberania do Estado, pois lhe cabe prevenir e reprimir os atos lesivos à sua própria existência e conservação, reconhecendo que a sociedade é a principal vítima das infrações penais. Prosseguindo, o doutrinador de forma didática chama a atenção para as formas de realização do direito de punir e aponta para o exato momento que surge esta

⁴⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 42.

⁵⁰ LIMA, Marcellus Polastri. **Ministério Público e persecução criminal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 27.

pretensão punitiva, a saber⁵¹:

Observe-se, contudo, que o *jus puniendi*, existe *in abstracto* e *in concreto*. Com efeito. Quando o Estado, por meio do Poder Legislativo, elabora as leis penais, cominando sanções àqueles que vierem a transgredir o mandamento proibitivo que se contém na norma penal, surge para ele o *jus puniendi* num plano abstrato e, para o particular, surge o dever de abster-se de realizar a conduta punível. Todavia, no instante em que alguém realiza a conduta proibida pela norma penal, aquele *jus puniendi* desce do plano abstrato para o concreto, pois, já agora, o Estado tem o dever de infligir a pena ao autor da conduta proibida. Surge, assim, com a prática da infração penal, a “pretensão punitiva”.

Desse modo, por intermédio de seus órgãos competentes é que o Estado realiza o seu poder-dever de reprimir as infrações penais, impondo a respectiva pena ao autor da transgressão, dentro de um sistema institucionalizado (persecução penal), objetivando recolher os elementos comprobatórios do fato e de sua autoria, atividade que é desenvolvida comumente em duas fases: a primeira composta por uma investigação preliminar (destinada a coleta de subsídios para a acusação); e a segunda fase marcada pela ação penal propriamente dita, culminando com a aplicação da pena⁵².

Contudo, o direito de punir do Estado não é ilimitado. A estipulação de limites ao *jus puniendi* estatal objetiva evitar abusos na reprimenda de ilícitos penais, o próprio Código Penal brasileiro, no art. 1º, dispõe que *não há crime sem lei anterior que o defina e não há pena sem prévia cominação legal*. Trata-se de uma garantia de que ninguém será condenado por fatos atípicos (bens jurídicos não tutelados pelo direito penal), nem a cumprir pena não prevista em lei (sentido estrito). Ao tratar dos direitos e garantias fundamentais, a Constituição Federal de 1988 proclama no seu art. 5º, incisos XXXV, LIII e LIV, que *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; e, finalmente, ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*. Neste sentido, esclarece Mirabete⁵³:

Sendo o crime um fato que lesa direitos do indivíduo e da sociedade, cabe ao Estado reprimi-lo com o exercício do *jus puniendi*. O direito subjetivo de punir, que é mais o dever de punir, não é ilimitado, vinculando-se o Estado ao direito objetivo, tanto na imputação, circunscrita aos fatos típicos, como nas penas a serem aplicadas. Além disso, para exercer o direito de punir é necessário que haja processo e julgamento, já que não pode o Estado impor, arbitrariamente, a sanção.

⁵¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 46-47.

⁵² LIMA, Marcellus Polastri. **Ministério Público e persecução criminal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 28.

⁵³ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 112.

Não obstante, também compete ao Estado zelar pelo efetivo respeito aos direitos fundamentais dos indivíduos, principalmente no Estado Democrático de Direito, onde se buscam mecanismos de proteção da pessoa hipossuficiente, no caso o cidadão, diante de todo o poderio estatal. Ainda mais na persecução penal, que visa impor como sanção o cerceamento da liberdade do infrator. Nesta esteira, dispõe Guilherme de Souza Nucci⁵⁴:

O Estado deve respeitar os direitos dos indivíduos, mas precisa também limitá-los em nome da democracia, pois, para manter o equilíbrio entre o direito isolado de um cidadão e o direito à segurança da sociedade, é preciso um sistema de garantias e limitações.

Na tentativa de efetivar essa tendência moderna de conciliar a proteção aos direitos fundamentais do cidadão com a promoção do bem estar social, diversos países inseriram nas suas Constituições dispositivos de cunho garantista que impõem ao Estado e a toda sociedade o respeito aos direitos básicos de todo ser humano. Sobre a teoria do garantismo penal de Ferrajoli, maiores comentários serão tecidos no item abaixo.

3.2 O GARANTISMO PENAL DE LUIGI FERRAJOLI

Já foi abordado que o Estado mantém a paz social através do exercício do seu direito-dever de punir os indivíduos que transgridam as normas institucionalizadas pela legislação penal, que visam coibir condutas que atentem contra os bens jurídicos tutelados (a prevenção geral do direito material), dentro de uma sistemática jurídica prevista no sistema penal. Com o advento do Estado de Direito o *jus puniedi* estatal foi limitado pelo respeito aos direitos e garantias individuais, transformando o processo penal num instrumento de proteção do indivíduo em face do poder estatal, visto que se relaciona com o Direito Penal, à pena, as garantias constitucionais e os fins políticos e sociais do processo⁵⁵.

Oportuno frisar que há uma íntima interação entre direito processual penal e Estado, haja vista que é fácil perceber que o processo refletirá a ideologia estatal dominante no país, em determinada época histórica, principalmente, quanto à proteção dos direitos e garantias do homem. Neste sentido, é recomendável recorrer à lição de Jorge de Figueiredo Dias, sintetizada por Fernandes, para compreender a estrutura e caracterização do processo penal

⁵⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 60.

⁵⁵ LOPES JUNIOR, Aury. **Sistemas de investigação criminal no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 13.

afirmado historicamente⁵⁶:

- a) Numa concepção autoritária de Estado, o processo penal é então dominado, pelo interesse do Estado, que não concede ao direito das pessoas qualquer consideração autônoma [...] O arguido, por seu turno, é visto não como sujeito co-actuante no processo, mas como mero objeto de inquisição, [...] que nele não participa ativamente;
- b) No Estado liberal, no centro da consideração está agora o indivíduo autônomo, dotado com seus direitos naturais originários e inalienáveis. Do que se trata no processo penal é de uma oposição de interesse (portanto de uma lide, disputa ou controvérsia) entre o Estado que quer punir os crimes e o indivíduo que quer afastar de si quaisquer medidas restritivas de sua liberdade. [...] por isso o indivíduo não pode ser abandonado ao poder do Estado, antes tem de surgir como verdadeiro sujeito do processo, armado com o seu direito de defesa e com as suas garantias individuais.
- c) No Estado-de-direito social, a relação comunidade-pessoa individual não é aqui nem a do absolutismo nem a do liberalismo; onde no processo penal desempenhar-se-á, antes de tudo, uma função comunitária, será ele próprio parte da ordenação comunitária. No processo penal se trata primariamente de um assunto da comunidade jurídica, em nome e no interesse do qual se tem de esclarecer, perseguir e punir o crime e o criminoso.

Desses ensinamentos se extrai que o processo penal não é o fim em si mesmo, pois deve ser considerado como um instrumento-meio para consecução de um fim bem maior (sua verdadeira razão de existir), que pode não ser necessariamente jurídico, tendo em vista que encarta finalidades sociais e políticas. Hélio Tornaghi, citado por Tucci, assevera que o processo penal é o resultado da composição entre a segurança e a justiça, nesta senda, é preciso que a lei mantenha a ordem social de qualquer forma, ou a qualquer custo; no entanto, isso deve ocorrer com o máximo respeito pela justiça, e continua⁵⁷:

A lei penal procura abrigar e garantir a paz, ameaçando com penas os atos que ele reputa ilícitos. A lei processual penal protege os que são acusados da prática de infrações penais, impondo normas que devem ser seguidas nos processos contra eles instaurados e impedindo que eles sejam entregues ao arbítrio das autoridades processantes.

Por tudo isso, atualmente, se propugna um modelo de justiça garantista ou garantismo penal, como comumente denominado, que se sustenta na teoria estruturada pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli na obra “Diritto e Ragione” (Direito e Razão). No prólogo da citada obra de Ferrajoli, Norberto Bobbio⁵⁸ define *as grandes linhas de um modelo geral de garantismo*:

[...] antes de tudo, elevando-o a um modelo ideal de Estado de direito, entendido não

⁵⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, citado por FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 14-15.

⁵⁷ TORNAGHI, Hélio, citado por TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 37.

⁵⁸ BOBBIO, Norberto. In: FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão** – teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 9-10.

apenas como Estado liberal, protetor dos direitos de liberdade, mas como o Estado social, chamado a proteger também os direitos sociais; em segundo lugar, apresentando-o como uma teoria do direito que propõe um juspositivismo crítico, contraposto ao juspositivismo dogmático; e, por último, interpretando-o com uma filosofia política, que funda o Estado sobre os direitos fundamentais dos cidadãos e que, precisamente, do reconhecimento e da efetiva proteção (não basta o reconhecimento!) destes direitos extrai sua legitimidade e também a capacidade de se renovar, sem recorrer à violência subversiva.

Bobbio sintetiza neste fragmento o cerne de um modelo garantista proposto pelo jurista italiano, que dentre outras acepções possíveis para o termo *garantismo*⁵⁹ atribuído por Ferrajoli, está necessariamente a ideia de validade e efetividade da norma como categorias jurídicas distintas, sobretudo quanto à sua legitimação diante dos direitos fundamentais. Neste contexto, Maia aponta a crítica feita por Ferrajoli ao conceito de validade da norma jurídica na teoria pura do direito de Hans Kelsen (para o jurista e filósofo austríaco a validade de uma norma jurídica estaria depositada em outra, anterior e de grau hierárquico superior, que traçaria as diretrizes formais para que tal norma seja válida no ordenamento jurídico ao qual está inserida), evidenciando⁶⁰:

Ferrajoli acrescenta um novo elemento ao conceito de validade. Para ele, uma norma será válida não apenas pelo seu enquadramento formal às normas do ordenamento jurídico que lhe são anteriores e configuram um pressuposto para a sua verificação. A tal procedimento de validade, eminentemente formalista, acrescenta um dado que constitui exatamente o elemento substancial do universo jurídico. Nesse sentido, a validade traz em si também elementos de conteúdo, materiais, como fundamento da norma. Esses elementos seriam os direitos fundamentais.
[...] o conceito de validade em Kelsen, por conseguinte, é equivocado, pois uma norma seria inválida se não estivesse de acordo com os direitos fundamentais elencados na Constituição. Assim, caso uma norma ingresse no ordenamento jurídico a partir do esquema forma de Kelsen – utilizado a reboque por Ferrajoli, configurando o conceito de vigência – e não estivesse de acordo com as normas que consagram os direitos fundamentais, tal norma seria inválida, em função de não estar de acordo com a racionalidade material, pressuposto indispensável de validade das normas jurídicas.

⁵⁹ Ferrajoli atribui a sua teoria três diferentes acepções do termo *garantismo*, quais sejam: uma primeira exprime o termo como um modelo normativo de direito; uma segunda como teoria jurídica da “validade” e da “efetividade” da norma, apresentando-as como categorias jurídicas distintas entre si, evidenciando-se uma aproximação teórica que mantêm separados o “ser” e o “dever-ser” no direito; e uma terceira designa-o como uma filosofia política que requer do Direito e do Estado “o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade”, pressupondo “a doutrina laica entre direito e moral, entre validade e justiça [...]”. Os diferentes significados (ou formas de abordagem) do termo *garantismo* demonstram a amplitude da teoria formulada pelo jurista italiano, que não se ateu especificamente ao Direito Penal, mas a formulou para todo o ordenamento jurídico, entretanto, pela importância de seus estudos, serviu de base para a construção da teoria do *garantismo* penal. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: a teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 684-685.

⁶⁰ MAIA, Alexandre da. O *garantismo* jurídico de Luigi Ferrajoli: notas preliminares. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 37, n. 145, jan/mar. 2000. Disponível em: <www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/553> . Acesso em: 08 jun. 2013, p. 43.

Desse modo, no plano da legitimação das normas jurídicas somente serão consideradas válidas aquelas que correspondem à proteção de um direito fundamental, ou mesmo, que tenham surgido em respeito a tais direitos. O garantismo penal de Ferrajoli, como visto, ocupa-se do resguardo dos direitos fundamentais do homem, em detrimento de qualquer ato normativo estatal que represente um atentado contra esses direitos, mesmo que seja utilizado como sustentáculo ideológico da medida extrema o interesse coletivo (bem-estar social).

Carvalho, ponderando os elementos justificadores da pena encartados no modelo garantista desenvolvido por Ferrajoli, aponta que esta seria um “instrumento político de negação da vingança; um limite ao poder punitivo; o mal menor em relação às possibilidades vindicativas que se produziriam na sua inexistência”, ou seja, a pena vislumbra coibir o mal da vingança privada (justiça pelas próprias mãos), desmedida e arbitrária, levada a efeito pela vítima, bem como evitar o excesso do Estado ao manejar o *jus puniendi*; e conclui⁶¹:

Garantismo, portanto, significa precisamente a tutela dos valores ou direitos fundamentais cuja satisfação, ainda contra os interesses da maioria, é o fim justificante do direito penal: a imunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado e, portanto, a garantia da sua liberdade através do respeito pela sua verdade.

Apesar de já apresentadas anteriormente algumas acepções para a expressão garantismo, não é despidendo trazer à colação, justamente, o significado dado pelo próprio Ferrajoli, que estrutura todo o discurso garantista e se reveste no tratamento que mais interessa para o desenvolvimento deste trabalho. Aduz o jurista italiano⁶²:

Segundo um primeiro significado, “garantismo” designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade” SG, próprio do Estado de Direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É, consequentemente, “garantista” todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente.

Sob tal perspectiva, deve-se sempre distinguir o modelo constitucional e o efetivo funcionamento do sistema garantista, por isso o jurista italiano preconiza a existência de “graus de garantismo” no sistema penal, notadamente, para mensurar se é possível assegurar os direitos e garantias normativamente proclamados, assim sendo, “uma Constituição pode ser

⁶¹ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 148.

⁶² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: a teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 684.

muito avançada em vista dos princípios e direitos sancionados e não passar de um pedaço de papel, caso haja defeitos de técnicas coercitivas – ou seja, de *garantias* – que propiciem o controle e a neutralização do poder e do direito ilegítimo”⁶³.

Como visto, o discurso garantista reforça uma tendência moderna do Direito de reconhecer o poder normativo da Constituição, o que exige uma interpretação de todas as normas que compõem o ordenamento jurídico infraconstitucional com o fim de se analisar sua conformidade com o texto constitucional. Destarte, sem essa preeminência normativa da Lei Fundamental é possível que direitos fundamentais constitucionais não tenham qualquer proteção ou valor frente uma norma infraconstitucional, revelando-se num verdadeiro absurdo jurídico.

Analizando essa força normativa conferida à Constituição frente à ordem infraconstitucional, que lhe garante supremacia, extraem-se três regras básicas que foram apontadas por Canotilho, citadas por Rangel⁶⁴:

Toda ordem jurídica deve ser lida a luz dela e passada pelo seu crivo, de modo a eliminar as normas que se não conformem com ela. São três as componentes principais dessa preeminência normativa da Constituição: (a) todas as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas no sentido mais concordante com a Constituição (princípio da interpretação conforme à Constituição); (b) as normas de direito ordinário desconformes com a Constituição são inválidas, não podendo ser aplicadas pelos tribunais e devendo ser anuladas pelo Tribunal Constitucional; (c) salvo quando não são exequíveis por si mesmas, as normas constitucionais aplicam-se directamente, mesmo sem lei intermediária, ou contra ela e no lugar dela.

Desse ensinamento se depreende a necessidade de uma interpretação conforme a Constituição para qualquer norma ordinária, com a finalidade de avaliar a sua compatibilidade com o texto constitucional, e na hipótese de haver pluralidade de interpretações de uma norma legal, que se escolha a alternativa mais legítima, ou seja, a que mais possua conformidade com a Lei Fundamental.

Por isso o modelo garantista pressupõe um sistema penal que, efetivamente, respeite os direitos e garantias fundamentais do homem consagrados na Constituição. Não basta a previsão de tais direitos no ordenamento constitucional, é impreterível que a persecução penal realizada pelo Estado, que detém o poder jurisdicional, seja estruturada com escopo na proteção do mais fraco (investigado, acusado, indiciado, réu) contra os abusos e arbítrios, ou até mesmo excessos do poder punitivo estatal.

⁶³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: a teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 684.

⁶⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, citado por RANGEL, Paulo. **Investigação criminal direta pelo Ministério Público**: visão crítica. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2005, p. 27-28.

Dentro da perspectiva do modelo de garantismo penal ou de responsabilidade penal, a legitimação substancial do *jus puniendi* do Estado está adstrita a uma legalidade estrita (sistema penal SG), resultando na observação das garantias penais e processuais penais que foram expressas por Ferrajoli em dez axiomas ou princípios axiológicos fundamentais, indervíveis entre si, ordenados e sistematicamente conectados pelo jurista italiano⁶⁵.

Para cada um dos dez axiomas, corresponde um princípio próprio do Direito Penal ou do Direito Processual penal, veja-se: 1) *nulla poena sine crimine* (não há pena sem crime) – princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) *nullum crimen sine lege* (não há crime sem lei) – princípio da reserva legal; 3) *nulla lex (poenalis) sine necessitate* (não há lei penal sem necessidade) – princípio da necessidade ou da economia do direito penal; 4) *nulla necessitas sine injuria* (não há necessidade sem injúria) – princípio da ofensividade ou da lesividade do resultado; 5) *nulla injuria sine actione* (não há injúria sem ação) – princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6) *nulla actio sine culpa* (não há ação sem culpa) – princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) *nulla culpa sine judicio* (não há culpa sem julgamento) – princípio da jurisdicionalidade; 8) *nullum judicium sine accusatione* (não há julgamento sem acusação) – princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; 9) *nulla accusatio sine probatione* (não há acusação sem prova) – princípio do ônus da prova ou da verificação; e 10) *nulla probatio sine defensione* (não há prova sem defesa) – princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade⁶⁶.

Os axiomas acima expressos podem ser divididos em dois grupos, sendo o primeiro composto pelos princípios 1 a 6 que se destinam a embasar um modelo garantista para o direito penal e os princípios de 7 a 10 que se referem ao garantismo aplicado ao direito processual penal. Como já citado, os princípios do *sistema garantista SG* de Ferrajoli visam estruturar um sistema penal capaz de garantir plena efetividade aos direitos e liberdades individuais constitucionalmente previstos, impondo freios e limites ao poder de punir do Estado.

De forma sintética e deixando de lado os axiomas que se referem ao direito material (Direito Penal), Lopes Junior. assevera que o sistema garantista proposto pelo jurista italiano está sustentado por seis princípios básicos, que servem de pilares para o processo penal, são

⁶⁵ SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Napolini; GENTIL, Plínio Antonio Brito. **A teoria do garantismo e a proteção dos direitos fundamentais no processo penal**. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI. Brasília, nov. 2008. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/16_654.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2013.

⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: a teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 74-75.

eles⁶⁷:

1º JURISDICIONALIDADE – *Nulla poena, nulla culpa sine iudicio*: Não só como necessidade do processo penal, mas também em sentido amplo, como garantia orgânica da figura e do estatuto do juiz. Também representa a exclusividade do poder jurisdicional, direito ao juiz natural, independência da magistratura e exclusiva submissão à lei.

2º INDERROGABILIDADE DO JUÍZO: no sentido de infungibilidade e indeclinabilidade da jurisdição.

3º SEPARAÇÃO DAS ATIVIDADES DE JULGAR E ACUSAR – *Nullum iudicium sine accusatione*: Configura o Ministério Público como agente exclusivo da acusação, garantindo a imparcialidade do juiz e submetendo a sua atuação à prévia invocação por meio da ação penal. Este princípio também deve ser aplicado na fase pré-processual, abandonando o superado modelo de juiz de instrução.

4º PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: A garantia de que será mantido o estado de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória implica diversas consequências no tratamento da parte passiva, inclusive na carga da prova (ônus da acusação) e na obrigatoriedade de que a constatação do delito e a aplicação da pena ocorrerá por meio de um processo com todas as garantias e através de uma sentença.

5º CONTRADIÇÃO – *Nulla probatio sine defensione*: É um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação (expressão do interesse punitivo do Estado) e a defesa (expressão do interesse do acusado em ficar livre de acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionadas).

6º FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS: Para o controle da contradição e de que existe prova suficiente para derrubar a presunção de inocência [...]. Só a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder.

Diante do que foi exposto previamente, é importante ressaltar que o *garantismo penal* é uma espécie de modelo limite que deve servir de exemplo para os Estados democráticos que visam proteger o cidadão de violações ou ameaças de lesões aos direitos e garantias fundamentais insculpidos na Constituição, sendo um verdadeiro referencial de racionalidade para o poder-dever de punir (por isso a previsão de requisitos como legalidade, necessidade, lesividade, dentre outros, para a legitimação da persecução penal). Dessa forma, o sistema garantista atua também como um instrumento de verificação da legitimidade e legalidade dos institutos penais e processuais penais à luz da normatividade constitucional⁶⁸.

No Brasil, a teoria do garantismo penal ganhou força com a promulgação da Constituição Federal de 1988, acompanhando a tendência dos estados democráticos de direito modernos de cunho eminentemente protecionista das liberdades individuais do cidadão. Assim, os princípios da jurisdicionalidade, da inderrogabilidade do juízo, da separação entre

⁶⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 15-16.

⁶⁸ FERREIRA, Fábio Luiz Bragança. O garantismo penal, a garantia constitucional da motivação das decisões judiciais e o processo penal brasileiro. **Revista Eletrônica da Seção Judiciária do Distrito Federal**. Brasília, n. 16, ano II, out/2010. Disponível em: <http://www.revistajustica.jfjf.jus.br/home/edições/Outubro10/artigo_Fabio2.html>. Acesso em: 05 jul. 2013.

julgador e acusação, da presunção de inocência (ônus da prova para a acusação), do contraditório e da ampla defesa, e da fundamentação das decisões judiciais, que foram apontados por Lopes Junior como pilares do *garantismo* no processo penal, já estão positivados no texto constitucional vigente. Porém, não são raros os casos noticiados pela mídia de perseguições penais realizadas com práticas totalmente desvinculadas da norma constitucional, com desprezo aos direitos e garantias do mais fraco, ou seja, em oposição ao sistema garantista penal.

Contudo, o Judiciário brasileiro demonstra sinais de preocupação com estas constantes violações de direitos fundamentais previstos na Lei Fundamental, notadamente com relação aos direitos de liberdade do cidadão, em consonância com a teoria do garantismo penal. A título de exemplo cita-se o entendimento exposto pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Eros Grau no relatório do Habeas Corpus nº 84.078/MG, no qual sustentou a impossibilidade de se iniciar o cumprimento da execução penal sem o trânsito em julgado da sentença condenatória, mesmo quando pendente recurso de efeito apenas devolutivo, ou seja, sem suspensividade⁶⁹. Para Eros Grau somente se admite a decretação de prisão do réu/acusado antes do trânsito em julgado da sentença condenatória quando se tratar de medida cautelar (prisão preventiva e prisão temporária).

O Ministro do STF demonstrou com esse entendimento respeito aos princípios constitucionais da presunção de inocência e *in dubio pro reo*, do contraditório e ampla defesa, que são requisitos indispensáveis no processo penal, principalmente quando se viceja a

⁶⁹ Para compreender o raciocínio que sustentou o posicionamento do ministro do STF no julgamento do *Writ* em comento, segue um trecho do voto de Eros Grau: “Ora, se é vedada a execução da pena restritiva de direito antes do trânsito em julgado da sentença, como maior razão há de ser coibida a execução da pena privativa de liberdade --- indubitavelmente mais grave --- enquanto não sobrevir título condenatório definitivo. Entendimento diverso importaria franca afronta ao disposto no art. 5º, inciso LVII da Constituição, além de implicar a aplicação de tratamento desigual a situações iguais, o que acarreta violação ao princípio da isonomia. [...] Aliás a nada se prestaria a Constituição se esta Corte admitisse que alguém viesse a ser considerado culpado --- e ser culpado equivale a suportar a execução imediata da pena --- anteriormente ao trânsito em julgado de sentença condenatória. Quem lê o texto constitucional em juízo perfeito sabe que a Constituição assegura ue nem a lei, nem qualquer decisão judicial imponham ao réu alguma sanção antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Não me parece possível, salvo se for negado préstimo à Constituição, qualquer conclusão diversa ao que dispões o inciso LVII do seu artigo 5º. [...] A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. [...] **Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direito. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade. É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual**”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078. Relator: Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 05 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 20 mai. 2013. (grifou-se)

restrição de liberdade do cidadão. O posicionamento adotado pela Suprema Corte evidencia a aplicação da teoria do garantismo penal em detrimento do mero legalismo.

Apontados os contornos gerais da teoria do garantismo penal desenvolvida pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli, que se revela num sistema de racionalização do poder punitivo do Estado, sugerindo uma adequação do direito penal e do direito processual penal aos reclames de efetividade da normatividade constitucional quanto aos direitos e garantias fundamentais do cidadão, deve-se frisar que não é o objetivo deste trabalho dissecar pormenorizadamente todos os princípios norteadores do sistema garantista. Em razão disto, os conceitos até aqui estudados serão, de alguma forma, empregados ao longo do desenvolvimento desta obra.

3.3 OS TRADICIONAIS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS

Da análise da evolução histórica das sociedades, observa-se que em determinados momentos os direitos e garantias do homem eram severamente oprimidos e em outros gozavam de pleno respeito e liberdade. Essa dicotomia também é verificada no direito penal, pois sua função é manter a harmonia social e refletirá, indubitavelmente, a ideologia vigente ou imposta pelo Estado à época. Contudo, é no processo penal⁷⁰ (que realiza o direito material) onde se percebe a extensão do poder punitivo estatal, seja pelo endurecimento das penas impostas ao infrator (algumas até cruéis); pela adoção de procedimento de apuração de infração penal que não respeita os direitos do suposto delinquente; ou mesmo pela concentração de “poderes” na mão do órgão responsável pelo julgamento⁷¹.

Com efeito, alguns modelos processuais penais como o sistema inquisitório, o sistema acusatório e, recentemente, o sistema misto, foram utilizados ao longo da trajetória da humanidade visando garantir a hegemonia do poder estatal e atingir os fins pretendidos pelo Estado, sendo o primeiro adotado em países autoritários, e o segundo em países que respeitavam mais as liberdades, ao menos de forma preponderante. Antes de adentrar nas características de cada sistema processual, necessário se faz abordar o conceito de sistema

⁷⁰ O Direito Processual Penal é conceituado como “ramo do direito público e com caráter essencialmente instrumental porque é meio de que se vale o Estado para tornar concreta a aplicação das normas penais e suas respectivas consequências jurídicas, em especial a pena”. BUGALHO, Nelson Roberto. Princípios processuais penais. In: PRADO, Luiz Regis (org.). **Direito processual penal** – parte I. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009, p. 34.

⁷¹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 116.

processual penal. Assim, aduz Paulo Rangel⁷²:

[...] sistema processual é o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas para a aplicação do direito penal a cada caso concreto. O Estado deve tornar efetiva a ordem normativa penal, assegurando a aplicação de suas regras e de seus preceitos básicos, e esta aplicação somente poderá ser feita através do processo, que deve se revestir, em princípio, de duas formas: a inquisitiva e a acusatória.

Feitas tais considerações, os sistemas processuais penais apresentam traços peculiares que os diferenciam, mas em comum, todos buscam esclarecer o fato criminoso (identificando o autor e a materialidade da infração penal) para o consequente processo criminal, onde, efetivamente, o Estado exercerá o *jus puniendi* como forma de garantir o bem comum, que fora afetado pela transgressão da ordem jurídica, consubstanciada na conduta delitiva.

A estrutura do sistema inquisitorial surgiu no seio da Igreja Católica no início do século XIII, no movimento intitulado Inquisição, que era uma resposta ao desenvolvimento de doutrinas religiosas que contrariavam os dogmas do catolicismo, por isso mesmo denominadas “doutrinas heréticas” (relativo à heresia), como forma de defesa da influência da Igreja no mundo antigo. Na perseguição aos hereges foi institucionalizada pelo direito canônico a tortura como mecanismo de prova, através da edição da Bula Papal de Inocêncio IV⁷³.

Os métodos de obtenção de provas utilizados na Inquisição foram aos poucos sendo incorporados aos regramentos jurídicos dos Estados absolutos da época, visando combater e reprimir a criminalidade e a violência, passando-se a adotar um sistema de persecução penal de viés inquisitorial.

Tal modelo processual penal apresenta como características principais a reunião das funções de acusação e julgamento numa só pessoa (Estado-juiz), não havia limites para a obtenção da confissão do acusado (o que justificava o uso da tortura), pois era considerada a prova máxima, bem como não havia uma nítida separação de fases, o processo judicial iniciava-se com a investigação criminal, em seguida a acusação e o julgamento⁷⁴. De forma sucinta, Nucci⁷⁵ mostra que o sistema inquisitivo é caracterizado:

[...] pela concentração de poder nas mãos do julgador, que exerce, também, a função de acusador, a confissão do réu é considerada a rainha das provas; não há debates

⁷² RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 45.

⁷³ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 1

⁷⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de direito processual penal**. 2009, p. 09.

⁷⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 121.

orais, predominando procedimentos exclusivamente escritos; os julgadores não estão sujeitos à recusa; o procedimento é sigiloso; há ausência de contraditório e a defesa é meramente decorativa.

Dessa forma, fica evidente que no sistema inquisitivo o acusado não possui quaisquer direitos, podendo ser submetido a tratamento degradante, cruel ou desumano (por intermédio da tortura) para que confesse a prática delitiva (ideia de verdade absoluta dos fatos); além disso, o juiz atua como verdadeiro “inquisidor” não lhe oportunizando o contraditório e a ampla defesa, tão comuns nos estados democráticos.

O surgimento do constitucionalismo e, conseqüentemente, a crescente positivação dos direitos fundamentais nas Constituições de diversos países tornaram incabível a adoção do sistema inquisitivo como modelo processual penal nos dias atuais. De fato, é impensável nos regimes democráticos a supressão dos direitos e garantias individuais sob o argumento de combater a criminalidade e promover o bem-estar social.

No século XVIII, a Revolução Francesa e suas ideologias e postulados de valorização do ser humano, enquanto sujeito de direitos, provocaram o abandono gradativo das práticas cruéis do sistema inquisitório⁷⁶. Essa nova ordem social que se formou na Europa pós a queda dos regimes monárquicos absolutistas, tornou imperiosa a configuração de um moderno processo penal que garanta ao acusado o respeito aos seus direitos e a imparcialidade do órgão julgador.

Assim, passa-se a adotar o sistema acusatório que, ao contrário do inquisitório, há uma nítida separação entre as funções de acusar e julgar, assim o Estado-juiz é um órgão imparcial que se sobrepõe às partes do processo (ao autor, responsável pela acusação, e ao réu, que exerce o contraditório), para aplicar a lei penal. Salutar é a lição de Tourinho Filho citado por Mirabete, que aponta os traços marcantes do sistema acusatório⁷⁷:

a) o contraditório, como garantia político-jurídica do cidadão; b) as partes acusadora e acusada, em decorrência do contraditório, encontram-se no mesmo pé de igualdade; c) o processo é público, fiscalizável pelo olho do povo; excepcionalmente permite-se uma publicidade restrita ou especial; d) as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a pessoas distintas e, logicamente, não é dado ao juiz iniciar o processo (*ne procedat judex ex officio*); e) o processo pode ser oral ou escrito; f) existe, em decorrência do contraditório, igualdade de direitos e obrigações entre as partes, pois *non debet licere actori, quoad reo non permittitur*; g) a iniciativa do processo cabe à parte acusadora, que poderá ser o ofendido ou seu representante legal, qualquer cidadão do povo ou um órgão do Estado.

⁷⁶ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 118.

⁷⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, citado por MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 43-44.

Como visto, o sistema acusatório é o que mais se coaduna com os modernos estados democráticos de direito, onde impera o respeito aos direitos fundamentais do homem. Sob esta óptica, a persecução penal revela-se num instrumento garantidor dos direitos do acusado frente à pretensão punitiva do Estado, daí a indispensabilidade dos elementos caracterizadores de um processo penal moderno como a imparcialidade do juiz (a quem compete julgar), o ônus da prova sob a incumbência de quem acusa (autor), e a amplitude dos meios de defesa disponibilizados ao acusado no exercício de seu contraditório. Dessa forma, pela primeira vez, percebe-se a atuação de três personagens no sistema penal, configurando uma verdadeira triangularização processual, quais sejam: autor, réu e juiz⁷⁸.

Uma das principais críticas que se faz ao sistema acusatório é justamente o total distanciamento do juiz da produção probatória (imposta pela aplicação da imparcialidade), pois este deve permanecer inerte e tem que decidir com base nos elementos de prova que lhe foram proporcionados pelas partes, que se revelam em alguns casos insuficientes ou mal elaborados, consequência de uma atividade incompleta ou desatenta. Tal crítica serviu de fundamento para a aparição de juízes com poderes instrutórios, inclusive o Código de Processo Penal brasileiro atribui tais poderes, em defesa a esta postura “mais ativa” do juiz no processo penal⁷⁹.

No entanto, é de suma importância ressaltar que a legislação processual penal brasileira data de 1941, o que justifica alguns de seus dispositivos não guardarem consonância com a atual estrutura social e política do país (preservando resquícios característicos do sistema inquisitório), principalmente, quanto ao modelo garantista normatizado na Constituição Federal de 1988, que assegura o respeito aos direitos e liberdades individuais.

No sistema processual penal misto o Estado detém o monopólio da acusação que é realizada comumente pelo Ministério Público e não pelo órgão que irá julgar a lide penal, ou seja, não há cumulação das funções de acusar e julgar no mesmo órgão. Tal sistema processual, pela própria etimologia, sugere uma confluência dos dois outros sistemas, inquisitivo e acusatório, atribuindo-lhe a característica de ser um modelo bifásico⁸⁰.

Assim, o processo penal é dividido em duas fases: uma preliminar (a instrução), substancialmente inquisitiva, sigilosa, escrita e que não permite o contraditório; e outra de julgamento, predominantemente acusatória, onde presentes os princípios já expostos do

⁷⁸ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 48.

⁷⁹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 119.

⁸⁰ RANGEL, op. cit., p. 51.

devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. É neste sentido a lição de Nestor Távora e Rosmar Rodrigues de Alencar⁸¹, sobre o sistema processual misto:

Caracteriza-se por uma instrução preliminar, secreta e escrita, a cargo do juiz, com poderes inquisitivos, com intuito da colheita de provas, e por uma fase contraditória (judicial) em que se dá o julgamento, admitindo-se o exercício da ampla defesa e de todos os direitos dela decorrentes.

Não há dúvida que o sistema processual misto representa um avanço em relação ao modelo inquisitório, entretanto, é impossível afirmar que ele seja o melhor sistema processual penal, em razão de manter o juiz na colheita de provas (juizado de instrução), ainda que na fase preliminar. Nos Estados Democráticos de Direito a função jurisdicional deve ser preservada ao máximo, com isso deve-se retirar do juiz estes poderes instrutórios na fase preliminar e entregá-los ao Ministério Público, que é o órgão legítimo para promover a ação penal e, portanto, é quem deve acompanhar as diligências investigatórias realizadas pela polícia judiciária, ou, quando reputar necessário, realizá-las diretamente para melhor formar a sua *opinio delicti*⁸².

De fato, o Estado-juiz deve permanecer imparcial em toda a persecução penal, deixando a tarefa de produção probatória às partes, intervindo somente em casos de violação ou ameaça de lesão a direitos fundamentais do acusado, assegurados pelo texto constitucional.

3.4 O MODELO PROCESSUAL PENAL ADOTADO NO BRASIL

Apontadas as peculiaridades principais de cada um dos modelos processuais, resta identificar qual o sistema processual penal adotado no Brasil, acusatório, inquisitivo ou misto? Para Nucci, o sistema processual brasileiro é o misto, embora não seja reconhecido oficialmente, sob dois enfoques: o Constitucional (já que o texto constitucional está repleto de princípios que regem o processo penal), de cunho acusatório; e o Processual (já que o nosso processo penal é regido pelo Código de Processo Penal), de inclinação inquisitiva. Aduz ainda, que trata-se de um sistema complicado, resultante de um Código de caráter inquisitorial abrandado por uma Constituição Federal repleta de princípios democráticos, próprios do sistema acusatório⁸³.

⁸¹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Romar Rodrigues de. **Curso de direito processual penal**. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 43.

⁸² RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 51.

⁸³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 110.

Não obstante, a presença de duas fases bem definidas (investigação criminal preliminar e ação penal) não tem o condão de caracterizar o sistema processual penal adotado no Brasil como misto. Nesta esteira é a lição de Eugênio Pacelli de Oliveira⁸⁴:

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 diretamente 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 o caso brasileiro.

Assiste razão ao doutrinador acima exposto, no Brasil não há juizado de instrução e a produção e valoração das provas elaboradas pelas partes é feita na ação penal, perante o órgão jurisdicional competente, onde são observadas todas as garantias constitucionais do acusado.

Distanciando-se da controvérsia acerca do modelo processual brasileiro, o que não deixa dúvidas é que ele apresenta como característica marcante a diversidade de funções. De fato, ao menos em regra, são bem distintas as pessoas (órgãos) incumbidas de acusar, defender e julgar. Ao Ministério Público compete promover de forma privativa (exclusiva) a ação penal pública, na forma da lei (art. 129, I, CF), revelando-se ser o órgão acusador; a defesa do réu será patrocinada por advogado (art. 5º, LXIII, e art. 133, ambos da CF); e o julgamento será feito pelo Estado-juiz (art. 5º, XXXV, CF).

Alguns doutrinadores, dentre eles se enfileira Rangel, prelecionam que o Brasil adota um sistema acusatório, mas apontam uma falha na sua essência e por isso concluem que o processo penal brasileiro não é verdadeiramente acusatório, pois o inquérito policial ou outro procedimento de investigação criminal (realizado na fase preliminar) é tipicamente inquisitorial, regido pelo sigilo, não permite o contraditório e ampla defesa, além de tratar o indiciado como mero objeto de investigação e não sujeito de direitos. E a crítica reside especificamente no fato do inquérito policial integrar os autos da ação penal e, por vezes, “contaminar” a livre consciência do julgador, tendo em vista que muitos juízes utilizam as provas colhidas neste procedimento inquisitório como base para a produção das provas em Juízo, principalmente os depoimentos testemunhais prestados na polícia sem o crivo do contraditório que são lidos em audiência antes das perquirições das partes, visando o juiz saber se o depoente confirma ou não a versão encartada nos autos⁸⁵.

⁸⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.12-13.

⁸⁵ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 51-52.

Portanto, o sistema processual penal brasileiro não pode ser considerado como verdadeiramente acusatório, pelo menos no seu sentido puro, e enquanto o inquérito policial estiver atrelado fisicamente ao processo penal, a busca pela verdade real será influenciada pelas provas obtidas sob o modelo inquisitorial e, conseqüentemente, condenações serão prolatadas com esteio nestes elementos, mas sob a fundamentação de que não foram os únicos que formaram a convicção do juiz acerca do desfecho da lide penal⁸⁶.

Ademais, outra crítica fervorosa dirigida ao modelo de sistema penal adotado no Brasil diz respeito à participação “mais ativa” do juiz na segunda fase (judicial) da *persecutio criminis*, que prejudica a separação das atividades de acusar e julgar, desequilibrando a paridade de armas das partes que deve existir na lide penal. Lopes Junior, perscrutando o Código de Processo Penal brasileiro identifica vários dispositivos que evidenciam essa ausência de separação de funções, e aduz⁸⁷:

[...] não basta termos uma separação inicial, com o Ministério Público formulando a acusação e depois, ao longo do procedimento, permitir que o juiz assuma um papel ativo na busca da prova ou mesmo na prática de atos tipicamente da parte acusadora, como, por exemplo, permitir que o juiz de ofício converta a prisão em flagrante em preventiva (art. 310), pois equivale a “prisão decretada de ofício”; ou mesmo decrete a prisão preventiva de ofício no curso do processo (o problema não está na fase, mas, sim, no atuar de ofício!); uma busca e apreensão (art. 242), o sequestro (art. 127); ouça testemunhas além das indicadas (art. 209); proceda ao reinterrogatório do réu a qualquer tempo (art. 196); determine diligências de ofício durante a fase processual

⁸⁶ Reza o Art. 155 do Código de Processo Penal que “o juiz formará a sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, **ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas**” (grifou-se). Logo, conclui-se que é impossível o juiz condenar com base unicamente no cabedal de provas produzidas no inquérito policial ou qualquer outro procedimento de investigação criminal sem o crivo do contrário. Entretanto, a inteligência da parte final do artigo citado, abre uma ressalva quanto às provas cautelares, não repetíveis (como a interceptação telefônica, busca e apreensão, perícias de corpo de delito e de local de crime) e as antecipadas (urgentes e relevantes). E aí reside a dicotomia, como garantir que o juiz não sentenciou com base em elementos do inquérito policial já que o inquérito está atrelado fisicamente aos autos da ação penal, em razão destas provas. Neste sentido, tem se posicionado os Tribunais. **HABEAS CORPUS. PARTICIPAÇÃO, NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR, EM VIA PÚBLICA, DE DISPUTA AUTOMOBILÍSTICA NÃO AUTORIZADA PELA AUTORIDADE COMPETENTE, COM DANO POTENCIAL À INCOLUMIDADE PÚBLICA OU PRIVADA [...] CONDENAÇÃO BASEADA EXCLUSIVAMENTE EM ELEMENTOS INFORMATIVOS COLHIDOS NO INQUÉRITO POLICIAL. NÃO OCORRÊNCIA. ACERVO PROBATÓRIO IDÔNEO. [...] 3. No caso, o Juiz, ao proferir a sentença, externou sua convicção acerca dos fatos narrados na denúncia com base não só nos elementos de informação colhidos durante a fase policial, mas também em provas produzidas no âmbito judicial. Atuou, portanto, dentro do livre convencimento motivado, nos limites legais.** 4. Habeas corpus denegado. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 222302/RJ, Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgamento em 01 de março de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=201102511044&dt_publicacao=19/03/2012>. Acesso em: 25 mai. 2013. (grifou-se).

⁸⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 132.

e até mesmo no curso da investigação preliminar (art. 156, incisos I e II); reconheça agravantes ainda que não tenham sido alegados (art. 385); altere a classificação jurídica do fato (art. 383) etc.

Fica clarividente que não há verdadeiramente uma posição de afastamento do juiz⁸⁸ ao longo do processo penal brasileiro, portanto, é impensável a concepção de um sistema acusatório desconectado do princípio da imparcialidade e do contraditório, já que estão íntima e indissolúvelmente relacionados. Nesta senda, Khaled Júnior⁸⁹ enfatiza:

O que caracteriza um sistema acusatório é a existência de partes e o arbitramento do juiz, que não deveria ir atrás de provas, o que incumbe às referidas partes. A busca pelo verdadeiro não pode suplantiar as garantias do réu, pois essa é a característica do processo penal e dos limites que devem ser impostos a busca que ele procede. Em um Estado Democrático de Direito, uma exigência como a verdade não pode ser absoluta: deve encontrar limites, como a recusa de prova ilegal e a presunção de inocência, por exemplo. Afinal, não se pode supor que o juiz seja alheio a paixões humanas e que ele não tenha uma hipótese que, mesmo inconscientemente, possa tentar provar caso lhe seja atribuída a iniciativa da investigação.

Superando esta discussão acerca da definição do sistema penal brasileiro, o que realmente interessa a este estudo é demonstrar o funcionamento deste complexo modelo de persecução penal, que como fora evidenciado, possui duas fases distintas uma de investigação preliminar e outra a ação penal. Desse modo, para a consecução dos objetivos deste trabalho, se versará de forma mais detalhada a primeira fase, ou seja, a investigação criminal.

Diante do que foi exposto, em respeito ao princípio do devido processo legal, a persecução penal do Estado deve obedecer todas as formalidades previstas em lei, e realizada em procedimento instaurado com o fito de apurar os elementos necessários a *opinio delicti* do

⁸⁸ Sobre a imparcialidade do juiz no sistema processual penal brasileiro é raro o enfrentamento da matéria pelos tribunais pátrios, em especial sob a ótica do sistema acusatório. Entretanto, merece transcrição a ementa abaixo: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO DECRETADA DE OFÍCIO PELO MAGISTRADO. INCONSTITUCIONALIDADE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. REQUISITO VAGAMENTE INVOCADO. IMPRESTABILIDADE. GRAVIDADE DO DELITO - AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. - A regra do jogo processual democrático é assim estabelecida: um acusa, outro defende e outro julga. [...] Nesta ótica, **competete ao Ministério Público, e tão somente a ele, além de promover a ação penal, atuar no interesse acusatório no seu todo, tanto na deflagração da ação quanto das cautelares que sustentam o processo penal. - No momento em que o julgador invade a competência do acusador, é estabelecida uma relação incestuosa entre aquele que julga e aquele que persegue, abalando a imparcialidade - vista como equidistância.** BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Habeas Corpus nº 70018920934. Quinta Câmara Criminal, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, julgado em 04 de abril de 2007. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70018920934&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>>.

Acesso em: 10 mai. 2013. (grifou-se)

⁸⁹ KHALED JR., Salah Hassan. O sistema processual penal brasileiro: acusatório, misto ou inquisitório?. **Revista Eletrônica Civitas**. Porto Alegre, n. 2. v. 10, mai/ago. 2010. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/viewFile/6513/5607>>. Acesso em: 12 mai. 2013.

Ministério Público, que tem competência exclusiva para promover a ação penal pública. Esse procedimento preliminar para colheita dos elementos mínimos de autoria e materialidade de um delito é chamado de investigação criminal, que integra a persecução penal. Na precisa definição de Valter Foletto Santin⁹⁰:

Investigação criminal é a atividade destinada a apurar as infrações penais, com a identificação da autoria, documentação da materialidade e esclarecimento dos motivos, circunstâncias, causas e consequências do delito, para proporcionar elementos probatórios. necessários à formação da *opinio delicti* do Ministério Público e embasamento da ação penal. Representa a primeira fase da persecução penal estatal; a ação penal corresponde à segunda fase da persecução.

A atividade de investigação é realizada por entes públicos ou por pessoa privada (no caso dos crimes de ação penal privada). Ao conduzir a apuração da infração penal, o Estado a faz por meio de organismos próprios, principalmente pela polícia judiciária.

No Brasil a segurança pública é exercida por diversos órgãos policiais (polícia federal, polícia rodoviária federal, polícias civis, polícias militares e corpos de bombeiros militares), com competência e atribuições previstas no texto constitucional. Nesse diapasão, o que significa a expressão polícia judiciária? Para Hely Lopes Meirelles, a Polícia Judiciária é a que se destina precipuamente a reprimir infrações penais (crimes e contravenções) e a apresentar os infratores à Justiça, para a necessária punição, efetuando prisões em flagrante delito ou em cumprimento de mandados judiciais⁹¹, atuando como auxiliar da Justiça Penal, ou seja, funções típicas das polícias federal e civil.

Diferentemente da Polícia Judiciária, ressalta José Afonso da Silva, a Polícia de Segurança (polícia militar e polícia rodoviária federal) é órgão policial com função de polícia preventiva que tenta com sua presença ostensiva evitar a ocorrência do ilícito, objetivando preservar a ordem pública, adotando as medidas necessárias para evitar dano ou perigo as pessoas⁹².

Cabe ressaltar que não apenas as polícias federal (da União) e civil (dos Estados Membros) incumbem à atividade investigatória criminal, outros órgãos estatais podem empreender diligências dessa natureza, a fim de apurar fatos delituosos. De forma mais detalhada, serão abordadas a seguir a atividade investigatória criminal realizada pela polícia judiciária, consubstanciada no inquérito policial, e outros procedimentos preliminares de

⁹⁰ SANTIN, Valter Foletto. **O Ministério Público na investigação criminal**. Bauru, SP: EDIPRO, 2001, p. 31.

⁹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 96.

⁹² SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 778.

investigação previstos no ordenamento jurídico pátrio.

3.4.1 O Inquérito Policial: uma visão geral

O principal instrumento de investigação criminal utilizado pela polícia é o inquérito policial. Foi instituído no Brasil por intermédio do Decreto nº 4.824, de 22 de novembro de 1871, estabelecendo a separação entre Polícia e o Poder Judiciário. Previa o referido diploma legal, no seu art. 42, que o “inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento do fato criminoso, de suas circunstâncias e dos seus autores e cúmplices”⁹³.

Dessa forma, reveste-se num procedimento para documentar os elementos probatórios mínimos necessários (autoria e materialidade da infração penal) que viabilizem à denúncia pelo Ministério Público ou queixa-crime pelo particular. Com base nas características atualmente reconhecidas pela doutrina e pela jurisprudência, Mirabete⁹⁴ assim o conceitua:

Inquérito policial é todo procedimento policial destinado a reunir os elementos necessários à apuração da prática de uma infração penal e de sua autoria. Trata-se de uma instrução provisória, preparatória, informativa, em que se colhem elementos por vezes difíceis de obter na instrução judiciária, como auto de flagrante, exames periciais, etc. Seu destinatário imediato é o Ministério Público (no caso de crime que se apura mediante ação penal pública) ou o ofendido (na hipótese de ação penal privada), que com ele formam sua *opinio delicti* para a propositura da denúncia ou queixa. O destinatário mediato é o Juiz, que nele também pode encontrar fundamentos para julgar.

Como visto, o inquérito policial é um procedimento preparatório da ação penal, ou seja, é uma fase pré-processual da persecução penal, por isso de caráter administrativo, conduzido pela polícia judiciária objetivando elucidar o crime e suas circunstâncias. Nesta fase preliminar, serão colhidos os elementos necessários à convicção do *Parquet*, titular da ação penal sobre a autoria e materialidade da infração penal. Não só isso, outra importante função do procedimento investigatório policial é a produção de provas urgentes, que dificilmente serão renovadas na ação penal, pois correm o risco de desaparecerem após a consumação do crime⁹⁵.

Por se tratar de um procedimento de natureza administrativa, nesta fase investigatória não há a participação do Judiciário, que deve permanecer inerte durante a produção probatória

⁹³ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 136.

⁹⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 82.

⁹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 148.

que servirá de lastro para a denúncia ou queixa-crime. Neste contexto, aduz o doutrinador Eugênio Pacelli de Oliveira⁹⁶:

O juiz, nesta fase, deve permanecer absolutamente alheio à qualidade da prova em curso, somente intervindo para tutelar violações ou ameaça de lesões a direitos e garantias individuais das partes, ou para resguardar a efetividade da função jurisdicional, quando, então, exercerá atos de natureza jurisdicional.

Com efeito, o Estado-juiz deve manter-se imparcial, no sentido de afastar-se da autoridade policial e do Ministério Público (responsável pela acusação) durante esta fase investigatória (onde se pretende esclarecer o fato criminoso e apontar o seu autor ou, pelo menos, oferecer elementos pelos quais se possa identificá-lo), tendo em vista que o inquérito policial é um procedimento eminentemente inquisitório, assim, não há contraditório e nem ampla defesa, sendo o suspeito um mero objeto de investigações. Contudo, decorre de sua função jurisdicional resguardar os direitos e garantias fundamentais do investigado previstos constitucionalmente.

Não somente o magistrado tem essa incumbência, mas também a autoridade policial e o Ministério Público, no exercício do controle externo da atividade policial (nos termos do Art. 129, inciso VII, da Constituição Federal), devem zelar para que a investigação criminal seja conduzida de forma a evitar violação ou ameaça de lesão aos direitos fundamentais do investigado, objetivando sempre “equilibrar o interesse social em que o Estado desvenda a prática de uma afronta aos seus bens e interesses mais relevantes com a necessidade de respeitar os direitos e liberdades fundamentais de cada indivíduo”⁹⁷.

O inquérito policial é um procedimento de natureza administrativa, meramente informativo, preparatório da ação penal e se caracteriza, com base na didática de Rangel⁹⁸, por ser: 1) inquisitorial – a autoridade policial possui nas mãos o poder de direção do procedimento, de forma livre, podendo inquirir testemunhas do fato, realizar diligências investigatórias, sempre procurando esclarecer a materialidade e autoria do evento delituoso. O caráter inquisitório do inquérito policial é que impossibilita dar ao investigado o direito de defesa, pois ele ainda não está sendo acusado de nada, apenas é um objeto de uma pesquisa feita pela autoridade policial; 2) formal – a formalidade do procedimento decorre de estrita determinação legal, sendo uma exigência do Código de Processo Penal (art. 9º) que prescreve a adoção da forma escrita; 3) sistemático – as peças informativas do inquérito devem ser

⁹⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 49.

⁹⁷ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 143.

⁹⁸ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 84-89.

colocadas em uma sequência lógica e cronológica, de sorte a favorecerem uma reconstrução probatória dos fatos; 4) unidirecional – um único fim que é apuração dos fatos objeto de investigação. Neste sentido, não cabe à autoridade policial usurpar as funções do Ministério Público, muito menos do Juízo; 5) sigiloso – o sigilo a ser adotado no inquérito policial é aquele necessário à elucidação do fato criminoso e que a publicização pode atrapalhar o curso da investigação; e 6) discricionário – a autoridade policial não está presa a um rito específico para conduzir a investigação, deve fazê-la com total liberdade e com base em elementos de convicção pessoal, contudo com arrimo na lei.

As particularidades do inquérito policial acima expostas são importantes para uma correta compreensão de seu real objetivo, bem como ajudam a distingui-lo de outros procedimentos de investigação preliminar que porventura possuam uma natureza jurídica semelhante à sua.

Dentre as características informadoras do inquérito policial são alvo de um amplo debate jurídico a ausência de contraditório para o investigado e o fato de ser um procedimento sigiloso (natureza inquisitória). Para “apimentar” a discussão jurídica sobre os institutos em comento, é pacífico que a Constituição Federal de 1988, de caráter extremamente garantista, consagra inúmeros direitos e garantias fundamentais e dispõe no seu artigo 5º, inciso LV, que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os recursos a ela inerentes”.

Antes de adentrar na discussão acerca dos institutos do contraditório e do sigilo no inquérito policial, se constata necessário esclarecer que a natureza administrativa do procedimento investigatório não o assemelha ao processo administrativo, visto que não é processo, porquanto não se constitui em relação trilateral, já que o investigado não é parte no procedimento, nem tampouco assume o papel de acusado⁹⁹. Como já exposto, o investigado é um objeto de investigação (mas sem prejuízos de suas garantias constitucionais) e o procedimento policial possui unicamente a finalidade de reunir elementos probatórios suficientes da materialidade e autoria do evento criminoso para subsidiar a *opinio delicti* do Ministério Público.

Com supedâneo no sistema de garantias das liberdades individuais previsto da Lei Fundamental, principalmente no direito fundamental preconizado no inciso LVI, do art. 5º, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, e ainda, conjugando-o com o inciso LV (íntegra acima exposta), do citado artigo, Tucci evidencia que

⁹⁹ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 142.

se deverá “conceder ao ser humano enredado numa *persecutio criminis* todas as possibilidades de efetivação de ampla defesa, de sorte que ela se concretize em sua plenitude, com a participação ativa, e marcada pela contrariedade, em todos os atos do respectivo procedimento, desde a fase pré-processual da investigação criminal, até o final do processo [...]”¹⁰⁰.

De forma diversa, discorrendo sobre a natureza jurídica do inquérito policial e a discussão jurídica que se forma em torno da possibilidade do contraditório nesta fase preliminar (de investigação criminal) da persecução penal, Tourinho Filho¹⁰¹ afirma:

Ora, se o inquérito não tem finalidade punitiva, por óbvio não admite o contraditório. [...] Há respeitável entendimento de que a expressão “acusados em geral” [inserto no inciso LV, do Artigo 5º da Constituição Federal, acima transcrito], abarcaria, também, a figura do “indiciado”, do “investigado”, do “suspeito”. Cremos, *data vênia*, que não se lhe pode emprestar um sentido maior. De fato, o contraditório implica uma série de poderes que não se encontram, nem podem ser encontrados, no inquérito policial: formular reperguntas às testemunhas, arguir a suspeição da Autoridade Policial, ter o direito de requerer diligências que lhe interessem [...] Ademais, o princípio do contraditório, dogma constitucional, traduz o direito que têm as partes acusadora e acusada de se manifestarem sobre as alegações, atos e manifestações. Se no inquérito não há acusação, mas investigação, não se pode admitir contraditório naquela fase preambular da ação penal.

Esclarecedora e coerente a lição de Tourinho Filho acima resgatada, de fato, o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa sugere uma paridade de armas entre os contendores, ou seja, o órgão acusador e a defesa do acusado, resguardando o indivíduo do arbítrio e abusos na realização do poder de punir do Estado. Assim, sendo o inquérito policial apenas um instrumento informativo, não havendo um acusado e sim um investigado, não há o que se concluir por qualquer ilegalidade do procedimento investigatório ou mesmo violação de direitos fundamentais constitucionalmente normatizados¹⁰². Ademais,

¹⁰⁰ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 155.

¹⁰¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 113-114.

¹⁰² Neste sentido se posicionou o Supremo Tribunal Federal, veja-se o aresto seguinte:
RECURSO EXTRAORDINÁRIO - MATÉRIA CRIMINAL - INTERROGATORIO POLICIAL SEM A PRESENÇA DO DEFENSOR - ILICITUDE DA PROVA - INOCORRENCIA - NATUREZA DO INQUERITO POLICIAL - DISCIPLINA DA PROVA - APLICAÇÃO RETROATIVA DA CF/88 - INVIABILIDADE - INOCORRENCIA DE LESÃO A ORDEM CONSTITUCIONAL (CF/88, ART. 5, XL, LVI E LXIII E ART. 133) - RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO. - o inquérito policial constitui mero procedimento administrativo, de caráter investigatório, destinado a subsidiar a atuação do Ministério Público. Trata-se de peça informativa cujos elementos instrutórios - precipuamente destinados ao órgão da acusação pública - habilita-lo a instaurar a *persecutio criminis in judicio*. [...] **a investigação policial - que tem no inquérito o instrumento de sua concretização - não se processa, em função de sua própria natureza, sob o crivo do contraditório, eis que e somente em juízo que se torna plenamente exigível o dever de observância ao postulado da bilateralidade e da instrução criminal contraditória. A inaplicabilidade da garantia do contraditório ao procedimento de investigação policial tem sido**

na hipótese do investigado sofrer constrangimento ilegal na sua liberdade de locomoção, como exemplo a prisão ilegal, a Constituição prevê um remédio, qual seja: o *habeas corpus*¹⁰³.

Com relação ao sigilo, dispõe o art. 20 do Código de Processo Penal que a “autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”. Há de se esclarecer que tal característica não se estende ao Ministério Público e ao Judiciário, que em qualquer situação podem e devem acompanhar o desenvolvimento das atividades investigatórias da polícia. A controvérsia doutrinária e jurisprudencial sobre o sigilo do inquérito policial reside na possibilidade de que a própria parte ou seu advogado tenham acesso aos autos do inquérito policial¹⁰⁴.

Com o advento da Lei 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia), nos termos do artigo 7º, inciso XIV, garantiu-se ao advogado o direito de “examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos”. Contudo, o parágrafo primeiro (item 1) do prefalado artigo prescreve que esse acesso do defensor aos autos do inquérito policial não se aplica se for decretado segredo de justiça.

Por outro lado, é cediço que para determinadas diligências o sigilo é fator imprescindível para a sua eficácia, a título de exemplo pode-se citar a interceptação de comunicações telefônicas; a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos e acústicos; e a infiltração de agentes policiais ou de inteligência em tarefas de investigação de ações praticadas por organizações criminosas¹⁰⁵. Obviamente sobre estas espécies de diligências policiais recairá sigilo absoluto até que se concluam as atividades investigatórias.

Visando dirimir a controvérsia sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal editou a

reconhecida tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência dos tribunais (RT 522/396), cujo magistério tem acentuado que a garantia da ampla defesa traduz elemento essencial e exclusivo da persecução penal em juízo. [...] nada justifica a assertiva de que a realização de interrogatório policial, sem que ao ato esteja presente o defensor técnico do indiciado, caracterize comportamento ilícito do órgão incumbido, na fase pré-processual, da persecução e da investigação penais. A confissão policial feita por indiciado desassistido de defensor não ostenta, por si mesma, natureza ilícita. (grifou-se) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 136.239, Relator: Ministro Celso de Mello, Primeira Turma, publicado em: 14 ago. 1992. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1515173>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

¹⁰³ O *habeas corpus* está inserido no rol das garantias constitucionais, revelando-se em um instrumento destinado a assegurar o gozo de um direito violado ou em vias de ser violado. Assim, é um “remédio destinado a tutelar o direito de liberdade de locomoção, a liberdade de ir, vir, parar e ficar. Tem natureza de ação constitucional penal”. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 445.

¹⁰⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 117.

¹⁰⁵ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 142

Súmula Vinculante nº 14, restando consignado que: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”. Constatase que a publicidade garantida pelo Pretório Excelso não é plena e irrestrita, uma vez que se admite a consulta apenas aos elementos já colhidos e documentados no inquérito policial, permanecendo a defesa sem acesso as diligências ainda não finalizadas.

Outra característica peculiar do procedimento investigatório policial é a oficiosidade (ou obrigatoriedade). Significa que a Autoridade Policial possui o dever jurídico de instaurar o inquérito policial nos crimes de ação penal pública incondicionada (art. 5º, I, do CPP), ressalvados os casos de ação penal pública condicionada e de ação penal privada (art. 5º, §§ 4º e 5º, do CPP), diante da notícia de uma possível infração penal. Recebe o nome de *notitia criminis* (notícia do crime) o conhecimento espontâneo ou provocado, por parte da autoridade policial, de um fato aparentemente criminoso e é com base nesse conhecimento que se dará início às investigações preliminares¹⁰⁶.

Assim, o inquérito policial é formalmente instaurado de ofício (*ex officio*), por portaria da autoridade policial, pela prisão em flagrante delito do autor do fato, mediante representação do ofendido, ou a partir de requisição do juiz ou do Ministério Público. Quando o ofendido, diretamente ou por intermédio de pessoa legítima a representá-lo, levar à autoridade policial a notícia da infração penal, diz-se, neste caso, que a *notitia criminis* é qualificada ou *delatio criminis*¹⁰⁷.

Cumprе ressaltar, como bem disserta Fernando Capez, sendo o Ministério Público o autor da ação penal pública na nova ordem constitucional (art. 129, I, da CF), a requisição de inquérito policial tornou-se privativa do órgão ministerial, devendo o órgão jurisdicional remeter imediatamente ao Ministério Público qualquer notícia de delito que tenha tomado conhecimento, para que adote as providências cabíveis. Com isso, a autoridade policial não poderá se recusar a instaurar o procedimento investigatório policial, pois a requisição do *Parquet* tem natureza de determinação, de ordem, muito embora inexista subordinação hierárquica¹⁰⁸. Obviamente, esta requisição não pode ser manifestamente ilegal.

Inaugurado o procedimento investigatório serão empreendidas as diligências iniciais necessárias à elucidação do evento criminoso, ocasião em que a autoridade policial com base

¹⁰⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 123.

¹⁰⁷ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 230.

¹⁰⁸ CAPEZ, op.cit., p. 124.

nos primeiros elementos colhidos, indicará o autor ou autores da infração penal. Segundo Mirabete, “indiciamento é a imputação a alguém, no inquérito policial, da prática do ilícito penal, ou o resultado concreto da convergência de indícios que apontam determinada pessoa ou determinadas pessoas como praticantes de fatos ou atos tidos pela legislação penal em vigor como típicos, antijurídicos e culpáveis”¹⁰⁹.

O indiciamento é, portanto, um ato formal da autoridade policial e inclui a colheita de dados sobre a vida pregressa e a identificação civil do suspeito, se estiver presente e for possível fazê-la, no caso de restar frustrada, será realizada a sua identificação criminal que compreende a datiloscópica (impressões digitais) e a fotográfica (art. 5º da Lei 12.037/2009). Se ausente o suspeito, o indiciamento se faz de maneira indireta, ou seja, mediante colheita de dados de fontes diversas a que a polícia possa recorrer para identificá-lo¹¹⁰.

Concluídas todas as diligências investigatórias, deverá o delegado de polícia elaborar um relatório minucioso de tudo o que foi apurado no inquérito policial, remetendo os autos ao juízo competente, acompanhado dos instrumentos do crime e dos objetos porventura apreendidos que interessem à prova (art. 11, do CPP).

No Juízo Criminal, após os registros de praxe, os autos do inquérito policial serão remetidos ao Ministério Público para as providências que entender cabíveis. Com arrimo na lição de Edilson Bonfim, recebido o procedimento investigatório criminal da polícia, pode adotar o órgão ministerial as seguintes medidas: a) oferecer denúncia; b) devolvê-lo à autoridade policial para a realização de novas diligências imprescindíveis ao oferecimento da denúncia; c) requerer o arquivamento do inquérito policial; e d) requerer a permanência dos autos em cartório, nos casos de ação penal privada, que aguardarão a iniciativa da pessoa legítima para deflagrar a segunda fase da *persecutio criminis*¹¹¹.

Feita esta visão geral, não é despidendo rememorar que o inquérito policial tem por finalidade essencial investigar e comprovar os fatos constantes em *notitia criminis* levada ao conhecimento da autoridade policial, elucidando a materialidade e autoria de um delito para favorecer a *opinio delicti* do Ministério Público, nos casos de ação penal pública. Portanto, é uma atividade preparatória da pretensão acusatória que será posteriormente exercida no processo penal. Logo, se indaga qual é o valor probatório do inquérito policial?

Como já explanado, é controvertida a valoração probatória dos elementos colhidos

¹⁰⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 95.

¹¹⁰ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 235.

¹¹¹ BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 164-165.

nos autos do procedimento investigatório criminal pela doutrina e jurisprudência. Retomando a discussão jurídica sobre o tema iniciado no item 3.4 desta obra, convém esclarecer o sistema de avaliação das provas seguido no processo penal brasileiro.

Segundo Hartmann, a doutrina pátria é unânime no entendimento que no Brasil adotou-se o princípio do livre convencimento do juiz, a teor do que dispõe o Artigo 157 do Código de Processo Penal. Neste passo, o juiz “valora livremente, da forma que melhor entender, as provas colhidas durante a instrução criminal e a partir dessa valoração forma o seu convencimento, devendo, após, demonstrar explicitamente as razões de sua escolha”¹¹². Observa-se que apesar de ser livre a apuração e descoberta da verdade, o juiz deve motivar sua decisão em respeito à garantia constitucional prevista no artigo 193, inciso IX.

Portanto, não há regra imposta ao juiz para a apreciação das provas (pois formará sua convicção livremente), entretanto, o sistema constitucional penal brasileiro assegura ao acusado inúmeros direitos e garantias individuais, dentre eles o princípio do contraditório e da ampla defesa, e todos os atos processuais devem ser produzidos sob o seu crivo.

Assim, diante da própria natureza do inquérito policial é inadmissível a condenação do réu em processo penal com base, unicamente, nas provas colhidas durante a fase pré-processual. E essa é a dicção do artigo 155, do Código de Processo Penal com a redação determinada pela Lei n. 11.690/2008, que dispõe: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”. Assim, a reforma processual penal trouxe evidente limitação ao princípio do livre convencimento do juiz¹¹³.

Contudo, ainda persistem ferrenhas críticas ao atrelamento físico do inquérito policial aos autos da ação penal, sobretudo o alegado perigo de comprometer o resultado da persecução penal e da própria função jurisdicional, pela valoração de provas produzidas antecipadamente na fase de investigação, com restrição ao exercício do contraditório. Sobre o tema, Antonio Scarance Fernandes esclarece que em virtude da natureza dos elementos probatórios colhidos antecipadamente (urgentes e relevantes como as perícias sobre vestígios do crime que desaparecem em curto espaço de tempo; interceptações telefônicas, etc.), é

¹¹² HARTMANN, Érica de Oliveira. Os sistemas de avaliação da prova e o processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**. mai. 2005. Disponível em: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/1749/1446>. Acesso em: 14 Jul. 2013, p. 118.

¹¹³ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 120.

impossível a participação do investigado, e disserta¹¹⁴:

Entre nós, as medidas cautelares são, em regra, determinadas sem audiência do titular do direito restringido, de ofício ou em atenção a requerimento do Ministério Público, do ofendido ou representação da autoridade policial. As perícias são realizadas também sem participação do investigado ou de seu advogado. A observância do contraditório, nesses casos é feita depois, dando-se oportunidade ao suspeito de contestar a providência cautelar ou de combater, no processo, a prova pericial realizada no inquérito. Fala-se em contraditório diferido ou postergado.

Com efeito, tais medidas não violam os direitos constitucionais do investigado, visto que na ação penal lhe será assegurado o contraditório de forma ampla, oportunidade de contestar os resultados das perícias e outras medidas cautelares deferidas no âmbito do inquérito policial.

Quanto à prescindibilidade da investigação criminal realizada pela polícia judiciária, cumpre ressaltar que o inquérito policial não é obrigatório para se deflagrar a persecução penal em juízo¹¹⁵, pode ser totalmente dispensado se o órgão acusador dispuser de elementos suficientes para demonstrar a verossimilhança da acusação, ou seja, a justa causa da imputação. Destarte, outros procedimentos administrativos podem substituí-lo como instrumento de apuração de infrações penais, contudo, desde que prevista em lei a função investigatória da autoridade administrativa competente.

3.4.2 Outros procedimentos de investigação criminal: inquéritos extrapoliciais

¹¹⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 60.

¹¹⁵ O titular da ação penal (Ministério Público ou ofendido) pode dispensar o inquérito policial conquanto disponha de elementos mínimos suficientes para a denúncia ou queixa. A peça inicial da acusação será rejeitada pelo juízo criminal se carecer desse conjunto mínimo de convicção acerca da autoria e materialidade da infração penal. Neste mesmo sentido, se posicionou o Supremo Tribunal Federal no aresto seguinte: E M E N T A: "HABEAS CORPUS" - MINISTÉRIO PÚBLICO - OFERECIMENTO DE DENÚNCIA - DESNECESSIDADE DE PRÉVIA INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL - EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS MÍNIMOS DE INFORMAÇÃO QUE POSSIBILITAM O IMEDIATO AJUIZAMENTO DA AÇÃO PENAL - INOCORRÊNCIA DE SITUAÇÃO DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO - PEDIDO INDEFERIDO. - **O inquérito policial não constitui pressuposto legitimador da válida instauração, pelo Ministério Público, da "persecutio criminis in judicio". Precedentes. O Ministério Público, por isso mesmo, para oferecer denúncia, não depende de prévias investigações penais promovidas pela Polícia Judiciária, desde que disponha, para tanto, de elementos mínimos de informação, fundados em base empírica idônea, sob pena de o desempenho da gravíssima prerrogativa de acusar transformar-se em exercício irresponsável de poder, convertendo, o processo penal, em inaceitável instrumento de arbítrio estatal. Precedentes.** BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 80405. Relator: Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgamento em 03 de abril de 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1847033>>. Acesso em: 14 jul. 2013. (grifou-se)

No Brasil a atividade investigatória criminal jamais foi exclusividade da polícia judiciária. O ordenamento jurídico pátrio confere a diversas instituições a prerrogativa de tal atividade, a título de exemplo cita-se: a) a Agência Brasileira de Inteligência (ABIN); b) a Comissão de Valores Mobiliários (CVM); c) o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), Órgão subordinado ao Ministério da Justiça; d) as Corregedorias da Câmara e do Senado Federal; e) os Tribunais de Contas da União, dos Estados e dos Municípios (onde houver); f) a Receita Federal; g) os Tribunais Superiores, os Tribunais Federais e os Tribunais de Justiça dos Estados; e h) o Ministério Público¹¹⁶.

Além dos órgãos acima expostos, foram reservadas pela legislação ordinária a outras autoridades administrativas o poder de instaurar procedimentos investigatórios extrapoliciais com o fito de formar a *opinio delicti* do acusador. Nesta esteira, fornece Nucci¹¹⁷ os seguintes exemplos:

São autoridades capazes de produzir provas pré-constituídas para fundamentar a ação penal os oficiais militares (inquérito militar), os chefes de repartições públicas (sindicâncias e processos administrativos), os promotores de justiça (inquérito civil, voltado a apurar lesões a interesses difusos e coletivos), [...] os parlamentares, durante os trabalhos das Comissões Parlamentares de Inquérito, entre outras possibilidades legais.

Como visto, para diversos órgãos do Estado a lei prevê a possibilidade de realização de diligências investigatórias, visando colher elementos mínimos para a propositura da ação penal por quem de direito. Sem prejuízo de outros, seguem alguns exemplos de entidades estatais com poderes investigatórios.

No âmbito do Poder Legislativo é a própria Constituição Federal que prevê, em seu artigo 58, parágrafo 3º, a possibilidade de investigação, por parte dos parlamentares, por intermédio das Comissões Parlamentares de Inquérito, que terão “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores”¹¹⁸.

¹¹⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 150-151.

¹¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 82.

¹¹⁸ “As Comissões Parlamentares de Inquérito e as Comissões Parlamentares Mistas de Inquérito [quando em conjunto atuarem Câmara e Senado Federal] destinam-se a investigar fato de relevante interesse para a vida

No caso do Poder Executivo, merece destaque a atuação do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários que, pela legislação vigente¹¹⁹, possuem a prerrogativa de quebrar o sigilo bancário das movimentações financeiras do cidadão, em caso de indícios de crimes contra o sistema financeiro nacional, como evasão de divisas, sonegação fiscal, lavagem de dinheiro, dentre outros; visando comprovar a materialidade e autoria de tais delitos. Outrossim, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) elaborará Relatório de Inteligência Financeira – RIF – com informações sobre movimentações financeiras que, supostamente, evidenciam possível prática dos crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores, e o remeterá às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis, quando concluir pela existência de ilícito penal (artigo 15 da Lei 9.613/1998).

Ao Poder Judiciário também foram reservados poderes investigatórios criminais. O Regimento Interno do próprio Supremo Tribunal Federal estabelece que “ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará atribuição a outro Ministro”. Normas de idêntica redação encontram-se presente nos regimentos internos dos demais Tribunais pátrios. Ademais, tratando-se de infração penal cometida por um membro da Magistratura, compete à Presidência do Tribunal a que estiver vinculado designar um de seus membros para realizar a atividade investigatória¹²⁰.

pública e para a ordem constitucional, legal, econômica ou social do País. Têm poderes de investigação equiparados aos das autoridades judiciais, tais como determinar diligências, ouvir indiciados, inquirir testemunhas, requisitar de órgãos e entidades da administração pública informações e documentos, requerer a audiência de Deputados e Ministros de Estado, tomar depoimentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como requisitar os serviços de quaisquer autoridades, inclusive policiais. Além disso, essas comissões podem deslocar-se a qualquer ponto do território nacional para a realização de investigações e audiências públicas e estipular prazo para o atendimento de qualquer providência ou realização de diligência sob as penas da lei, exceto quando da alçada de autoridade judiciária”. BRASIL. Câmara dos Deputados. Atividade Legislativa: Comissão Parlamentar de Inquérito. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito>>. Acesso em: 14 jun. 2013.

¹¹⁹ Nos termos do art. 9º, da Lei Complementar nº 105/2001, “Quando, no exercício de suas atribuições, o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários verificarem a ocorrência de crime definido em lei como de ação pública, ou indícios da prática de tais crimes, informarão ao Ministério Público, juntando à comunicação os documentos necessários à apuração ou comprovação dos fatos. § 1º A comunicação de que trata este artigo será efetuada pelos Presidentes do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários, admitida delegação de competência, no prazo máximo de quinze dias, a contar do recebimento do processo, com manifestação dos respectivos serviços jurídicos. § 2º Independentemente do disposto no caput deste artigo, o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários comunicarão aos órgãos públicos competentes as irregularidades e os ilícitos administrativos de que tenham conhecimento, ou indícios de sua prática, anexando os documentos pertinentes.” BRASIL. Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp105.htm>. Acesso em: 14 jun. 2013.

¹²⁰ Nos precisos termos do Artigo 33, Parágrafo Único, da Lei Complementar nº 35/1979 (Lei Orgânica da

Não se pode olvidar dos inquéritos administrativos (ou sindicâncias administrativas), instaurados pela autoridade administrativa competente para apurar faltas funcionais de servidores públicos da Administração Pública¹²¹ no sistema federativo (União, Estados, Distrito Federal e Municípios e suas respectivas autarquias e fundações públicas).

Igualmente, ao Ministério Público foram conferidas prerrogativas investigatórias na seara cível, visando colher elementos para a propositura de ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos e coletivos (nos termos da Lei 7.347/1985 e da Constituição Federal); e na seara criminal (ponto nevrálgico deste estudo que será abordado com mais acuidade no capítulo seguinte), objetivando obter os elementos mínimos de materialidade e autoria de um delito, para dar início a ação penal pública.

Por fim, insta acentuar que o próprio artigo 4º, parágrafo único, do Código de Processo Penal, afirma que “a competência definida neste artigo [apuração das infrações penais e de sua autoria pela polícia judiciária] não excluirá a de autoridades administrativas a quem por lei seja cometida a mesma função”. Com isso, conclui-se que o inquérito policial é realmente prescindível ao lastro da peça acusatória e a atividade investigatória não é exclusividade da polícia judiciária, como foi suficientemente demonstrado.

Magistratura Nacional), *in verbis*: “Art. 33 - São prerrogativas do magistrado: [...] Parágrafo único - Quando, no curso de investigação, houver indício da prática de crime por parte do magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao Tribunal ou órgão especial competente para o julgamento, a fim de que prossiga na investigação”. BRASIL. Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm >. Acesso em: 20 jun. 2013.

¹²¹ Buscando arrimo na lição de José dos Santos Carvalho Filho, a expressão **Administração Pública**, no sentido subjetivo, compreende “**o conjunto de agentes, órgãos e pessoas jurídicas que tenham a incumbência de executar as atividades administrativas**. Toma-se aqui em consideração o sujeito da função administrativa, ou seja, quem a exerce de fato. A Administração Pública, sob o ângulo subjetivo, não deve ser confundida com qualquer dos Poderes estruturais do Estado, sobretudo o Poder Executivo, ao qual se atribui usualmente a função administrativa. Para a perfeita noção de sua extensão é necessário pôr em relevo a função administrativa em si, e não o Poder em que é ela exercida. **Embora seja o Poder Executivo o administrador por excelência, nos Poderes Legislativo e Judiciário há numerosas tarefas que constituem atividade administrativa, como é o caso, por exemplo, das que se referem à organização interna dos seus serviços e dos seus servidores**”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 72-73. (grifou-se)

4 A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

4.1 A LEGITIMIDADE SOB O PRISMA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A possibilidade do Ministério Público realizar diretamente a investigação criminal preliminar, mediante procedimento administrativo próprio, dispensando o inquérito policial da Polícia Judiciária, é, sem dúvida, uma matéria que tem gerado relevante controvérsia doutrinária e jurisprudencial. A polêmica outrora estabelecida apenas na seara jurídica ganhou, nos últimos anos, notoriedade nacional ao atingir os veículos de comunicação em massa, envolvendo toda a sociedade brasileira nessa discussão acerca dos poderes investigatórios do *Parquet*.

Tamanha visibilidade se deu em virtude da tramitação na Câmara dos Deputados da Proposta de Emenda Constitucional nº 37/2011, de autoria do Deputado Federal Lourival Mendes (PTdoB-MA), que pretendia acrescentar ao art. 144, da Constituição Federal, o parágrafo 10, com a seguinte redação¹²²: *§ 10. A apuração das infrações penais de que tratam os §§ 1º e 4º deste artigo, incumbem privativamente às polícias federal e civil do Estados e do Distrito Federal, respectivamente*. Dessa forma, a investigação criminal seria exclusividade da polícia judiciária, retirando dos demais órgãos estatais a prerrogativa legal de realizar investigações de caráter preparatório à ação penal.

A referida proposta de emenda à Constituição gerou grande repercussão negativa perante a sociedade civil organizada, que a entendia como uma chancela à impunidade. O próprio Ministério Público empreendeu uma campanha nacional em defesa de suas prerrogativas constitucionais. A pressão da opinião pública sobre a Câmara resultou na rejeição da proposta de emenda pelo Plenário da Casa, em 25 de junho de 2013, quase que por unanimidade¹²³.

¹²² BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição nº 37/2011. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=507965>>. Acesso em: 12 dez. 2012.

¹²³ A onda de protestos sociais (de reivindicações amplas como: serviços públicos de qualidade e a preços justos, fim da corrupção, etc.) que se levantaram no Brasil nos últimos meses, levou a Câmara dos Deputados a rejeitar a Proposta de Emenda à Constituição nº 37/2011, com uma votação histórica, veja-se o resultado dos votos: Sim: 9; não: 430; abstenção: 2; total: 441. BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição nº 37/2011. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=507965>>. Acesso em: 15 jul. 2013.

Consignado este panorama. Resta apresentar a discussão no plano jurídico entre as teses doutrinárias favoráveis e contrárias ao Ministério Público empreender investigações preliminares na seara criminal.

Parte da doutrina¹²⁴ defende que a função de conduzir diretamente investigações criminais na fase preliminar da persecução penal, decorre, de forma lógica e natural, do papel institucional reservado ao Ministério Público pela Constituição Federal, bastando uma análise minuciosa e sistêmica do texto constitucional e da legislação infraconstitucional para extrair tal conclusão. Em razão disso, não está obrigado o *Parquet* a requisitar à autoridade policial as diligências investigatórias ou a instauração de inquérito, quando entender pertinente e necessário realizá-las em procedimento próprio¹²⁵.

Com efeito, a Lei Fundamental de 1988 outorgou diversos poderes ao Ministério Público, dentre eles a titularidade exclusiva da ação penal pública (art. 129, I); o poder de expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los (art. 129, VI); exercer o controle externo da atividade policial (art. 129, VII) e também o de requerer diligências investigatórias e a instauração do inquérito policial (art. 129, VIII); e exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade (art. 129, IX). É exatamente desse contexto normativo que emergem os poderes próprios de investigação do Ministério Público, que não lhe podem ser negados, porque são inerentes às suas funções constitucionais em matéria criminal¹²⁶.

É imperioso, neste momento, rememorar que com o advento da Constituição Federal de 1988 o *parquet* passou por profunda reestruturação funcional, deixando de ser um órgão subordinado ao Poder Executivo e ocupando uma posição de destaque na concretização da

¹²⁴ Sem prejuízo de outros doutrinadores que apresentam argumentos e se posicionam a favor dos poderes investigatórios do Ministério Público, traz-se à baila a lição de Lopes Júnior que, discorrendo sobre o tema, reconhece que a Constituição Federal atribui importante papel ao *Parquet* na persecução penal no sistema penal brasileiro, e que da conjugação das funções expressas no artigo 129, incisos I e VI, da CF, e de dispositivos da legislação infraconstitucional os regulamentaram, extrai-se a legitimidade para a atividade investigatória, e conclui: “Destarte, entendemos o Ministério Público ademais de participar no inquérito policial [...] poderá ser protagonista, instaurando e instruindo seu próprio procedimento administrativo pré-processual. Entendemos que o MP pode instaurar e realizar uma verdadeira investigação preliminar, destinada a investigar o fato delituoso (natureza pública), com o fim de preparar o exercício da ação penal. Aqui se materializa a figura do *promotor investigador*”. LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de investigação criminal no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 145.

¹²⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Investigação pelo Ministério Público**. Argumentos contrários e a favor. A síntese possível e necessária. Parecer disponível na Internet em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/parecer_investigacao_pelo_mp.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2013. p. 2.

¹²⁶ FELIPETO, Rogério; DIAS, Rodrigo. **A investigação criminal pelo Ministério Público**. Disponível em: <<http://www.mpmg.mp.br/portal/public/interno/arquivo/id/2983>>. Acesso em: 17 jan. 2013.

nova ordem político-constitucional do Estado brasileiro, que adotou a feição de um Estado Democrático de Direito (artigo 1º, da CF). Destarte, surge o Ministério Público como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (artigo 127, da CF).

Dessa forma, as atribuições conferidas ao órgão ministerial não devem ser encaradas de forma retraída e sim deve-se buscar ampliar o alcance desse mister, levando-se em consideração paradigma de estado democrático instituído pelo sistema constitucional vigente, em especial na consecução dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil¹²⁷. Neste sentido é o entendimento de Fernando Capez¹²⁸, que aduz:

O caráter permanente e a natureza de suas funções levam à conclusão de que se trata de um dos pilares do Estado Democrático de Direito, em cuja atuação independente repousam as esperanças de uma sociedade justa e igualitária. Desse modo, toda e qualquer interpretação relacionada ao exercício da atividade ministerial deve ter como premissa a necessidade de que tal instituição possa cumprir seu papel da maneira mais abrangente possível.

Ainda nessa esteira, ressaltando este caráter provedor dos fins pretendidos pelo próprio Estado brasileiro, Lênio Luiz Streck e Luciano Feldens¹²⁹, esclarecem a postura intervencionista que deve adotar o Ministério Público da seguinte maneira:

Defender o Estado Democrático de Direito nem de longe pode ser um conceito vazio; o significado material desse novo paradigma de Estado é que deve nortear a atuação da instituição ministerial. [...] O mesmo ambiente constitucional que erige o Estado Social como condição da modernidade no Brasil aponta para uma atuação do Ministério Público na proteção dos direitos fundamentais-sociais através de uma dupla intervenção: a) de *um lado*, utilizando os remédios constitucionais, buscando, em todas as instâncias (políticas e jurídicas), a concretização de tais direitos (direito à saúde, educação, etc.); b) de *outro*, atuando, com legítima prioridade, no combate aos delitos que colocam em xeque os objetivos da República (construção de uma sociedade justa e solidária). E *essa atuação na seara criminal* – isso é fundamental – *implica a disponibilização, em favor do Ministério Público, de um aparato estrutural e funcional apto ao cumprimento do desiderato constitucional*. (grifos do autor)

De fato, para que órgão ministerial possa cumprir fielmente a missão de realizar os valores do estado democrático de direito, urge, portanto, uma interpretação dos dispositivos

¹²⁷ Nos termos do artigo 3º, da Constituição Federal, “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 10 dez. 2012.

¹²⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 149-150.

¹²⁹ STRECK, Lênio Luiz; FELDENS, Luciano. **Crime e constituição**: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 47-48.

constitucionais que viabilize a plena consecução desses fins. Inclusive na esfera penal, onde a *persecutio criminis* representa o instrumento de manejo da pretensão punitiva do Estado, visando coibir e reprimir atos que atentam contra aqueles valores.

Neste sentido, considerando as normas constitucionais disciplinadoras das funções ministeriais, bem como de outros órgãos e entidades estatais, formam um sistema, Clèmerson Merlin Clève esclarece que a sua correta compreensão envolve um esforço bem maior do que uma interpretação simples e literal de tais disposições, uma verdadeira atividade hermenêutica capaz de conduzir ao correto entendimento sobre a matéria, e adverte¹³⁰:

Não é crível que o Código de Processo Penal seja interpretado, ainda, sem levar em conta o processo de mutação desencadeado pela nova Constituição. É preciso sintonizar a legislação processual-penal com o texto constitucional, operar a sua constitucionalização, fazer vazar as consequências da *filtragem constitucional*, realizar, enfim, a leitura da lei com os olhos voltados para a Constituição e para o futuro.

A expressão “filtragem constitucional” utilizada por Clève, em apertada síntese, significa dizer “a ideia de um processo em que toda a ordem jurídica, sob a perspectiva formal e material, e assim os seus procedimentos e valores, devem passar sempre e necessariamente pelo filtro axiológico da Constituição Federal, impondo, a cada momento de aplicação do Direito, uma releitura e atualização de suas normas”¹³¹. Ademais, o texto constitucional ostenta força normativa e não deve ser esvaziado por “interpretações despistadoras”¹³², descompromissadas com os ideais democráticos e republicanos que emergiram no contexto político-normativo da Lei Fundamental de 1988.

Portanto, toda e qualquer interpretação de norma relacionada à atividade do Ministério Público deve se pautar na preeminência normativa da Constituição e na necessidade de tal instituição cumprir o seu importantíssimo papel na efetivação do estado democrático de direito.

Dessa forma, se foi outorgado ao órgão ministerial à função de promover privativamente a ação penal pública (art. 129, I, da CF), ou seja, ofertar a acusação forma em juízo criminal, provocando as consequências jurídicas das diligências investigatórias da fase preliminar, chega-se a conclusão de que a ele também foi reservado o poder de investigar

¹³⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin . Investigação Criminal e Ministério Público. **Jurisprudência Catarinense**, Florianópolis, v. 104, p. 47-79, 2005. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/revistajc/revistas/104-105/104-1050200.pdf>>. Acesso em 14 jun. 2013.

¹³¹ SCHIER, Paulo Ricardo, citado por RANGEL, Paulo. **Investigação criminal direta pelo Ministério Público**: visão crítica. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

¹³² STRECK, Lênio Luiz; FELDENS, Luciano. **Crime e constituição**: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 49.

diretamente¹³³.

A titularidade exclusiva da ação penal pública outorgada ao Ministério Público reflete, verdadeiramente, o aprimoramento do sistema penal brasileiro e a política de proteção ao indivíduo insculpida na Constituição Federal, ao garantir que ninguém será julgado pelo mesmo órgão responsável pela acusação em juízo (natureza do modelo acusatório); além disso, tal medida revogou as disposições da legislação ordinária que possibilitavam o oferecimento da acusação formal por outros organismos públicos. Não se trata, pois, de privilégio funcional do *Parquet*, mas do próprio fortalecimento das liberdades públicas e dos direitos fundamentais¹³⁴.

Por sua vez, o texto constitucional dispensou tratamento normativo específico ao inquérito civil público¹³⁵ como atividade preparatória da ação civil pública (art. 129, III, da CF). Assim, ao conferir o poder de expedir notificações e requisitar documentos para instruir os procedimentos administrativos de sua competência (art. 129, VI, da CF), está claramente tratando de outros procedimentos de sua competência que não o inquérito civil. Logo, a Constituição Federal garantiu ao Ministério Público a possibilidade de realizar diretamente investigações preliminares de caráter preparatório, tanto na seara civil quanto na criminal. É exatamente aqui que exsurge a outorga constitucional para que o órgão ministerial realize a instrução preliminar, na fase pré-processual da ação penal pública, em instrumento próprio visando à coleta dos elementos de convicção necessários à formação da *opinio delicti*¹³⁶.

A despeito disso, Mazzilli observa que o dispositivo constitucional (art. 129, VI) não direciona o entendimento normativo apenas para a esfera cível, e disserta “o poder de

¹³³ FELIPETO, Rogério; DIAS, Rodrigo. **A investigação criminal pelo Ministério Público**. Disponível em: <<http://www.mpmg.mp.br/portal/public/interno/arquivo/id/2983>>. Acesso em: 17 jan. 2013.

¹³⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 173.

¹³⁵ Tendo em vista ser prescindível o inquérito policial para a propositura da ação penal, no caso de investigação empreendida no bojo de inquérito civil público identificar que os fatos apurados, além de ensejarem a propositura da ação civil pública correspondente, também evidenciam suposta prática de delitos, pode o Ministério Público oferecer denúncia em juízo com base em tal procedimento de sua competência. Neste sentido é a posição do Supremo Tribunal Federal, veja-se o seguinte acórdão: EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PENAL. PROCESSUAL PENAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. OFERECIMENTO DE DENÚNCIA COM BASE EM INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO. VIABILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. 1. Denúncia oferecida com base em elementos colhidos no bojo de Inquérito Civil Público destinado à apuração de danos ao meio ambiente. Viabilidade. 2. **O Ministério Público pode oferecer denúncia independentemente de investigação policial, desde que possua os elementos mínimos de convicção quanto à materialidade e aos indícios de autoria, como no caso (artigo 46, §1º, do CPP)**. 3. Recurso a que se nega provimento. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Recurso Extraordinário nº 464893, Relator: Min. Joaquim Barbosa. Julgado em: 20 mai. 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2318581>>. Acesso em: 15 jun. 2013.

¹³⁶ LOPES JUNIOR, Aury. **Sistemas de investigação criminal no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 144.

requisitar informações e diligências não se exaure na esfera cível; atinge também a área destinada a investigações criminais”¹³⁷.

Além do mais, o inciso IX do artigo constitucional supracitado, possibilita ao órgão ministerial o exercício de “outras funções”, desde que compatíveis com sua finalidade institucional. Decerto, a investigação criminal é atividade imprescindível para cumprir o seu múnus constitucional de titular exclusivo da ação penal pública. Consequentemente, o Ministério Público não pode prescindir de realizar diretamente uma apuração preliminar de suposta prática de delito, em procedimento próprio, quanto entender pertinente e necessário, de sorte a viabilizar a propositura da ação penal. Deste modo, concebe-se a investigação criminal pelo *Parquet* como função intrínseca à sua própria natureza institucional, conformada pela Constituição Federal de 1988¹³⁸.

Refutando os argumentos acima expostos, uma das questões suscitadas por alguns doutrinadores contrários à investigação criminal do Ministério Público aponta para o fato de que a Constituição Federal atribui de forma expressa às Polícias Federal e Civil a função de apurar as infrações penais (art. 144, § 1º, I e IV, e § 4º). Portanto, é a Polícia a autoridade competente para realizar investigações criminais, inclusive, a garantia constitucional do devido processo legal (art. 5º, LIII, da CF) exige essa atuação policial. Ademais, é atribuído ao *Parquet* a função de exercer o controle externo da atividade policial (art. 129, VII, da CF) e não substituí-la, negando-se, assim, a possibilidade da figura do promotor investigador.¹³⁹

Por conseguinte, a interpretação dos dispositivos constitucionais não permite atribuir poderes investigatórios ao Ministério Público, diante da atribuição exclusiva da polícia judiciária, e configura uma invasão na esfera de competência desta a atuação do promotor investigador. Desse grupo, vale destacar o posicionamento de Nucci¹⁴⁰, que assim aduz:

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

¹³⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. **Manual do promotor de justiça**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 121.

¹³⁸ AZAMBUJA NETO, Mario. Investigação criminal pelo Ministério Público: para além da questão da (im)possibilidade. **Revista da SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 29, p. 151-174, dez. 2010. Disponível em: http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/view/194. Acesso em: 12 mai. 2013.

¹³⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Investigação pelo Ministério Público**. Argumentos contrários e a favor. A síntese possível e necessária. Parecer disponível na Internet em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/parecer_investigacao_pelo_mp.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2013, p. 10.

¹⁴⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 83.

Diante da controvérsia interpretativa que se instaurou acerca da exclusividade ou não da polícia judiciária na condução de procedimentos investigatórios criminais, transcreve-se o texto normativo¹⁴¹ para melhor compreender a sua correta exegese:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I – polícia federal;

II – polícia rodoviária federal;

III – polícia ferroviária federal;

IV – polícias civis;

V – polícias militares e corpos de bombeiros militares.

§ 1.º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

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

II – prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

III – exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;

IV – exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

[...]

§ 4.º 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. (grifou-se)

Percebe-se que a Constituição fez uma clara distinção entre a função de apuração de crimes e a função de polícia judiciária. Com efeito, ao tratar da polícia federal, o texto constitucional lhe reserva exclusividade com relação à sua função de polícia judiciária da União, e não quanto à apuração de ilícitos penais. Da mesma forma, ao tratar das funções das polícias civis, repete-se a distinção acima apontada. Consequentemente, torna-se impossível inferir que a Constituição atribuiu, com reserva de exclusividade, às polícias a atividade investigatória¹⁴². Neste sentido, constatando a inexistência de monopólio da Polícia para a

¹⁴¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 10 dez. 2012.

¹⁴² Não somente por este argumento, mas também por outros fundamentos não se justifica uma atribuição da função investigatória, de forma exclusiva, à polícia judiciária. Neste sentido já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça, segue-se a ementa: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGALIDADE. [...] 4. Diversamente do que se tem procurado sustentar, como resulta da letra do seu artigo 144, a Constituição da República não fez da investigação criminal uma função exclusiva da Polícia, restringindo-se, como se restringiu, tão somente a fazer exclusivo, sim, da Polícia Federal o exercício da função de polícia judiciária da União (parágrafo 1º, inciso IV). Essa função de polícia judiciária – qual seja, a de auxiliar do Poder Judiciário –, não se identifica com a função investigatória, isto é, a de apurar infrações penais, bem distinguidas no verbo constitucional, como exsurge, entre outras disposições, do preceituado no parágrafo 4º do artigo 144 da Constituição Federal, *verbis*: § 4º às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de

realização de diligências investigatórias, Streck e Feldens assim asseveram¹⁴³:

Logicamente, ao referir-se à ‘exclusividade’ da polícia Federal para exercer funções ‘de polícia judiciária da União’, o que fez a Constituição foi, tão-somente, delimitar as atribuições entre as diversas polícias (federal, rodoviária, ferroviária, civil e militar), razão pela qual reservou, para cada uma delas, um parágrafo dentro do mesmo art. 144. Daí porque, se alguma conclusão de caráter exclusivista pode-se retirar do dispositivo constitucional seria a de que não cabe à Polícia Civil ‘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’ (art. 144, §1º, I), pois que, no espectro da ‘polícia judiciária’, tal atribuição está reservada à Polícia Federal.

Sem dúvida, no sistema penal brasileiro não foi assegurado à polícia judiciária exclusividade na apuração de crimes, como já explanado neste trabalho, diversos órgãos estatais executam tal atividade em procedimentos próprios, tudo em conformidade com a legislação ordinária e, principalmente, com a permissão legal disposta no artigo 4º, parágrafo único, do Código de Processo Penal.

Cumpre refutar também os argumentos¹⁴⁴ que afirmam que o Ministério Público ao empreender diretamente, em procedimento próprio, diligências preliminares para a apuração

carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares. Tal norma constitucional, por fim, define, é certo, as funções das polícias civis, mas sem estabelecer qualquer cláusula de exclusividade. 5. O poder investigatório que, pelo exposto, se deve reconhecer, por igual, próprio do Ministério Público é, à luz da disciplina constitucional, certamente, da espécie excepcional, fundada na exigência absoluta de demonstrado interesse público ou social. O exercício desse poder investigatório do Ministério Público não é, por óbvio, estranho ao Direito, subordinando-se, à falta de norma legal particular, no que couber, analogicamente, ao Código de Processo Penal, sobretudo na perspectiva da proteção dos direitos fundamentais e da satisfação do interesse social, que, primeiro, impede a reprodução simultânea de investigações; segundo, determina o ajuizamento tempestivo dos feitos inquisitoriais e, por último, faz obrigatória oitiva do indiciado autor do crime e a observância das normas legais relativas ao impedimento, à suspeição, e à prova e sua produção. 6. De qualquer modo, não há confundir investigação criminal com os atos investigatório-inquisitoriais complementares de que trata o artigo 47 do Código de Processo Penal. 7. A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia. (Súmula do STJ, Enunciado nº 234). HC 24.493/MG, da minha Relatoria, in DJ 17/11/2003). 2. Recurso improvido. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 13728/SP. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Data da publicação: 12 jun. 2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200201613500&dt_publicacao=21/06/2004>. Acesso em: 15 jul. 2013.

¹⁴³ STRECK, Lênio Luiz; FELDENS, Luciano. **Crime e constituição**: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 92-93.

¹⁴⁴ Conforme esposado por Nucci: “A Constituição Federal foi clara ao estabelecer as funções da polícia – federal e civil – para investigar e servir de órgão auxiliar do Poder Judiciário – daí o nome polícia judiciária – na atribuição de apurar a ocorrência e a autoria de crimes e contravenções penais [...] atribuiu-se ao Ministério Público [além da titularidade da ação penal] o poder de expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos, [...] **a possibilidade de exercer o controle externo da atividade policial (o que não significa a substituição da presidência da investigação, conferida ao delegado de carreira), o poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (o que demonstra não ter atribuição para instaurar o inquérito e, sim, para requisitar a sua formação pelo órgão competente)**”. NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 151-152. (grifou-se)

de delitos, pretende substituir-se à polícia judiciária e presidir inquéritos policiais (usurpando a competência constitucional dos delegados de polícia)¹⁴⁵. Decerto, esta não é a pretensão do *Parquet* e sim cumprir da melhor forma possível o seu papel definido na Constituição Federal, não há o que se falar em substituição dos órgãos e sim uma cooperação de instituições para atingir os fins buscados pelo Estado brasileiro, como disserta Cléve¹⁴⁶:

Não há uma distância abissal entre Ministério Público e polícia judiciária no exercício de suas respectivas atribuições, o que pode ser deduzido já da finalidade precípua de cada qual: - defesa da ordem jurídica democrática e preservação da ordem pública, respectivamente. Tais objetivos convergem na direção de outro maior: - a pacificação social por todos almejada, cuja efetivação demanda a conjugação de esforços. [...] A polícia judiciária deve continuar responsável pelos inquéritos policiais, sendo certo que o Ministério Público haverá de realizar investigações em casos excepcionais, devidamente justificados, sem que isso possa significar o esvaziamento da esfera funcional da instituição policial.

Outro embargo levantado pela doutrina à possibilidade de investigação criminal pelo Ministério Público seria a historicidade. Alega-se que em todas as discussões sobre esta matéria, optou-se por indeferir tal atribuição do contexto das atribuições do *Parquet*¹⁴⁷. Nesta esteira, aponta Luis Roberto Barroso¹⁴⁸:

No Brasil, historicamente, a competência para realizar as investigações preparatórias da ação penal sempre foi da Polícia. Em várias ocasiões tentou-se modificar esse regime, mas as propostas foram rejeitadas. Isso foi o que aconteceu quando, em 1935, se procurou instituir juizados de instrução, proposta apresentada pelo então Ministro da Justiça, Vicente Ráo. O mesmo se passou, em várias ocasiões, quando se tentou conferir atribuições investigatórias ao *Parquet*; propostas nessa linha foram rejeitadas na elaboração da Constituição de 1988, nas discussões que deram origem à lei complementar relativa ao Ministério Público, em 1993, e também nos debates que envolveram as propostas de emendas constitucionais discutidas em 1995 e 1999.

Para corroborar tal afirmação, Barroso aponta como exemplo a Proposta de Emenda Constitucional nº 197, apresentada em setembro de 2003, de autoria dos, então, Deputados Federais Antonio Carlos Biscaia e Sigmaringa Seixas, ainda em tramitação no Congresso Nacional, que pretende dar nova redação ao inciso VIII do artigo 129 da Constituição Federal, que trata das funções institucionais do Ministério Público, o qual passaria a ter a seguinte redação: “promover investigações, requisitar diligências investigatórias e a instauração de

¹⁴⁵ Artigo 144, parágrafos 1º e 4º, da Constituição Federal de 1988.

¹⁴⁶ CLÉVE, Clèmerson Merlin. Investigação Criminal e Ministério Público. **Jurisprudência Catarinense**, Florianópolis, v. 104, p. 47-79, 2005. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/revistajc/revistas/104-105/104-1050200.pdf>>. Acesso em 14 jun. 2013.

¹⁴⁷ AZAMBUJA NETO, Mario. Investigação criminal pelo Ministério Público: para além da questão da (im)possibilidade. **Revista da SJRJ**, Rio de Janeiro, v. 17, n. 29, p. 151-174, dez. 2010. Disponível em: http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/view/194. Acesso em: 12 mai. 2013.

¹⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Investigação pelo Ministério Público**: argumentos contrários e a favor - a síntese possível e necessária. Parecer disponível na Internet em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/parecer_investigacao_pelo_mp.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2013, p. 12.

inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;”¹⁴⁹. Portanto, seguindo essa linha de oposição à função investigatória do órgão ministerial, baseada em elementos históricos, conclui-se que em nenhum momento foi vontade do Poder Constituinte, Originário ou Derivado, delegar ao *Parquet* tal função.

Entretanto, advertem Streck e Feldens que o modelo de interpretação histórica da Constituição Federal não pode ser utilizado como pressuposto para a aferição da legitimidade do Ministério Público, visto que este método hermenêutico poderia levar a uma exegese totalmente distorcida da realidade social, na contramão dos fins pretendidos pelo Estado brasileiro frente à nova ordem político-normativa erigida com o advento da Constituição Federal de 1988, e em conclusão asseveram¹⁵⁰:

Portanto, perde força hermenêutica qualquer interpretação que busque no desenvolvimento histórico da formação de determinado instituto a construção de uma *mens legislatoris* ou *mens legis*. Tal procedimento, de índole marcadamente historicista, mostra-se antitético com o que contemporaneamente se entende por hermenêutica. Quer-se dizer, o *historicismo esbarra nos câmbios de paradigma*; no caso do Direito, esse câmbio é evidenciado pelo advento de uma nova Constituição. A validade do ‘método histórico’, nos termos em que está colocado, poderia levar o processo hermenêutico à produção de decisões absolutamente desconectadas da realidade. [...] Dito de outro modo, os argumentos históricos, conformadores de uma eventual *voluntas legislatoris* negativa, não podem impedir, hermenêuticamente, a possibilidade de que se atribua sentido diferente aos dispositivos constitucionais e à legislação complementar, que assinala, de forma clara, a possibilidade de o Ministério Público realizar tais atos investigatórios [...](grifos do autor)

Sendo assim, a atividade hermenêutica do operador do direito deve-se pautar na busca pelo significado da norma confrontando-o com a realidade social e com o paradigma de Estado pós Constituição Federal de 1988. Assim, não é correto compreender as novas funções do Ministério Público desvinculadas desse novo perfil institucional que lhe foi outorgado, pois lhe compete, como já afirmado neste trabalho, a realização do estado democrático de direito. Portanto, a atividade ministerial (em qualquer área) deve ser compreendida de forma ampla, para que a instituição possa cumprir fielmente sua missão constitucional de garantir os valores constitucionalmente assegurados (os direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça)¹⁵¹. Neste sentido, se

¹⁴⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição nº 197/2003. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=142415>>. Acesso em: 14 jun. 2013.

¹⁵⁰ STRECK, Lênio Luiz; FELDENS, Luciano. **Crime e constituição**: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 69-72.

¹⁵¹ São os valores que o Estado Democrático de Direito deve assegurar e estão elencados no Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.html>. Acesso em 10 dez. 2012.

posiciona Clève¹⁵²:

Nem mesmo uma interpretação literal, histórica e restritiva das funções institucionais do Ministério Público poderia, sem quedar em erro grosseiro, afirmar que as atribuições prescritas no art.129 da Constituição Federal são taxativas. Claro que a cláusula de abertura não é ilimitada, seja do *ponto de vista negativo* (há restrições quanto à representação judicial e consultoria jurídica a entidades públicas), seja do *ponto de vista positivo* (a função que não está expressa deve ser adequada à finalidade do Ministério Público). [...] A Constituição de 1988 desenha o novo Estado brasileiro a partir de um nítido perfil democrático, desafiando, para o que aqui interessa, a correta compreensão das competências conferidas aos órgãos encarregados de sua defesa. Neste caso, o modelo adotado não é mais o das atividades radicalmente apartadas, mas, antes, o da cooperação, o das interferências, o da interpenetração e, mesmo, em determinados casos, o do compartilhamento. Da leitura pertinente da Constituição vigente, operacionalizada por uma *teoria constitucionalmente adequada* ao nosso espaço-tempo, infere-se, inegavelmente, a possibilidade, em hipóteses justificadas, pontuais, e transparentes à luz da *razão pública*, das investigações de natureza criminal, conduzidas pelo Ministério Público. (grifos do autor)

Portanto, infere-se da análise do texto constitucional que é perfeitamente possível o exercício do poder investigatório na seara criminal pelo Ministério Público, em situações que entender cabível empreender tal desiderato, tendo em vista que suas funções não devem ser restringidas diante da sua missão no contexto do estado democrático de direito.

4.2 A PREVISÃO DO PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA ORDEM INFRACONSTITUCIONAL

Partindo da legitimação dos poderes investigatórios conferidos ao Ministério Público pela Constituição Federal de 1988, fato que se constata pela análise perfunctória de suas funções institucionais no contexto político-normativo ao qual se insere atualmente, cumpre evidenciar as atribuições ministeriais na seara criminal, notadamente as de apuração direta de delitos em procedimento investigatório próprio, previstas na legislação ordinária que regulamentam o permissivo constitucional.

A Lei Fundamental, em seu art. 129, outorgou ao *Parquet* um rol de funções institucionais que se coadunam perfeitamente com o perfil do órgão que foi traçado pelo artigo 127. Em consequência dessa disposição constitucional, no plano infraconstitucional foram promulgadas a Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993 (que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União) e a Lei Federal nº

¹⁵² CLÈVE, Clèmerson Merlin . Investigação Criminal e Ministério Público. **Jurisprudência Catarinense**, Florianópolis, v. 104, p. 47-79, 2005. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/revistajc/revistas/104-105/104-1050200.pdf>>. Acesso em 14 jun. 2013.

8.625, de 12 de fevereiro de 1993 (que instituiu a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispondo sobre normais gerais para a organização do Ministério Público dos Estados), onde os referidos poderes investigatórios encontram abrigo e disciplina.

Neste diapasão, merece destaque também a Resolução nº 13, de 02 de outubro de 2006 (que regulamenta o art. 8º da Lei Complementar 75/2003 e art. 26 da Lei nº 8.625/2003, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal), editada pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)¹⁵³. Não é despiciendo informar que o CNMP é um órgão de controle externo da “atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros” (art. 130-A, § 2º, da CF).

Inicialmente, é imperativo demonstrar que ao acometer ao Ministério Público o poder de “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com a sua finalidade” (art. 129, IX, da CF), evidentemente, a norma constitucional qualifica-se como uma cláusula de abertura, permitindo ao legislador infraconstitucional prescrever o exercício dessas “outras funções”, desde que no contexto da finalidade institucional do *Parquet*. Portanto, não há dúvida quanto à possibilidade do órgão ministerial promover investigações preliminares na seara criminal para alcançar a finalidade (a propositura da ação penal pública, já que é o titular exclusivo), diante da magnitude da defesa do estado democrático de direito e da ordem jurídica¹⁵⁴.

Entretanto, visando uma melhor compreensão desse fenômeno, é importante trazer à colação os ensinamentos de Streck e Feldens que asseveram que a cláusula de abertura ao exercício, pelo Ministério Público, de “outras funções” para ser legalmente concretizada no plano infraconstitucional necessita atender duas imposição constitucionais, quais sejam:

¹⁵³ A Emenda Constitucional nº 45, de 31 de dezembro de 2004, trouxe ao ordenamento jurídico nacional dois novos organismos estatais, O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Ambos surgiram como resultado de uma reivindicação legítima da população que pediam o fim da impunidade e da violação de direitos do cidadão, advindos de uma ação leviana de alguns membros da magistratura e do *parquet*. Logo, tais órgãos têm por objetivo limitar e disciplinar a atuação de seus membros, respeitando-se, evidentemente, a autonomia funcional. Desta feita, pode-se inferir que o CNMP possui a natureza jurídica de **“Órgão autônomo, de composição mista e exógena, encarregado do controle externo das atividades do Ministério Público brasileiro, a ele competindo adotar as medidas necessárias para coibir irregularidades administrativas, financeiras e funcionais no âmbito dos MPs, sem que com isso comprometa a autonomia funcional do *parquet*, antes, zelando por ela”**. MAIA, Eduardo de Souza. A natureza jurídica do Conselho Nacional do Ministério Público. **MPMG Jurídico**, Belo Horizonte, ano II, n. 7, out/nov/dez. 2006. Disponível em: <<https://aplicacao.mp.mg.gov.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/778/3.1.1%20A%20natureza%20jur%C3%ADdica%20do%20CNMP.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 12 jul. 2013.

¹⁵⁴ LIMA, Marcellus Polastri. **Ministério Público e persecução criminal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 87.

“função legalmente prevista e sua compatibilidade às finalidades institucionais do Ministério Público”¹⁵⁵.

Ainda segundo Streck e Feldens a proveniência legal das funções do Ministério Público é afirmada pelo parágrafo 2º do artigo 5º, da Lei Fundamental nº 75/2003, que dispõe: “§ 2º Somente a lei poderá especificar as funções atribuídas pela Constituição Federal e por esta Lei Complementar ao Ministério Público da União, observados os princípios e normas nelas estabelecidos”. Assim, em consonância com a dicção legislativa o art. 8º, inciso V, da citada Lei Complementar estabeleceu que: “Art. 8º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência: [...] V - realizar inspeções e diligências investigatórias;”. Consequentemente, restaram atendidas as duas imposições constitucionais para a concretização da cláusula de abertura¹⁵⁶.

Prescreve, ainda, a legislação institucional do Ministério Público da União que sempre que for necessário ao exercício das suas funções institucionais, incumbe-lhe instaurar o inquérito civil e outros procedimentos administrativos correlatos, requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, podendo acompanhá-los e apresentar provas (art. 7º, I e II, da LC 75/2003).

Analisando tal disposição legal, observa-se que no termo “outros procedimentos administrativos correlatos” o legislador ordinário está se referindo, indubitavelmente, à seara criminal, se fosse diferente não teria feito menção direta ao inquérito civil (art. 7º, I, da LC 75/2003).

Como se vê, a norma em comento guarda inteira consonância com o texto constitucional, assegurando ao *Parquet* os instrumentos indispensáveis à consecução de seu múnus na esfera penal. Ademais, não teria sentido jurídico restringir a atuação ministerial à área cível quando não há impedimento para o Ministério Público ofertar denúncia criminal com base em elementos informativos colhidos em inquérito civil ou quaisquer outros meios, desencadeando a ação penal, tendo em vista a dispensabilidade do inquérito policial. Assim, são elementos suficientes para o oferecimento da denúncia, a representação da vítima ou de qualquer cidadão, bem como as peças informativas encaminhadas ao órgão por autoridades administrativas ou judiciais¹⁵⁷.

¹⁵⁵ STRECK, Lênio Luiz; FELDENS, Luciano. **Crime e constituição**: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 82.

¹⁵⁶ Ibid., p. 82.

¹⁵⁷ Nos termos dos arts. 27, 39, § 5º, 40 e 46, § 1º, do Código de Processo Penal, *verbis*: “Art. 27. Qualquer pessoa do povo poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, nos casos em que caiba a ação pública, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e a autoria e indicando o tempo, o lugar e os elementos

Com efeito, a Lei Complementar nº 75/2003 contempla expressamente autorização para o Ministério Público, no exercício das suas funções institucionais, promover inspeções e diligências investigatórias, competindo-lhe, ainda, notificar testemunhas inclusive com condução coercitiva e expedir notificações e intimações necessárias aos procedimentos e inquéritos que instaurar¹⁵⁸.

Apesar de estar-se tratando de legislação afeta ao Ministério Público da União, vale ressaltar que a Lei Complementar nº 75/2003 é aplicável subsidiariamente aos Ministérios Públicos Estaduais por força do disposto no art. 80, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (que trata da organização do *Parquet* nos Estados da Federação).

De forma idêntica, a Lei 8.625/2003 afirma que o Ministério Público pode expedir notificações para colher depoimentos ou esclarecimentos (sendo-lhe facultado requisitar a condução coercitiva), requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades e órgãos da Administração Pública, bem como promover inspeções e diligências investigatórias, visando instruir os procedimentos administrativos pertinentes que instaurar (art. 26, I, “a”, “b” e “c”)¹⁵⁹.

de convicção. [...] Art. 39. [...] § 5º O órgão do Ministério Público dispensará o inquérito, se com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal, e, neste caso, oferecerá a denúncia no prazo de quinze dias. [...] Art. 40. Quando, em autos ou papéis de que conhecerem, os juízes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia. [...] Art. 46 [...]§ 1o Quando o Ministério Público dispensar o inquérito policial, o prazo para o oferecimento da denúncia contar-se-á da data em que tiver recebido as peças de informações ou a representação.” Sobre a dispensabilidade do inquérito policial outros argumentos já foram tecidos neste trabalho, inclusive com indicação da posição pacífica da jurisprudência.

¹⁵⁸ Diante da importância deste dispositivo legal para este estudo, transcreve-se sua íntegra: “Art. 8º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos **procedimentos de sua competência: I - notificar testemunhas e requisitar sua condução coercitiva, no caso de ausência injustificada; II - requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta; III - requisitar da Administração Pública serviços temporários de seus servidores e meios materiais necessários para a realização de atividades específicas; IV - requisitar informações e documentos a entidades privadas; V - realizar inspeções e diligências investigatórias; VI - ter livre acesso a qualquer local público ou privado, respeitadas as normas constitucionais pertinentes à inviolabilidade do domicílio; VII - expedir notificações e intimações necessárias aos procedimentos e inquéritos que instaurar; VIII - ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública; IX - requisitar o auxílio de força policial**”. (grifou-se)

¹⁵⁹ Transcreve-se, abaixo, a íntegra do dispositivo legal mencionado: “Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá: I - instaurar inquéritos civis e **outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes** e, para instruí-los: a) **expedir notificações para colher depoimento ou esclarecimentos** e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar, ressalvadas as prerrogativas previstas em lei; b) **requisitar informações, exames periciais e documentos** de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; c) **promover inspeções e diligências investigatórias** junto às autoridades, órgãos e entidades a que se refere a alínea anterior; II - **requisitar informações e documentos** a entidades privadas, **para instruir procedimentos** ou processo **em que officie**; III - requisitar à autoridade competente a instauração de sindicância ou procedimento administrativo cabível; IV - **requisitar diligências investigatórias** e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, observado o disposto no

Por conseguinte, o legislador ordinário dispensou ao Ministério Público, através de vários dispositivos da Lei nº 8.625/93 e da Lei Complementar nº 75/93, os instrumentos necessários à realização de diligências investigatórias na esfera criminal, a fim de colher elementos mínimos de convicção acerca da materialidade e da autoria de delitos, que possibilitem a propositura da ação penal, em procedimento administrativo próprio.

Neste sentido, não se pode olvidar da lição de Santin¹⁶⁰ que ao discorrer sobre o respaldo infraconstitucional da investigação criminal promovida pelo órgão ministerial, assim assevera:

De qualquer modo, o termo “procedimentos administrativos” é amplo, usado no plural pelo constituinte e pelo legislador ordinário, aplicável às esferas civil, penal e administrativa. Com muito mais razão, o Ministério Público pode colher dados complementares para alicerçar melhor a ação penal ou até mesmo para eventual convicção da inocorrência dos fatos ou da participação do indiciado. Os interesses do indiciado e da sociedade estarão mais bem protegidos, porque a atividade acusatória do Ministério Público poderá ser exercida de forma mais segura, adequada, embasada e de acordo com os fatos e a realidade.

Nesta acepção, o órgão ministerial detém o direito de promover investigações criminais de forma autônoma, quando entender cabíveis, em razão da titularidade exclusiva da ação penal, já que o regramento legislativo ordinário lhe ofertou os mecanismos que possibilitam tal desiderato, mas tudo em conformidade com a Constituição Federal, no contexto do Estado Democrático de Direito.

Por sua vez, a Resolução nº 13/2006 do CNMP, em seu artigo 1º, dispõe que “o procedimento investigatório criminal é instrumento de natureza administrativa e inquisitorial, instaurado e presidido pelo membro do Ministério Público com atribuição criminal, e terá como finalidade apurar a ocorrência de infrações penais de natureza pública, servindo como preparação e embasamento para o juízo de propositura, ou não, da respectiva ação penal”.

Como se observa, a citada Resolução apenas atribuiu uma nomenclatura aos diversos procedimentos administrativos instaurados pelo *Parquet* para averiguar, preliminarmente, a prática de supostos delitos, não há necessariamente uma inovação conceitual ou jurídica. Contudo, cabe ressaltar que a intenção do Conselho Nacional do Ministério Público foi regulamentar o poder investigatório do Ministério Público em âmbito nacional, e, para tanto, a resolução traz inúmeros dispositivos que disciplinam a forma procedimental a ser seguida na execução de diligências e na tramitação do instrumento investigatório, a exemplo da

art. 129, inciso VIII, da Constituição Federal, **podendo acompanhá-los; V - praticar atos administrativos executórios, de caráter preparatório; VI - dar publicidade dos procedimentos administrativos** não disciplinares **que instaurar** e das medidas adotadas”. (grifou-se)

¹⁶⁰ SANTIN, Valter Foleto. **O Ministério Público na investigação criminal**. Bauru, SP: EDIPRO, 2000, p. 242.

regulamentação do inquérito policial presente no Código de Processo Penal.

Sendo assim, a Resolução é estrutura em seis capítulos, no primeiro capítulo denominado “*Da Definição e Finalidade*” se busca uma uniformização da terminologia utilizada nos procedimentos administrativos de caráter investigatório criminal instaurados pelo Ministério Público no país; no segundo capítulo “*Da Instauração*” são tratadas as formas possíveis de instauração do procedimento investigatório criminal (de ofício ou por portaria fundamentada); em seguida, no terceiro capítulo “*Da Instrução*” são abordadas questões relativas aos mecanismos à disposição do *Parquet* para instruir o feito, como o poder de requisitar informações, vistorias, perícias, exames, documentos de entidades e órgãos públicos ou de empresas privadas, notificar testemunhas e vítimas, realizar oitivas e quaisquer outras diligências, tudo para o bom exercício da atividade investigatória criminal; no quarto capítulo “*Da Publicidade*” são definidas as formas de acesso do investigado, da vítima ou do público em geral, às informações contidas no procedimento, inclusive sobre a necessidade de decretação de sigilo; adiante, no quinto capítulo “*Da Conclusão e do Arquivamento*” evidencia-se se os elementos colhidos são suficientes para embasar a denúncia, caso contrário, o procedimento será arquivado; por fim, no último capítulo “*Das Disposições Finais e Transitórias*” assegura-se que no procedimento investigatório criminal serão observados os direitos e garantias individuais consagrados na Constituição Federal¹⁶¹.

Muito embora regulamente de forma sistemática e prudente o exercício dos poderes investigatórios do Ministério Público, a Resolução nº 13 de 2006 recebeu inúmeras críticas por ser considerada inconstitucional, inclusive foi ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3806, de autoria da Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL) e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3836, requerida pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Cabe, neste instante, informar que até a presente data, ambas as ações ainda estavam em tramitação, sem data para o julgamento pelo Pleno do Pretório Excelso¹⁶².

O principal argumento utilizado para sustentar a inconstitucionalidade do ato normativo regulamentador em comento, diz respeito a possível violação da competência exclusiva da União para legislar sobre matéria processual penal, conforme dispõe a

¹⁶¹ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 13, de 2006. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Normas/Resolucoes/res_cnmp_13_2006_10_02.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2012.

¹⁶² Acompanhamento processual realizado no dia 14 de junho de 2013 junto ao sítio do Supremo Tribunal Federal na internet, através do endereço eletrônico <www.stf.jus.br/portal/processo/listrProcesso.asp>.

Constituição Federal¹⁶³. Com a expedição do ato regulamentador, o CNMP estaria inovando ao legislar e usurpando função constitucional atribuída ao Poder Legislativo, ademais uma simples resolução não pode conter força de lei, ou seja, pertencer a mesma hierarquia de uma lei, pois não advém do poder estatal competente. Nessa linha argumentativa, assevera Streck, Sarlet e Clève¹⁶⁴:

[...] se a atuação dos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público está regulada em leis específicas (LOMAN, LOMIN's estadual e federal, postas no sistema em estrita obediência à Constituição), parece, de pronto, inconcebível que o constituinte derivado, ao aprovar a Reforma do Judiciário, tenha transformado os Conselhos em órgãos com poder equiparado aos do legislador. [...] No Estado Democrático de Direito, é inconcebível permitir-se a um órgão administrativo expedir atos (resoluções, decretos, portarias, etc) com força de lei, cujos reflexos possam avançar sobre direitos fundamentais, circunstância que faz com que tais atos sejam ao mesmo tempo legislativos e executivos [...] O fato de a EC 45 estabelecer que os Conselhos podem editar atos regulamentares não pode significar que estes tenham carta branca para tais regulamentações. Os Conselhos enfrentam, pois, duas limitações: uma, *stricto sensu*, pela qual não podem expedir regulamentos com caráter geral e abstrato, em face da reserva de lei; outra, *lato sensu*, que diz respeito a impossibilidade de ingerência nos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos. Presente, aqui, a cláusula de proibição de restrição a direitos e garantias fundamentais, que se sustenta na reserva de lei, também garantia constitucional [...]

Entretanto, a possível inconstitucionalidade da Resolução nº 13/2006, do CNMP, não afeta de forma alguma o poder de investigar outorgado ao *Parquet* pela Constituição Federal, portanto não há qualquer óbice à instauração e instrução de procedimentos administrativos com objetivo de realizar diligências de investigação criminal. Neste sentido, se posiciona Lopes Junior¹⁶⁵:

Em definitivo, a investigação preliminar realizada pelo Ministério Público seguirá, em linhas gerais, a normativa existente para o inquérito policial, no que lhe for aplicável. Afinal, ambos são procedimentos administrativos pré-processuais, que se destinam a formar opinião do Ministério Público e justificar o oferecimento da denúncia ou pedido de arquivamento. Por suposto que o ideal seria o promotor investigar através do instrumento ‘inquérito’, aproveitando sua estrutura e regime jurídico, mas não como mero ‘assistente’, senão como autoridade encarregada. Isto não é possível, tendo em vista a inexistência de um claro regime de subordinação funcional da polícia. Por outro lado, como vimos a legislação constitucional e ordinária outorga uma série de poderes ao Ministério Público que nos levam a afirmar que o sistema permite a figura do promotor-investigador. A falta de um regime jurídico que defina alguns aspectos de tempo e forma dos atos não é empecilho para que o promotor instaure e realize a investigação, pois são

¹⁶³ O art. 22, da Constituição Federal de 1988, assim dispõe: “Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; [...] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 10 dez. 2012.

¹⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang et al. Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 888, 08 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7694>>. Acesso em: 25 mar. 2013.

¹⁶⁵ LOPES JUNIOR, Aury. **Sistemas de investigação criminal no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 147.

perfeitamente aplicáveis os dispositivos do CPP que disciplinam o inquérito policial.

Desta dicção, percebe-se claramente o entendimento de se utilizar analogicamente o regramento dado ao inquérito policial pelo Código de Processo Penal não ausência de legislação específica que regule o desencadeamento dos atos no procedimento investigatório criminal do Ministério Público. Contudo, é preciso frisar-se que a aplicação analógica da disciplina do instrumento policial não é obrigatória para o *Parquet*, incumbendo-lhe sobretudo, respeitar o sistema de direitos e garantias individuais assegurados a todo e qualquer investigado pela Lei Fundamental.

4.3 O ENTENDIMENTO “ATUAL” DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PROMOVIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

A questão da legitimidade do poder investigatório do Ministério Público já foi submetida a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal em diversas oportunidades, sempre em ações individuais. Contudo, o Pretório Excelso ainda não firmou orientação dominante sobre o tema. Sendo assim, serão analisadas a seguir algumas decisões proferidas por Turmas da Corte, em especial nas suas fundamentações, objetivando traçar uma possível tendência de posicionamento verificada em julgados mais recentes.

Enfrentando a celeuma sobre a possibilidade do *Parquet* promover diretamente diligências investigatórias na fase preliminar da persecução penal, no âmbito do Recurso Extraordinário nº 205.473/AL¹⁶⁶, de relatoria do Ministro Carlos Velloso, a Segunda Turma

¹⁶⁶ A situação fática subjacente ao *decisum* relaciona-se à requisição de diligências investigatórias em uma empresa feita por um Procurador da República em Alagoas ao Delegado da Receita Federal no Estado, para apurar indícios de ilícitos fiscais. O Delegado da Receita, em resposta, informou que não poderia realizar as diligências requisitadas, pois envolviam o “caso PC Farias”, cujas investigações estavam centralizadas em Brasília. Em virtude dessa negativa, o Representante do Ministério Público requisitou à Polícia Federal a instauração de inquérito policial contra o Delegado, para apurar possível crime de desobediência ou prevaricação. Foi impetrado *habeas corpus* preventivo em favor do Delegado e o Tribunal Regional Federal da 5ª Região concedeu a ordem para trancar o inquérito policial, entendendo não caber ao Ministério Público requisitar diretamente diligências à Órgãos da Administração, sem recorrer à autoridade policial. Inconformado, o *Parquet* interpôs recurso. O Supremo Tribunal Federal se pronunciou, em acórdão, da seguinte maneira: CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. MINISTÉRIO PÚBLICO: ATRIBUIÇÕES. INQUÉRITO. REQUISIÇÃO DE INVESTIGAÇÕES. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. CF, art. 129, VIII; art. 144, §§ 1º e 4º. I. - **Inocorrência de ofensa ao art. 129, VIII, CF, no fato de a autoridade administrativa deixar de atender requisição de membro do Ministério Público no sentido da realização de investigações tendentes à apuração de infrações penais, mesmo porque não cabe ao membro do Ministério Público realizar, diretamente, tais investigações, mas requisitá-las à autoridade policial, competente para tal** (CF, art. 144, §§ 1º e 4º). Ademais, a hipótese envolvia fatos que estavam sendo investigados em instância superior. II. - R.E. não conhecido. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 205.473-9 Alagoas. Relator: Ministro Carlos Velloso. Segunda Turma. Julgado em

da Suprema Corte, em julgamento realizado em 15 de dezembro de 1998, esposou entendimento de que não competia ao membro do Ministério Público realizar, diretamente, investigações visando apurar infrações penais, mas somente requisitá-las à autoridade policial, nos termos do art. 144, §§ 1º e 4º, da Constituição Federal.

Do mesmo modo, no julgamento do Recurso em Habeas Corpus nº 81.326/DF¹⁶⁷, de relatoria do Ministro Nelson Jobim, a Segunda Turma, em data de 06 de maio de 2003, reafirmou que dentre as funções outorgadas pela Constituição Federal ao Ministério Público aloca-se requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (art. 129, VIII). Dessa forma, não há previsão constitucional para o *Parquet* realizar e presidir inquérito policial. Não compete aos seus membros, portanto, inquirir diretamente pessoas suspeitas de cometimento de crime, e, sim, requisitar tal diligência à autoridade policial.

Na sustentação de seu voto-condutor desta *decisum*, o Ministro Nelson Jobim assentou sua fundamentação, num primeiro momento, em elementos históricos, quando procura demonstrar que desde a década de 1930 nega-se ao Ministério Público o poder de realizar diligências investigatórias na esfera criminal; em seguida, na ausência de autorização expressa da Constituição Federal para o exercício desse poder pelo órgão ministerial; e, por

15 dez. 1998. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1653308>>. Acesso em: 15 mar. 2013. (grifou-se)

¹⁶⁷ Tratava-se nestes autos de intimação expedida pelo Representante do Ministério Público dirigida a um Delegado de Polícia para que comparecesse ao Núcleo de Investigação Criminal e Controle Externo da Atividade Policial, a fim de prestar esclarecimentos sobre envolvimento em prática delituosa em Procedimento Administrativo Investigatório Supletivo (PAIS). Na tentativa de embargar essa requisição, foi impetrado habeas corpus perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, sendo o *writ* indeferido, pois considerou-se “como válidos os atos investigatórios realizados pelo MP, que pode requisitar esclarecimentos ou diligenciar diretamente, visando à instrução de seus procedimentos administrativos, para fins de oferecimento de denúncia”. Dessa decisão interpôs o Recurso Ordinário em Habeas Corpus em comento. A ementa do acórdão assim aduz: 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. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 81.346 Distrito Federal. Relator: Ministro Nelson Jobim. Segunda Turma. Julgado em 06 mai. 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1970289>>. Acesso em: 18 mar. 2013.

fim, na “exclusividade” da Polícia para promover tais atividades.

Como se observa, um dos pilares de sustentação da fundamentação da decisão ora comentada é o método histórico como procedimento interpretativo do texto constitucional. De acordo com já explicitado neste trabalho, tal método de interpretação constitucional recebe severas críticas quanto à sua eficiência.

Strek e Feldens¹⁶⁸, por exemplo, asseveram que o confrontando com outros métodos de hermenêutica, fica clarividente a sua fragilidade. Merece atenção, ainda, a lição dos citados autores sobre a “nova hermenêutica” como superação do modelo clássico, que entendia a interpretação como meio para extrair do texto o seu sentido, para um modelo que a entenda como processo produtivo capaz de atribuir um sentido ao texto, e não apenas reprodutivo. Portanto, não existe equivalência entre texto e norma, bem como entre vigência e validade.

Assim sendo, diante do contexto político-normativo erigido com a Constituição de 1988, não se pode conceber uma interpretação duramente restritiva das funções do Ministério Público frente aos graves deveres do órgão na concretização do Estado Democrático de Direito.

Quanto aos demais pilares de sustentação da tese apresentada pelo Ministro Nelson Jobim, *data venia*, são totalmente insubsistentes os argumentos apresentados. Não há exclusividade da polícia judiciária na condução de atividade voltada à apuração de infrações penais, outros órgãos da Administração Pública, no âmbito do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, também são legitimados por outorga direta da Constituição Federal ou da legislação ordinária a exercerem investigações criminais, como se restou demonstrado em momento anterior. Igualmente, revelou-se perfeitamente possível a legitimidade do poder investigatório do Ministério Público, pela compatibilidade dessa atividade com a sua finalidade constitucional.

Em alguns julgamentos mais recentes, entretanto, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal tem decidido de forma diversa, reconhecendo a legitimidade do Ministério Público em promover, por autoridade própria, investigações de natureza penal.

Vale menção, a propósito, como representativa da posição a favor dos poderes investigatórios do Ministério Público, a decisão proferida no Habeas Corpus 91.661/PE, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, em julgamento realizado em 10 de março de 2008, a

¹⁶⁸ STRECK, Lênio Luiz; FELDENS, Luciano. **Crime e constituição**: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 67.

Segunda Turma, por unanimidade, asseverou ser perfeitamente possível que o Ministério Público realize a colheita de elementos mínimos de prova que demonstrem a autoria e materialidade de uma determinada infração penal, consoante se verifica no trecho do aresto transcrito a seguir¹⁶⁹:

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. 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. 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.

Como visto, a relatora reconhece que a denúncia pode ser fundamentada em peças obtidas diretamente pelo órgão ministerial, sem a necessidade do inquérito policial. Portanto, nada impede que o Ministério Público realize diretamente diligências investigatórias, requisiute esclarecimentos, ouça testemunhas; tudo com o objetivo de formar o seu convencimento a respeito de determinado fato delituoso.

Neste diapasão, no julgamento do Habeas Corpus nº 89.837/DF, realizado em 20 de outubro de 2009, a Segunda Turma da Suprema Corte reafirmou o posicionamento acima exposto. Com isso, mais um passo é dado no caminho do entendimento definitivo sobre a controvérsia doutrinária acerca da atividade investigatória criminal do órgão ministerial. Veja-se o trecho do voto proferido pelo relator, Ministro Celso de Mello¹⁷⁰:

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.

Neste julgamento paradigmático a Segunda Turma asseverou ser plena a

¹⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 91.661 Pernambuco. Relatora: Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, julgamento em 10 de março de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2528373>>. Acesso em: 14 abr. 2013.

¹⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 89.837 Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgamento em 20 de outubro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2425780>>. Acesso em: 14 abr. 2013.

legitimidade constitucional do poder investigatório do Ministério Público em matéria penal, utilizando, dentre outras, a argumentação de que no sistema jurídico brasileiro não existe monopólio dos organismos policiais (muito embora sejam os detentores da função de polícia judiciária) sobre a competência penal investigatória, ou seja, não é exclusividade da polícia judiciária o poder de investigar. A respeito dessa questão, traz-se trecho da decisão assim ementada¹⁷¹:

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.

Com efeito, enfrentando a celeuma que se criou em torno da exclusividade do poder de investigar da polícia judiciária, o Supremo Tribunal Federal deu uma relevante contribuição jurisprudencial na direção de pacificar um entendimento plausível para questão em total consonância com os preceitos normativos constitucionais e infraconstitucionais. Assim, é importante enfatizar mais uma vez que exclusiva é a função de polícia judiciária conferida às polícias e não a atividade investigatória.

Corroborando o caráter paradigmático da *decisum* ora comentada, outras questões que tangenciam a controvérsia doutrinária acerca dos poderes investigatórios criminais do Ministério Público, mas que se revelam importantíssimas para o tema, foram suscitadas pelo relator. Num primeiro momento, destaca-se a preocupação de como esse poder de investigar será exercido pelo *Parquet*. Neste sentido, traz-se um trecho do voto do Ministro Celso de Mello:

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

¹⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 89.837 Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgamento em 20 de outubro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2425780>>. Acesso em: 14 abr. 2013.

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. 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.¹⁷² (grifos do autor)

De fato, as diligências investigatórias realizadas pelo Ministério Público não podem ocorrer de forma ampla e irrestrita, sem qualquer espécie de controle. Toda investigação é uma atividade incisiva para o suspeito e ser for realizada de forma irresponsável, sem observar preceitos legais, inevitavelmente irá violar direitos e garantias individuais. Assim, todas as regras e limitações impostas ao inquérito policial, atinentes a direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, devem ser estendidas ao procedimento administrativo instaurado pelo *Parquet* para apurar infrações penais.

Num segundo momento, debruça-se o relator sobre o caráter subsidiário das investigações promovidas pelo Ministério Público, evidenciando as possíveis situações fáticas que ensejam a atuação ministerial, explanando o seguinte¹⁷³:

Reconheço, pois, que se reveste de legitimidade constitucional o poder de o Ministério Público, por direito próprio, promover investigações penais, sempre sob a égide do princípio da subsidiariedade, destinadas a permitir, aos membros do *Parquet*, em hipóteses específicas (quando se registrarem, por exemplo, situações de lesão ao patrimônio público ou, então, como na espécie, excessos cometidos pelos próprios agentes e organismos policiais, como tortura, abuso de poder, violências arbitrárias, concussão ou corrupção, ou, ainda, nos casos em que se verificar uma intencional omissão da Polícia na apuração de determinados delitos ou se configurar o deliberado intuito da própria corporação policial de frustrar, em função da qualidade da vítima ou da condição do suspeito, a adequada apuração de determinadas infrações penais), a possibilidade de coligir dados informativos para o ulterior desempenho, por Promotores e Procuradores, de sua atividade persecutória em juízo penal. (grifos do autor)

Naturalmente, não é a intenção do Ministério Público substituir a polícia judiciária, de forma incondicional, em sua precípua atividade de investigação de infrações penais e nem seria possível levando-se em consideração o sistema processual penal adotado no Brasil e a

¹⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 89.837 Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgamento em 20 de outubro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2425780>>. Acesso em: 14 abr. 2013.

¹⁷³ Ibid.

estrutura organizacional e administrativa do *Parquet* (mesmo tendo-se ciência da existência de núcleos especializados de combate à criminalidade espalhados por todo o país). Destarte, percebe-se a atuação ministerial na fase pré-processual como uma espécie de cooperação entre os órgãos, visando à consecução de um objetivo almejado pela sociedade brasileira, a saber, o fim da impunidade nos crimes que afetam a paz social, notadamente, naqueles praticados por agentes públicos em detrimento da coletividade.

Muito embora o Pleno da Suprema Corte ainda não tenha enfrentado a controvérsia sobre os poderes de investigação criminal do órgão ministerial, os acórdãos mais recentes acompanharam o entendimento de que é perfeitamente possível o exercício de tal desiderato, considerando o seu perfil institucional traçado pela Constituição Federal e a inexistência de monopólio da atividade¹⁷⁴.

Em suma, outrora tenha entendido diversamente, a tendência “atual” é que o Supremo Tribunal Federal firme posicionamento favorável à legitimidade do Ministério Público para promover diretamente, em procedimento administrativo próprio, diligências investigatórias em matéria criminal. Cenário que se afigura em razão dos argumentos acima apresentados e dos mais recentes julgados que discorreram sobre essa questão.

¹⁷⁴ Dentre as mais recentes pode-se destacar a decisão proferida no Habeas Corpus nº 97.969/RS, de relatoria do Ministro Ayres Britto, em julgamento realizado em 01 de fevereiro de 2011, consubstanciada na seguinte ementa: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. POLICIAL CIVIL. CRIME DE EXTORSÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE CONCUSSÃO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL. DENÚNCIA: CRIMES COMUNS, PRATICADOS COM GRAVE AMEAÇA. INAPLICABILIDADE DO ART. 514 DO CPP. ILICITUDE DA PROVA. CONDENAÇÃO EMBASADA EM OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. DECISÃO CONDENATÓRIA FUNDAMENTADA. ORDEM DENEGADA. 1. Legitimidade do órgão ministerial público para promover as medidas necessárias à efetivação de todos os direitos assegurados pela Constituição, inclusive o controle externo da atividade policial (incisos II e VII do art. 129 da CF/88). Tanto que a Constituição da República habilitou o Ministério Público a sair em defesa da Ordem Jurídica. Pelo que é da sua natureza mesma investigar fatos, documentos e pessoas. Noutros termos: não se tolera, sob a Magna Carta de 1988, condicionar ao exclusivo impulso da Polícia a propositura das ações penais públicas incondicionadas; como se o Ministério Público fosse um órgão passivo, inerte, à espera de provocação de terceiros. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 97.969 Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Ayres Brito, Segunda Turma, julgamento em 01 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2664479>>. Acesso em: 15 abr. 2013.

5 CONCLUSÃO

No desenvolvimento do presente trabalho, buscou-se identificar os fundamentos constitucionais e infraconstitucionais que legitimam o exercício do poder de promover investigações criminais, em procedimento administrativo próprio, pelo Ministério Público na fase preliminar da persecução penal, confrontando-os com ensinamentos doutrinários e jurisprudenciais. Ademais, procurou-se demonstrar os limites e alcance dessa atividade investigatória sob a égide da legislação ordinária.

Desse modo, os principais argumentos levantados e as conclusões alcançadas ao longo deste estudo serão neste epílogo, de forma sintética, evidenciados.

Inegavelmente, foi com o advento da Constituição Federal de 1988 que o Ministério Público recebeu um novo perfil no ordenamento jurídico nacional, que inovou ao conferir-lhe funções essenciais à consolidação e efetivação do modelo político-normativo que se passou a adotar no Brasil, qual seja, o Estado Democrático de Direito. Com isso, foi destinado a instituição um tratamento constitucional nunca antes visto, apartando-o dos tradicionais Poderes do Estado, o que lhe conferiu uma maior autonomia no cumprimento de suas graves atribuições.

Assim, emerge o Ministério Público incumbido da defesa do regime democrático, da ordem jurídica e de toda a sociedade. Como se vê, são funções de grande magnitude e a Lei Fundamental não se furtou de outorga-lhe os instrumentos necessários para cumprir sua elevada missão constitucional. Deste intento, decorrem as suas garantias, princípios, prerrogativas e vedações, que asseguram uma atuação livre, autônoma e independente.

Dentre as funções afetas ao órgão ministerial pelo texto constitucional, foi objeto de maior discussão neste trabalho a titularidade exclusiva da ação penal pública e o exercício de outras funções, desde que compatíveis com a sua finalidade constitucional (art. 129, I e IX, da CF). Com efeito, é em torno destas funções institucionais que gravita a controvérsia doutrinária e jurisprudencial acerca da possibilidade do Ministério Público realizar diretamente, em procedimento administrativo próprio, diligências investigatórias criminais na fase pré-processual da *persecutio criminis*.

É função precípua do Estado, hodiernamente, manter a paz e harmonia social. Para a consecução desse fim, incumbe-lhe regulamentar as liberdades e garantias individuais, elegendo e tutelando os bens jurídicos mais importantes para o convívio pacífico em sociedade. Dessa forma, são impostas abstratamente regras proibitivas de determinadas

condutas que atentem contra a própria sociedade, assim como as sanções que podem advir do descumprimento de tais normas. Nesse contexto, o sistema penal abarca os institutos informadores dos tipos penais específicos (Direito Penal) e, na ocorrência do ilícito penal, ou seja, a transgressão da norma penal, o desencadeamento da atividade estatal destinada a punir o ato lesivo, prevenindo a sua reincidência (Direito Processual Penal).

Por conseguinte, o poder-dever de punir do Estado está disciplinado na legislação penal e processual penal em vigor e refletirá, inevitavelmente, os anseios sociais e a política de enfrentamento criminal conduzida pelos organismos estatais, considerando o contexto histórico ao qual estão inseridos. Assim, ao longo da evolução das sociedades alguns modelos processuais penais foram utilizados para o exercício do jus puniendi estatal, em especial o sistema inquisitório, o sistema acusatório e, mais recentemente, o sistema misto.

São características marcantes do modelo de natureza inquisitiva a reunião num mesmo sujeito das funções de acusar e julgar, o acusado era encarado como um mero objeto do processo e não como sujeito de direitos, a inexistência de partes processuais, a supervalorização da confissão (sendo considerada a rainha das provas e não haviam limites para a sua obtenção), a ausência de contraditório e a presença de uma defesa de cunho decorativo. Não havia uma separação nítida de fases, ao Juiz incumbia a investigação do fato delituoso e aplicação da pena, num procedimento sigiloso e escrito.

Com o advento do constitucionalismo e com a consequente positivação de direitos e garantias fundamentais nas Constituições dos Estados modernos, passou-se a adotar o modelo acusatório de persecução criminal, que ao contrário do inquisitório, apresenta como características principais a nítida separação das funções de acusar, defender e julgar (sujeitos processuais com atribuições específicas), o juiz como sujeito totalmente imparcial (que se sobrepunha aos contendores), o contraditório e ampla defesa como garantia do acusado, o processo era público, escrito e admitiam-se debates orais.

No sistema processual penal misto a efeito do acusatório, também há uma clara distinção entre o órgão acusador, comumente pelo Ministério Público, e o órgão que irá julgar a lide penal, o juiz. Pela própria etimologia, o modelo misto sugere uma confluência dos dois outros sistemas, inquisitivo e acusatório, o que lhe atribui a característica de ser um modelo bifásico. Dessa forma, a persecução penal é dividida em duas fases: uma preliminar (denominada instrução), de caráter inquisitório, sigilosa, escrita, ausente o princípio do contraditório e da ampla defesa; e outra de julgamento, onde predomina os preceitos acusatórios, com a presença dos sujeitos processuais e a observância dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Cumprе ressaltar que todos os modelos de persecução penal apresentam uma matriz em comum, qual seja a investigação criminal como uma fase pré-processual destinada a colher os elementos necessários à acusação formal e responsável do suspeito da prática de infração penal (informações ou provas acerca da autoria e materialidade do evento delituoso capazes de formar o convencimento do órgão acusador).

O Brasil adotou um sistema processual penal que ostenta como características a persecução penal dividida em duas fases bem distintas: uma de investigação preliminar sobre o fato delituoso e outra, inaugurada pela denúncia, da ação penal propriamente dita (onde ocorrerá o julgamento da lide penal); as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a pessoas distintas; a valoração das provas elaboradas pelas partes é feita na ação penal, perante o órgão jurisdicional competente, onde são observadas todas as garantias constitucionais do acusado como o princípio do contraditório e ampla defesa, devido processo legal, e outros.

A primeira fase é tipicamente inquisitorial, pois o inquérito policial ou outro procedimento administrativo destinado à colheita de indícios sobre o fato delituoso (destinados à formação da *opinio delicti* do acusador) é sigiloso, não se admite o exercício do contraditório e o investigado não é parte, visto que não há processo. Após a denúncia, inicia-se a segunda fase marcadamente acusatória, onde ocorrerá de fato a ação penal, constituindo-se a lide processual, onde serão produzidas todas as provas perante o Juízo Criminal (e reproduzidas às provas colhidas na fase preliminar, se for possível). Por tais características, o modelo brasileiro é considerado um sistema misto por alguns doutrinadores, mas o entendimento que prevalece é que se trata de um sistema acusatório, contudo, não propriamente puro.

Diz-se que a Constituição Federal ao consagrar uma série de direitos e garantias fundamentais ao indivíduo, aponta claramente que o processo penal brasileiro é o acusatório. É bem verdade que o texto constitucional assegura ao acusado inúmeros princípios que devem reger a persecução penal, garantindo-lhe que seus direitos não serão violados ou ameaçados de sofrer lesão por excessos e abusos praticados pelos organismos do Estado responsáveis por tal atividade.

Neste ponto, merece esclarecer que o *jus puniendi* estatal foi limitado pelo respeito aos direitos e garantias individuais, sendo atualmente o processo penal um instrumento de proteção do indivíduo em face do poder estatal. Com o advento dos Estados de direito e democráticos, passou-se a adotar um discurso garantista para o sistema penal, prevendo-se constitucionalmente os mecanismos que garantam tal proteção.

A teoria do garantismo penal foi desenvolvida pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli,

que identificou os princípios de um sistema garantista SG que visam estruturar um modelo penal capaz de garantir a plena efetividade aos direitos e liberdades individuais constitucionalmente previstos, por intermédio da imposição de freios e limites ao poder de punitivo do Estado. Trata-se de um modelo limite que deve servir de exemplo para os Estados democráticos que visam proteger o cidadão, sendo um verdadeiro referencial de racionalidade para o poder-dever de punir (por isso a previsão de requisitos como legalidade, necessidade, lesividade, dentre outros, para a legitimação da persecução penal), bem como um instrumento de verificação da legitimidade e legalidade dos institutos penais e processuais penais, sempre à luz da normatividade constitucional.

Retomando, no sistema processual penal brasileiro compete ao Ministério Público propor exclusivamente a ação penal pública, a celeuma se cria exatamente se é possível, também, sua atuação na fase preliminar, conduzindo investigações criminais em procedimento próprio.

Decerto, a Constituição Federal confere às Polícias Civil e Federal a exclusividade da função de polícia judiciária (art. 144, §§ 1º e 4º), e isso gerou o entendimento em parte da doutrina de que a competência para proceder a investigações criminais era exclusiva da polícia judiciária, negando a extensão de tal poder ao Ministério Público. Contudo, a exclusividade presente no texto constitucional não abarca as funções de apuração de infrações penais, como defendem alguns doutrinadores, em razão da clara distinção entre as duas funções. Com efeito, a exclusividade reservada à polícia federal está relacionada à sua função de polícia judiciária da União, e não quanto à apuração de ilícitos penais. Do mesmo modo, às polícias civis incumbem as funções de polícia judiciária nos Estados, ressalvada a competência da União. Consequentemente, é impossível inferir que a Constituição atribuiu o monopólio da atividade investigatória às polícias.

Ademais, outros órgãos estatais, no âmbito dos Três Poderes, receberam da legislação ordinária ou da própria Lei Fundamental, a competência de realizar investigações criminais em procedimentos próprios, a exemplo das Comissões Parlamentares de Inquérito, da Receita Federal, do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), as Corregedorias da Câmara e do Senado Federal, os Tribunais Superiores, os Tribunais Federais e os Tribunais de Justiça dos Estados, etc.

Ademais, outros órgãos estatais, no âmbito dos Três Poderes, receberam da legislação ordinária ou da própria Lei Fundamental, a competência de realizar investigações criminais em procedimentos próprios, a exemplo das Comissões Parlamentares de Inquérito, da Receita Federal, do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), as

Corregedorias da Câmara e do Senado Federal, os Tribunais Superiores, os Tribunais Federais e os Tribunais de Justiça dos Estados, etc.

Dessa forma, o instrumento principal de apuração de delitos utilizado pela polícia, o inquérito policial, não é imprescindível para a propositura da eventual ação penal por quem de direito, outros procedimentos administrativos podem servir de base para o oferecimento da denúncia, a exigência é que se demonstre a verossimilhança da acusação (art. 4º, § único, do Código de Processo Penal).

Ao conduzir diretamente diligências investigatórias para a apuração de infrações penais o Ministério Público não pretende substituir-se à polícia judiciária e nem tampouco presidir o inquérito policial, nem poderia, já que o referido procedimento administrativo é de competência de delegado de carreira. A atuação do órgão ministerial nesta senda tem o intuito de cumprir da melhor forma possível o seu papel constitucional, somando esforços com os demais órgãos responsáveis pela defesa do próprio Estado, ou seja, busca-se uma cooperação de atividades para atingir os fins pretendidos pela sociedade brasileira.

Neste diapasão, a atividade de investigação criminal se coaduna perfeitamente com o rol de funções institucionais do Ministério Público outorgado pela Constituição da República, em seu art. 129. Portanto, a verdadeira exegese do texto constitucional deve compatibilizar os reclames sociais num Estado Democrático de Direitos e a finalidade institucional do *Parquet* neste contexto.

Assim, em decorrência do reconhecimento da legitimidade constitucional dos poderes investigatórios do Ministério Público, no plano infraconstitucional encontram-se dispositivos que autorizam expressamente a realização de inspeções e diligências investigatórias, especialmente a Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993 (que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União) e a Lei Federal nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 (que instituiu a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispondo sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados). E ainda, a Resolução nº 13, de 02 de outubro de 2006 (que regulamenta o art. 8º da Lei Complementar 75/2003 e art. 26 da Lei nº 8.625/2003, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal), editada pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

Dispõe a Lei Complementar nº 75/2003 que incumbe ao Ministério Público, no exercício das suas funções institucionais promover inspeções e diligências investigatórias, notificar testemunhas inclusive com condução coercitiva e expedir notificações e intimações necessárias aos procedimentos e inquéritos que instaurar (art. 8º).

Igualmente, a Lei 8.625/2003 afirma que o órgão ministerial pode, para instruir os procedimentos administrativos que instaurar, expedir notificações para colher depoimentos ou esclarecimentos (facultando-lhe a condução coercitiva), requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades e órgãos da Administração Pública, bem como promover inspeções e diligências investigatórias (art. 26, I, “a”, “b” e “c”).

É evidente, portanto, que o legislador ordinário dispensou ao Ministério Público os instrumentos necessários à realização de diligências investigatórias na fase pré-processual da *persecutio criminis*, em procedimento administrativo próprio, objetivando colher os elementos mínimos de convicção acerca da materialidade e da autoria de infrações penais, possibilitando a propositura da ação penal.

Por sua vez, a Resolução nº 13 do CNMP disciplina de forma sistemática os poderes investigatórios do Ministério Público, autorizados pela legislação infraconstitucional, prevendo a finalidade do procedimento administrativo criminal, formas possíveis de sua instauração, prazos, competências, formas de instrução, a publicidade dos atos, bem como a observância dos direitos assegurados constitucionalmente ao investigado. Ocorre que a referida resolução tem a sua constitucionalidade discutida em duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, sob o principal argumento de que o CNMP não tem competência para produzir ato normativo com força de lei (função atribuída ao Poder Legislativo) e que a Constituição reservou à União legislar sobre matéria processual penal (art. 22, I, da CF).

No entanto, o Supremo Tribunal Federal ainda não se pronunciou sobre a questão. Vale ressaltar que a possível declaração de inconstitucionalidade da Resolução nº 13/2006, do CNMP, não tem o condão de retirar do *Parquet* o poder de investigar outorgado pela Constituição Federal, portanto não há qualquer óbice à instauração e instrução de procedimentos administrativos com objetivo de realizar diligências preliminares necessárias à formação da sua *opinio delicti*.

A legitimidade da autorização constitucional que confere ao membro do Ministério Público o poder de conduzir diretamente atividade investigativa voltada à produção de informações e documentos que possibilitem à propositura da ação penal, sem requisitar a instauração do inquérito pela polícia judiciária, já foi suscitada em diversas ocasiões ao Supremo Tribunal Federal. Embora no passado tenha entendido diversamente, a Suprema Corte tem sinalizado uma tendência “atual” de firmar posicionamento favorável à possibilidade do Ministério Público promover diretamente, em procedimento administrativo próprio, diligências investigatórias em matéria criminal, visto que em julgados recentes, por unanimidade, decidiu neste sentido.

Sopesando os argumentos doutrinários e jurisprudenciais alhures expostos e da análise da Constituição Federal, chega-se a conclusão de que é totalmente legítima a atividade investigatória do Ministério Público na esfera criminal, em procedimento administrativo próprio, quando entender pertinente a medida. Resta, neste ponto, demonstrar como essa atividade é regulamentada pela legislação infraconstitucional.

Verdadeiramente, o ordenamento jurídico pátrio não instituiu o monopólio da investigação criminal por parte da Polícia Judiciária, pois o inquérito policial não exaure todas as outras formas de investigação. Ademais, o próprio texto constitucional prevê hipóteses de investigação por outros órgãos estatais, assim como a legislação ordinária contempla outras tantas.

Some-se a isso, o fato de não haver qualquer vedação, ao menos implicitamente, ao exercício da atividade investigatória por parte do Ministério Público, ao contrário, a Constituição Federal lhe garante o desempenho de outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com a sua finalidade (art. 129, IX, da CF).

Contudo, perscrutando a legislação infraconstitucional em vigor, notadamente a Lei Complementar nº 75/2003 e a Lei 8.625/93, constata-se que não há uma disciplina clara e específica da atribuição investigatória do Ministério Público, que torne possível identificar quais as hipóteses de cabimento para o exercício dessa competência, ou seja, quais os fatos concretos que a ensejam, assim como a delimitação da forma de exercê-la.

Assim, a investigação criminal realizada pelo *Parquet* caracteriza-se por ser excepcional, ocorrendo apenas quando não for possível ou recomendável que seja exercida pela própria polícia, por razões de interesse público, como nos casos de crimes perpetrados por agentes policiais, agentes políticos do Estado ou organizações criminosas, ou seja, quando houver o risco de comprometimento da atuação policial.

Dessa forma, urge uma normatização para o exercício do poder investigatório pelo Ministério Público, por meio de lei em sentido estrito e não por resolução, capaz de delimitar o seu campo de atuação, a forma procedimental dos atos, bem como a imposição de limites a essa atividade.

Decerto, que a experiência tem demonstrado que as investigações criminais conduzidas por membros do *Parquet* tem dado resultados satisfatórios, contudo, assim como na atividade investigatória realizada pela autoridade policial, podem acontecer abusos e desrespeito aos direitos e garantias individuais. Por isso, não se pode conceber uma atuação ministerial na esfera criminal apartada da observância dos preceitos constitucionais que regem o sistema penal brasileiro.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Investigação pelo Ministério Público**: Argumentos contrários e a favor. A síntese possível e necessária. Parecer. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/parecer_investigacao_pelo_mp.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2013.

_____. **O constitucionalismo democrático no Brasil**. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2013/05/O-constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf>>. Acesso em 15 mai. 2013.

BONAVIDES, Paulo. A evolução constitucional do Brasil. **Estudos Avançados**. São Paulo, v. 14, n. 40, dez. 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142000000300016&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 18 jun. 2013.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 dez. 2012.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao91.htm>. Acesso em: 20 abr. 2013.

_____. Constituição Política do Imperio do Brazil, de 25 de março de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 15 abr. 2013.

_____. Câmara dos Deputados. Atividade Legislativa: Comissão Parlamentar de Inquérito. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito>>. Acesso em: 14 jul. 2013.

_____. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição nº 37/2011. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=507965>>. Acesso em: 12 dez. 2012.

_____. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição nº 197/2003. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=142415>>. Acesso em: 14 jun. 2013.

_____. Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940). Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 11 fev. 2013.

_____. Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 11 fev. 2013.

_____. 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.mp.br/portal/images/stories/Normas/Resolucoes/res_cnmp_13_2006_10_02.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2012.

_____. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, assim como a qualquer outro interesse difuso, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm>. Acesso em 10 jun. 2013.

_____. Lei 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: 17 dez. 2012.

_____. Lei nº 9.613, de 03 de março de 1988. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm>. Acesso em 11 jun. 2013.

_____. Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm>. Acesso em: 15 abr. 2013.

_____. 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: 17 dez. 2012.

_____. Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp105.htm>. Acesso em: 14 jun. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 222302/RJ, Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgamento em 01 de março de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201102511044&dt_publicacao=19/03/2012>. Acesso em: 25 mai. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 13728/SP. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, data da publicação 12 de junho de 2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200201613500&dt_publicacao=21/06/2004>. Acesso em: 15 jul. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.513. Relator: Ministro Celso Mello, Tribunal Pleno, julgamento em 3 de abril de 2002. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1966569>>.

Acesso em 15 abr. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 80.405. Relator: Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgamento em 03 de abril de 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1847033>>. Acesso em: 14 jul. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84.078. Relator: Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 05 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2208796>>. Acesso em: 20 mai. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 89.837 Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgamento em 20 de outubro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2425780>>. Acesso em: 14 abr. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 91.661 Pernambuco. Relatora: Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, julgamento em 10 de março de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2528373>>. Acesso em: 14 abr. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 97.969 Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Ayres Brito, Segunda Turma, julgamento em 01 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2664479>>. Acesso em: 15 abr. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 21.239/DF. Relator: Min. Sepúlveda Pertende, Tribunal Pleno, julgado em 06 de junho de 1991. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1508238>>. Acesso em 14 mai. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 136.239, Relator: Ministro Celso de Mello, Primeira Turma, publicado em: 14 ago. 1992. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1515173>>. Acesso em: 12 jun. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 205.473-9 Alagoas. Relator: Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 15 de dezembro de 1998. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1653308>>. Acesso em: 15 mar. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 163.231. Relator: Ministro Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgamento em 26 de fevereiro de 1997. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1562796>>. Acesso em: 15 abr. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 464.893. Relator: Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgamento em 20 de maio de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2318581>>.

Acesso em: 15 jun. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 81.346 Distrito Federal. Relator: Ministro Nelson Jobim. Segunda Turma, julgamento em 06 de maio de 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=1970289>>. Acesso em: 18 mar. 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Habeas Corpus nº 70018920934. Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Quinta Câmara Criminal, julgado em 04 de abril de 2007. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/?q=70018920934&tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.%28TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%7CTipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica%7CTipoDecisao%3Anull%29&requiredfields=&as_q=>>. Acesso em: 10 mai. 2013.

BUGALHO, Nelson Roberto. Princípios processuais penais. In: PRADO, Luiz Regis (org.). **Direito processual penal**: parte I. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CLÈVE, Clèmerson Merlin . Investigação Criminal e Ministério Público. **Jurisprudência Catarinense**, Florianópolis, v. 104, p. 47-79, 2005. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/revistajc/revistas/104-105/104-1050200.pdf>>. Acesso em 14 jun. 2013.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: a teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Fábio Luiz Bragança. O garantismo penal, a garantia constitucional da motivação das decisões judiciais e o processo penal brasileiro. **Revista Eletrônica da Seção Judiciária do Distrito Federal**. Brasília, n. 16, ano II, out/2010. Disponível em: <http://www.revistajustica.jfddf.jus.br/home/edições/Outubro10/artigo_Fabio2.html>. Acesso em: 05 jul. 2013.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

HARTMANN, Érica de Oliveira. Os sistemas de avaliação da prova e o processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná**. 30 mai. 2005. Disponível em: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/1749/1446>. Acesso em: 14 Jul. 2013, p. 118.

JATAHY, Carlos Roberto de Castro. **Curso de princípios institucionais do Ministério Público**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LIMA, Marcellus Polastri. **Ministério Público e persecução criminal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Sistemas de investigação criminal no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MAIA, Alexandre da. O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli: notas preliminares. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 37, n. 145, jan/mar. 2000. Disponível em: <www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/553> . Acesso em: 08 jun. 2013.

MAIA, Eduardo de Souza. A natureza jurídica do Conselho Nacional do Ministério Público. **MPMG Jurídico**, Belo Horizonte, ano II, n. 7, out/nov/dez. 2006. Disponível em: <<https://aplicacao.mp.mg.gov.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/778/3.1.1%20A%20natureza%20jur%C3%ADica%20do%20CNMP.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 12 jul. 2013.

MARTINS, Thiago Penido. Direitos fundamentais: um novo olhar, uma nova perspectiva. In: XIV CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI. Fortaleza, nov. 2005. **Anais...** Fortaleza: CONPEDI, 2005. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/anais/fortaleza/4220.pdf>. Acesso em: 31 mai. 2013.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Ministério Público**. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.

_____. **Manual do promotor de justiça**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. **Memória e história**: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte. Natal, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Código de processo penal comentado**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. **Investigação criminal direta pelo Ministério Público**: visão crítica. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Napolini; GENTIL, Plínio Antonio Brito. A teoria do garantismo e a proteção dos direitos fundamentais no processo penal. In: XVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI. Brasília, nov. 2008. **Anais...** Brasília: CONPEDI, 2008. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manuel/arquivos/anais/brasil/16_654.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2013.

SANTIN, Valter Foleto. **O Ministério Público na investigação criminal**. Bauru, SP: EDIPRO, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOUZA, Victor Roberto Corrêa de. Ministério Público – aspectos históricos. **Revista Eletrônica**. Recife, ano 5, 2007. Disponível em: <http://www.prpe.mpf.gov.br/internet/Legislacao-e-Revista-Eletronica/Revista-Eletronica/2007-ano-5/Ministerio-Publico-aspectos-historicos>. Acesso em: 10 jun. 2013.

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

STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang et al. Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 888, 08 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7694>>. Acesso em: 25 mar. 2013.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Romar Rodrigues de. **Curso de direito processual penal**. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

UNIVERSIDADE DE COIMBRA. Instituto de Teoria das Ideias. **Ordenações Filipinas**. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihiti/proj/filipinas/11p43.htm>>. Acesso em: 25 mar. 2013.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Biblioteca virtual de direitos humanos. **Declaração de direitos do homem e do cidadão de 1789**. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 13 abr. 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal**

brasileiro: parte geral. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo:** tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.