

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO – IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

MARIANNE JÚDICE DE MATTOS

PODER DE INVESTIGAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E SEUS LIMITES

**BRASÍLIA,
JANEIRO 2014**

MARIANNE JUDICE DE MATTOS

PODER DE INVESTIGAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E SEUS LIMITES

Trabalho de Conclusão de Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

**BRASÍLIA,
JANEIRO 2014**

“A vida é assim: esquenta e esfria, aperta e daí afrouxa, sossega e depois desinquieta. O que ela quer da gente é coragem.”

Guimarães Rosa

RESUMO

Este trabalho versa sobre os poderes instrutórios do Ministério Público à luz da Constituição Federal e os seus limites. Apesar da rejeição da PEC 37, a matéria ainda não se encontra pacificada na doutrina porque vários doutrinadores ainda se opõem veementemente à legitimidade do Ministério Público ao exercício da investigação criminal preliminar. Assim, o que se pretende é analisar os dispositivos constitucionais que justificam os argumentos contrários e favoráveis à investigação criminal pelo Ministério Público, bem como verificar em que medida ela poderia ocorrer.

Palavras-chave: Ministério Público. Investigação. Limites. Garantismo.

ABSTRACT

This work deals with the powers of prosecutors instructive in light of the Federal Constitution and its limits. Despite the rejection of the PEC 37, the matter is not yet pacified doctrine because several scholars are still vehemently oppose the legitimacy of the prosecution to exercise primary criminal investigation. Thus, the aim is to examine the constitutional provisions to justify the arguments in favor and against the criminal investigation by prosecutors and verify to what extent it could happen.

Keywords: Public Prosecution. Investigation. Limits. Garantism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	
1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O MINISTÉRIO PÚBLICO	8
1.1 Contexto Histórico da Ascensão do Ministério Público à Instituição Constitucional Permanente e Autônoma	8
1.2 O Processo Penal como Instrumento de Garantia dos Direitos Fundamentais	10
1.3 A Interpretação da Constituição e a Intencionalidade das Normas Constitucionais	14
1.4 Teoria dos Poderes Implícitos	15
2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	20
2.1 Sistemas Inquisitivo, Acusatório e Misto	20
2.2 O Poder Investigatório do Ministério Público e o Sistema Acusatório Agasalhado pela Constituição de 1988	24
3 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL	28
3.1 Investigação Preliminar	28
3.2 Atuação da Defesa no Curso da Investigação Preliminar	31
3.3 Correntes a favor e contra a Investigação Criminal Direta, feita pelo Ministério Público	32
3.4 Investigação Supletiva	38
3.5 Precedentes das Turmas do Supremo Tribunal Federal acerca da Matéria	39
CONCLUSÃO	45
REFERÊNCIAS	48

INTRODUÇÃO

O Ministério Público, no Brasil, surgiu no Código de Processo Penal de 1832 como “promotor da ação penal”, mas foi a Constituição de 1934 que tratou mais profundamente da instituição prevendo a existência do Ministério Público na União, no Distrito Federal, nos territórios e nos Estados a serem organizados por lei federal.

As constituições que se seguiram em 1937, 1945, 1967 e 1969 também trataram do Ministério Público, colocando-o ora no Poder Judiciário, ora no Poder Executivo.

A Emenda Constitucional n.º 7 de 1977, que voltou a posicionar o Ministério Público no Executivo, previu a edição de lei complementar para estabelecimento de suas normas gerais, o que deu origem à Lei Complementar n.º 40/81.

A Constituição de 1988 consolidou o relevante *status* do Ministério Público, tratando-o em capítulo isolado dos demais poderes, consagrando sua autonomia e independência e ampliando ainda suas funções de defesa dos interesses e garantias das prerrogativas da sociedade.

Embora o Ministério Público tenha nascido no berço do Estado e dos governantes, inicialmente como procurador do rei, passando a advogado da Coroa e patrono da Fazenda Pública, dividindo legitimidade para instauração do procedimento penal com a Polícia e com o Juiz e, até bem pouco tempo, limitando-se à propositura de ações penais, alçou a posição constitucional de defensor da sociedade com inúmeras atribuições na área cível que tiveram como marcos infraconstitucionais a Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor.

Apesar de não ter tratado especificamente do poder investigatório do Ministério Público no âmbito criminal, a Constituição de 1988 deixou espaço para interpretação. Atualmente, embora a jurisprudência já esteja consolidada sobre a matéria, ao menos quanto a sua legitimidade para tal, há ainda muita discussão doutrinária principalmente no que tange aos limites dessa atuação.

Este trabalho propõe-se justamente tratar dos limites constitucionais ao poder

investigatório do Ministério Público, cumprindo ressaltar que a sua escolha temática decorreu da polêmica existente no STF com origem no RE 593727.

O tema tem relevância, pois a despeito da rejeição da PEC 37, o que se consolidou foi tão somente a concepção de que não cabe à Polícia o monopólio das investigações.

Não basta, porém, reconhecer a legitimidade do Ministério Público para proceder à investigação criminal preliminar, mas há de se esclarecer em quais hipóteses e em que limite se pode dar essa atuação.

Há também que subsidiar os membros do *parquet* com as técnicas investigativas adequadas à maior eficácia das investigações.

Assim, busca-se aqui analisar a permissão constitucional da atuação do Ministério Público no âmbito da investigação criminal e verificar os limites dessa atuação para evitar cometimento de abusos e o afastamento do devido processo legal.

1 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O MINISTÉRIO PÚBLICO

1.1 Contexto Histórico da Ascensão do Ministério Público à Instituição Constitucional Permanente e Autônoma

A Lei 7.347/85, ao instituir o inquérito civil e a ação civil pública, foi um marco de existência institucional do Ministério Público, iniciando o processo de transformação do promotor de Justiça em agente político, o que se consolidou com a Carta Constitucional de 1988.

Ao escrever sobre o tema, o professor José Afonso da Silva narra a tramitação do Anteprojeto da Subcomissão da Organização do Poder Judiciário e do Ministério Público, que teve como relatores o deputado Plínio de Arruda Sampaio e o ministro Sepúlveda Pertence. Aprovado pela Subcomissão em 25 de maio de 1987, já continha tudo quanto veio a ser aprovado na Constituição de 1988, e nele não se atribuía, em momento algum, nenhum poder de investigação direta ao Ministério Público, e sim a função de promover privativamente a ação penal pública e o inquérito civil para instruir a ação civil pública, bem como o poder de requisitar atos investigatórios e o controle externo da Polícia Judiciária.

No Anteprojeto da Comissão de Organização dos Poderes e Sistemas de Governo, cujo relator foi o deputado constituinte Egídio Ferreira Lima, o art. 137, inciso V, incluía entre as funções institucionais do Ministério Público a competência para exercer a supervisão da investigação criminal, a faculdade de promover ou requisitar à autoridade competente a instauração de inquéritos necessários às ações públicas que lhe incumbem, podendo avocá-los para suprir omissões. Todavia, no primeiro substitutivo, essas normas foram alteradas, excluindo-se a possibilidade de promover a instauração de inquéritos necessários às ações públicas e a possibilidade de avocá-los para suprir omissões, passando a ter o texto do substitutivo o seguinte teor:

Art. 180. São funções institucionais do Ministério Público, na área de atuação de cada um de seus órgãos:
VI – requisitar a instauração do inquérito policial, determinar diligências investigatórias podendo supervisionar a investigação criminal e promover o inquérito civil.

No segundo substitutivo do relator Bernardo Cabral, houve nova transformação: passou a não constar mais a faculdade de supervisionar a investigação criminal e promover o inquérito civil, a qual foi deslocada para outro dispositivo conectado com a ação civil pública (ARTIGO 151, III).

A função de requisitar a instauração do inquérito policial e determinar diligências investigatórias deixa de ser direta e passa a ser indireta e não imperativa a teor do § 40 do art. 151: “serão sempre fundamentadas as promoções e as cotas dos membros do Ministério Público, inclusive para requisitar diligências investigatórias e instauração de inquérito policial”.

Desse modo, foi aprovado o projeto de Constituição A para ser submetido ao plenário em primeiro turno, quando surgiu o substitutivo do “Centrão”, que sugeriu diversas reduções nas funções institucionais do Ministério Público. Após um acordo de lideranças, por meio do qual se fundiram diversas emendas, surgiu uma nova redação do § 4.º do art. 151, restabelecendo a competência direta para requisitar diligências investigatórias e instauração de inquérito policial. Entretanto, nada se falou sobre a investigação direta pelo MP. O objetivo na ocasião era um MP independente do Executivo, além de ter a atribuição de defender a sociedade como um todo, o índio, a natureza, o consumidor. Assim, foram-lhe conferidas novas competências no âmbito do ilícito civil. Era o projeto de Constituição B que, depois de ter sido submetido ao plenário, passou a ser o projeto de Constituição C, destinado à redação final, mantido no projeto de Constituição D, com a transposição do conteúdo do § 4.º do então art. 158 para o inciso VIII do mesmo artigo, que vieram finalmente constituir os arts. 127 a 130 da Constituição Federal.

O art. 129 da Constituição Federal, que trata especificamente das funções do Ministério Público, é marcado pelo verbo promover, conforme destaca Fábio Conder Comparato:

Ora, no estado contemporâneo, o Ministério Público exerce, de certo modo, a atribuição constitucional que lhe foi dada de impugnar em juízo os atos dos demais Poderes, contrários à ordem jurídica e ao regime democrático. A isto acresce ainda a nova atribuição de promover a realização dos objetivos fundamentais do Estado, expresso no art. 3.º da Constituição, pela defesa dos interesses individuais e sociais indisponíveis, consubstanciados no conjunto dos direitos humanos. A conjugação de ambas as atribuições, a

impediente e a promocional, faz do Ministério Público um órgão eminentemente ativo, que não pode nunca recolher-se a uma posição neutra ou indiferente, diante da violação dos direitos fundamentais, mormente quando esta é perpetrada pelos Poderes Públicos.¹

No âmbito penal, a Carta de 88 abriu espaço para uma atuação efetiva do Ministério Público na área da investigação criminal como corolário da privatividade constitucional na promoção da ação penal

1.2 O Processo Penal como Instrumento de Garantia dos Direitos Fundamentais

O direito exerce a função de ordenar a sociedade coordenando os interesses que nela se manifestam, e o processo penal especificamente é instrumento de realização do projeto democrático garantindo a máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais, principalmente no que diz respeito à liberdade individual² Segundo Ferrajoli, o direito existe para tutelar os direitos fundamentais, e, com base em tal afirmação, surgiu a teoria do garantismo penal fundamentando-se nos mesmos valores que inspiraram o Iluminismo de Locke e Wolf.

O garantismo penal foi conceituado por Norberto Bobbio como

[...] modelo ideal do Estado de Direito, entendido não apenas como Estado Liberal, protetor dos direitos e liberdades, mas como Estado Social chamado a proteger também os direitos sociais; [...] uma teoria do direito que propõe um juspositivismo crítico, contraposto ao juspositivismo dogmático; e [...] como 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 capacidade de se renovar sem recorrer à violência subversiva³.

O discurso garantista surgiu com a finalidade de criticar o direito penal e o processo penal nas décadas de 60/70 dentro do movimento do uso alternativo do

¹ apud FARIAS, Cristiano Chaves. **Temas atuais do Ministério Público**. 2012.

² LOPES JR., Aury. **A investigação Preliminar no Processo Penal**. 2013, p. 43.

³ BOBBIO, 2002 apud CALABRICH, 2008, p. 137-138.

direito da Magistratura Italiana. O garantismo, de Ferrajoli, propunha a desconstrução do discurso falsamente humanista ante a evidente falência do sistema prisional, devolvendo-se a questão à esfera política.⁴

Ferrajoli, na obra *Direito e Razão*, Teoria do Garantismo Penal⁵ propôs um esquema epistemológico que visava assegurar o máximo grau de confiabilidade do juízo limitando o poder punitivo quando da identificação do desvio penal como forma de tutela contra o arbítrio.

Segundo Ferrajoli, os elementos constitutivos da epistemologia garantista eram os seguintes:

1 — Definição legislativa como definição abstrata do que é punível. Não significa o que é imoral, anormal ou socialmente lesivo, mas aquilo que é formalmente descrito e indicado pela lei como pressuposto necessário para aplicação da pena. Princípio da reserva legal e da submissão do juiz à lei.

2 — Comprovação jurisdicional do desvio punível. Princípio da estrita jurisdicionalidade. Processo de comprovação do fato configurado na lei como delito consistente num procedimento probatório do tipo indutivo que tanto quanto possível exclui valorações, admitindo somente ou ao menos preferencialmente afirmações e negações. O desvio penal precisa ser regulado, e não constituído.

É essencial, segundo o mestre, que o legislador disponha ao máximo para que ao juiz seja deixado o exame das provas, e não a valoração do ato, como no caso dos tipos “ato obsceno” e “desacato”.

Para tanto, formulou os dez axiomas do Garantismo Penal, a saber: A1– *Nulla poena sine crimine*; A2 – *Nullum crimen sine lege*; A3 – *Nulla Lex sine necessitate*; A4 – *Nulla necessitas sine injuria*; A5 – *Nulla injuria sine actione*; A6 – *Nulla actio sine culpa*; A7 – *Nulla culpa sine iudicio*; A8 – *Nullum iudicium sine accusatione*; A9 – *Nulla accusatione sine probatione*; A10 – *Nulla probatio sine defensione*.

Esses axiomas constituem, respectivamente, os princípios da refutabilidade,

⁴ CALABRICH, Bruno. *Investigação Criminal pelo Ministério Público, fundamentos e limites constitucionais*. 2008, p. 139.

⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão, Teoria do Garantismo Penal*. 2006.

da legalidade, economia do Direito penal; lesividade,⁶ materialidade, culpabilidade ou responsabilidade pessoal, jurisdicionalidade, princípio acusatório, princípio do ônus da prova e do contraditório.

Todos são considerados, numa definição filosófica de *axioma*, como uma proposição eminente, autêntica e indispensável, base de uma demonstração, mas não demonstrável por si só, oriunda de acordo com a doutrina racionalista, de fundamentos inerentes da consciência ou, de acordo com os empiristas, de desenvolvimento da análise empírica.

Esmiuçando o Garantismo, Bruno Calabrich leciona:

Numa acepção minimamente sintética do garantismo, pode-se dizer que a teoria representa uma radical mudança de foco: o direito e o processo penal, que tendem a ser vistos como os ramos do direito que tem como objetivo a aplicação da sanção a quem cometeu um ilícito penal (ou em termos ainda mais genéricos, a 'condenação dos culpados') devem, inversamente, ser compreendidos como os ramos do direito que tem como objetivo evitar a aplicação de uma sanção a quem não cometeu um ilícito penal (ou a 'absolvição dos inocentes') e, mesmo quando pertinente o sancionamento, que seja este aplicado em rigorosa obediência aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo. Em poucas linhas, o direito e o processo penal, assim, não devem ser os ramos do direito simplesmente de 'punição dos criminosos' mas de 'justa punição dos culpados' e à 'absolvição dos inocentes'. Os princípios que norteiam o direito penal, em especial o da legalidade estrita (ou da tipicidade), devem assegurar ao indivíduo que não sofrerá nenhuma espécie de sancionamento senão quando incidir em qualquer uma das normas incriminadoras (tipos) previstas, após cientificada de sua responsabilidade e delimitada a pena correspondente ao cabo de um processo regular. E os princípios que norteiam o processo penal devem assegurar ao indivíduo que, em qualquer hipótese, a investigação de uma conduta por ele supostamente praticada e o processo penal ao qual eventualmente seja submetido sejam promovidos com absoluto respeito a seus direitos fundamentais também dentro, portanto, da estrita legalidade (*due process of law*).

Não se trata de puro e simples legalismo ou formalismo, mas da tutela de direitos fundamentais que representam valores que constituem a base do Estado de Direito e da Democracia. E ao juiz é dada a função de garantidor da efetividade da proteção dos direitos fundamentais.

⁶ Disponível em: <<http://www.dicio.com.br/axioma/>>.

E como se opera essa função?

A despeito de o juiz permanecer distanciado da instrução probatória, haja vista estar dentro do modelo acusatório, isso não significa que ele esteja inerte, devendo agir sempre que solicitado para corrigir abusos ou ilegalidades de que tiver conhecimento.

A proteção dos direitos e garantias individuais pelo juiz pode ocorrer tanto por controle posterior, quando avalia os atos da investigação, como previamente, quando são necessários provimentos jurisdicionais após a provocação do interessado, visto que alguns atos dependem de decisão judicial, como ocorre com as chamadas “cláusulas de reserva jurisdicional”, conforme expressamente previsto na Constituição Federal: entrada em domicílio (art. 5.º, IX), interceptação telefônica (art. 5.º, XII), prisões e medidas cautelares em geral (art. 5.º, XXXV).

Esses aspectos tratados até então traduzem a feição do chamado Garantismo Negativo destinado a proteger os direitos fundamentais de primeira geração, dimensão da ação estatal abusiva.

Entretanto, tanta preocupação com o investigado/acusado acabou gerando inconformismo em certa parte da doutrina, ao argumento de que não se poderia perder de vista a figura da vítima e a própria proteção da sociedade. Daí defender na atualidade o chamado Garantismo Penal Integral, numa tentativa de harmonização dos direitos fundamentais do agente, sujeito à ação estatal com aqueles inerentes ao próprio corpo social.

Do ponto de vista do Garantismo Penal Integral, a investigação criminal tem que ser eficiente tanto no que acode ao respeito aos direitos e garantias fundamentais do investigado como no justo sancionamento dos responsáveis pela prática do ilícito penal⁷ Decerto não poderia ocorrer de forma diversa porque também no princípio da proporcionalidade está embutida a ideia tanto de vedação ao excesso quanto de vedação de insuficiência no sentido de que o Estado deve agir eficazmente para proteger os direitos fundamentais, inclusive os de segurança.

⁷ CALABRICH, Bruno. **Garantismo Penal Integral**. 2006, p. 602.

1.3 A Interpretação da Constituição e a Intencionalidade das Normas Constitucionais

Uma constituição não é apenas semântica, há de ser interpretada para que se extraia do preceito legal a norma. Da associação do texto ao fato real é que o intérprete produz a norma, ou seja, esta deve emergir de uma realidade e pode mudar de acordo com o desenvolvimento e alteração dessa realidade.

Segundo Paulo Gustavo Gonet Branco, para a compreensão do texto normativo, faz-se uso da interpretação gramatical, buscando-se os sentidos das palavras; da interpretação sistemática, visando a sua compreensão no contexto amplo do ordenamento constitucional; da interpretação teleológica, com que se intenta desvendar o sentido do preceito tomando em conta sua finalidade determinante e seus princípios de valor.⁸

A interpretação também pode ser feita por meio da análise do processo histórico de criação da norma, ou seja, de todos os trabalhos e debates que antecederam e originaram a norma. Não para se extrair a vontade do legislador para se chegar à norma, mas para se extrair o plexo de valores que foram incorporados no texto pela conjugação de vontades constituintes, culturalmente constituídas em função dos valores acolhidos.

Os grandes problemas de interpretação do texto constitucional ocorrem quando se verificam ambiguidades, ou seja, quando uma mesma palavra pode ter significados diferentes, quando ocorrem as lacunas, que podem acontecer propositalmente quando o constituinte deixa para que o legislador ordinário o faça (conforme as peculiaridades do momento sem a rigidez do texto constitucional) ou quando, a despeito de tratar da matéria minuciosamente, apenas em um determinado tópico é omissa, podendo o intérprete concluir que não se quis dar àquela hipótese a mesma consequência daquelas similares que tratou minuciosamente. A tal situação dá-se o nome de “silêncio eloquente”, que obsta conscientemente a extensão da norma a uma determinada hipótese, ou ainda pode haver “lacuna de formulação”, que consiste em um lapso do constituinte sem a

⁸ STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*. 1987, p. 283.

intenção de excluir determinados fatos da incidência da norma, o que se apura examinando as circunstâncias normativas por meio de uma compreensão sistemática.⁹

1.4 Teoria dos Poderes Implícitos

A Teoria dos poderes implícitos surgiu nos Estados Unidos em 1819, no julgamento *McCulloch vs Maryland* através da posição adotada pelo Presidente da Suprema Corte, John Marshall segundo a qual nas Constituições encontramos as regras gerais norteadoras dos poderes e órgãos constituídos, devendo eles se utilizarem dos meios necessários para cumprirem o seu *munus*. Se Constituição lhes atribui determinados poderes e misteres também lhes repassa poderes considerados necessários a atingir a sua finalidade. O próprio interesse público exige a facilitação no exercício dos poderes conferidos pela Constituição.

Referida teoria também já havia sido invocada pela doutrina Francesa no sec. XIX para justificar a possibilidade de o Ministério Público realizar sua investigação criminal fora dos casos que ele já detinha a legitimidade, tendo sido tal proposição acolhida pela jurisprudência.¹⁰

No Brasil a teoria dos poderes implícitos tem sido utilizada por muitos doutrinadores para justificar a legitimidade do Ministério Público para investigação criminal, uma vez que, sendo ele titular absoluto da propositura da Ação Penal Pública e cabendo a ele controle externo da polícia judiciária e de suas atividades, bem como a requisição de diligências que entender necessárias, “quem pode mais, pode menos”.

Nesse sentido, a teoria dos poderes implícitos protagonizou um dos fundamentos do voto do ministro Celso de Mello no Habeas Corpus n.º 89.837, a sustentar a legitimidade do Ministério Público para investigação criminal:

⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 2011, p. 101.

¹⁰ ANDRADE, Mauro Fonseca. **Ministério Público e sua Investigação Criminal**. 2008.

Com a reconstrução da ordem constitucional, emergiu o Ministério Público sob o signo da legitimidade democrática. Ampliaram-lhes 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 tratamento dispensado ao Ministério Público pela nova Constituição confere-lhe, no plano da organização estatal, e, notadamente, no âmbito da persecução penal, quando instaurada em sua fase pré-processual, uma posição de inegável eminência, na medida em que se lhe atribuem funções institucionais de magnitude irrecusável, dentre as quais avultam as de 'promover privativamente a ação penal pública, na forma da lei' (art. 129, I), bem assim a de exercer outras funções que lhe foram conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas. (art. 129, IX).

A Constituição da República conferiu, assim, uma posição de inquestionável importância ao Ministério Público. Deferiu-lhe, em consequência, os meios necessários à plena realização de suas finalidades jurídicas institucionais, autorizando-o, no exercício de suas atribuições, dentre outras providências, a receber notícias de irregularidades, petições ou reclamações de qualquer natureza, promover as apurações cabíveis que lhe sejam próprias e dar-lhes as soluções adequadas [...] (Lei n.º 8.625/93, art. 27, parágrafo único, n.º 10 competindo-lhe, ainda, dentro desse mesmo contexto, 'realizar [...] diligências investigatórias...' (LC n.º 75/93, art. 8.º, V)

Daí a correta observação feita pelo eminente ministro NERI DA SILVEIRA, quando, na condição de Relator da ADI 1.571 – MC/DF, assinalou, em seu douto voto, que, '[...] para promover a ação penal pública, 'ut' art 129, I, da lei Magna da República, pode o MP proceder às averiguações cabíveis, requisitando informações e documentos a instruir seus procedimentos administrativos preparatórios da ação penal (CF, art. 129, VI), requisitando também diligências investigatórias e instauração de inquérito policial (CF, 129, VIII) o que, à evidência, não se poderia obstar por norma legal [...]

Entendo, por isso mesmo, que o poder de investigar, em sede penal, também compõe o complexo de funções institucionais do Ministério Público, pois esse poder se acha instrumentalmente vocacionado a tornar efetivo o exercício, por essa Instituição, das múltiplas e relevantes competências que lhe foram diretamente outorgadas, em norma expressa, pelo próprio texto da Constituição da República. Isso Significa que a outorga de poderes explícitos, ao Ministério Público, tais como aqueles enunciados no art. 129, incisos I, VI, VII, VIII e IX, da Lei Fundamental da República, supõe que se reconheça, ainda que por implicitude, aos membros desta instituição a titularidade dos meios destinados a viabilizar a adoção de medidas vocacionadas a conferir real efetividade às suas atribuições, permitindo, assim, que se confira efetividade aos fins constitucionalmente reconhecidos pelo Ministério Público.

Impende considerar, no ponto, em ordem a legitimar esse entendimento, a formulação que se fez em torno dos poderes implícitos (Carlos Maximiliano, 'Hermenêutica e Aplicação do Direito, p. 312, item n. XI, 18. ed., 199, Forense, v.g), cuja doutrina – construída pela Suprema Corte Americana, no célebre caso 'MCCULLOCH v. MARYLAND' (1819) enfatiza que a outorga de

competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos.

Há que se registrar, ante a sua extrema pertinência, o autorizado magistério de MARCELO CAETANO ('Direito Constitucional', vol. II/12-13, item 9, 1978, Forense), cuja observação, no tema referindo-se aos processos de hermenêutica constitucional, assinala que, "em relação aos poderes dos órgãos ou das pessoas físicas ou jurídicas, admite-se, por exemplo, a interpretação extensiva, sobretudo pela determinação dos poderes que estejam implícitos noutros expressamente atribuídos.

Essa Suprema Corte, ao exercer o seu poder de indagação constitucional – consoante adverte CASTRO NUNES ('Teoria e Prática do Poder Judiciário', p. 641/650, 1943, Forense) – deve ter presente, sempre, essa técnica lógico-racional, fundada na teoria jurídica dos poderes implícitos, para assim, conferir eficácia real ao conteúdo e ao exercício de dada competência constitucional, como a de que ora se cuida, consideradas as atribuições do Ministério Público, tais como expressamente relacionadas no art. 129 da Constituição da República.

No mesmo voto, o ministro Celso de Mello traz a lição de Rui Barbosa sobre a matéria ora examinada:

Não são as Constituições enumerações das faculdades atribuídas aos poderes dos Estados. Traçam elas uma figura geral do regime, dos seus caracteres capitais, enumeram as atribuições principais de cada ramo da soberania nacional e deixam à interpretação e ao critério de cada um dos poderes constituídos, no uso dessas funções, a escolha dos meios e instrumentos com que os tem de exercer a cada atribuição conferida.

A cada um dos órgãos da soberania nacional do nosso regime, corresponde, implicitamente, mas inegavelmente, o direito ao uso dos meios necessários, dos instrumentos convenientes ao bom desempenho da missão que lhe é conferida.

[...]

Nos Estados Unidos é, desde Marshall, que essa verdade se afirma, não só para o nosso regime, mas para todos os regimes. Essa verdade, fundada pelo bom senso é a de que – em se querendo os fins, se hão de querer necessariamente, os meios; a de que se conferimos a uma autoridade uma função, implicitamente lhe conferimos. Implicitamente, os meios eficazes para exercer essas funções.

[...]

Quer dizer (princípio indiscutível) que, uma vez conferida uma atribuição, nela se consideram envolvidos todos os meios necessários para a sua execução regular. Este o princípio; esta a regra.

[...]

Trata-se, portanto, de uma verdade que se estriba ao mesmo tempo em dois fundamentos inabaláveis, fundamento da razão, do senso universal, da verdade evidente em toda parte – princípio de que a

concessão dos fins importa em concessão dos meios.

[...]

A questão, portanto, é saber da legitimidade quanto ao fim que se tem na mira. Verificada a legitimidade deste fim, todos os meios que forem apropriados a ele, todos meios que a ele forem claramente adaptáveis, todos os meios que não forem proibidos pela Constituição, implicitamente se têm concedido ao uso da autoridade a quem se conferiu o poder.¹¹

Destarte, a Teoria dos Poderes Implícitos revela que “a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos.”¹² Nessa esteira, Sergio Demoro Hamilton, ao analisar os poderes do Ministério Público elencados no artigo 129, I e VIII, da Constituição Federal, assim afirma:

[...] de nada valeriam tais poderes, caso o Ministério Público não pudesse, promover de forma autônoma a investigação necessária quando a Polícia não se apresente capaz – não importa a razão – de obter dados indispensáveis para o exercício de dever afeto à Instituição. [...] Na verdade, como de fácil compreensão, a Constituição Federal, ao conferir ao Ministério Público a faculdade de requisitar e de notificar (art. 129, VI), defere-lhe, o poder de investigar, no qual aquelas atribuições se subsumem.¹³

Há quem confira aos poderes implícitos o *status* de Princípio Basilar de Hermenêutica Constitucional, todavia pouco se fala de sua “controlabilidade”, isto é, do uso de mecanismos capazes de assegurar margens mínimas de objetividade e racionalidade na sua concretização, notadamente à luz da razoabilidade e da proporcionalidade. Afinal, seria razoável e, sobretudo, proporcional a atuação investigatória do MP em toda e qualquer infração penal? Ou esse protagonismo/ativismo ministerial encontraria balizas nos desdobramentos da proporcionalidade, a saber: adequação, necessidade (vedação do excesso), necessidade (vedação da insuficiência), proporcionalidade em sentido estrito (ponderação)?

¹¹ PIRES, Homero. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. 1932, p. 203-225.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n.º 87.610/SC**, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 27/10/2009, DJ 04-12-2009, p. 387. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com/jurisprudencia/5847935/habeas-corpus-hc-87610-sc>>. Acesso em: 9 jul. 2013.

¹³ HAMILTON, Sergio Demoro. **Temas de Processo Penal**. 2000, p. 215.

Em outras palavras, parece-me que, diante dos riscos e inconvenientes gerados pela superposição de órgãos na fase investigatória da persecução penal, algumas indagações não podem passar despercebidas: o meio escolhido é adequado para atingir a sua finalidade (adequação); o meio escolhido é o mais suave e ao mesmo tempo suficiente par proteger a norma constitucional (necessidade); numa relação de “peso e importância”, a medida trará mais benefícios do que prejuízos (proporcionalidade em sentido estrito).

Não existe aqui nenhuma irregularidade na incidência do “princípio” (*rectius*: máxima) da proporcionalidade, porque ele, embora utilizado ordinariamente para aferir legitimidade de restrições de direitos, também pode ser aplicado para se aquilatar o equilíbrio na concessão dos poderes, privilégios ou benefícios, como se pode extrair da obra de Inocêncio Mártires Coelho.¹⁴

¹⁴ COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. 1997, p. 109.

2 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

2.1 Sistemas Inquisitivo, Acusatório e Misto

Sistemas Processuais Penais são, segundo Paulo Rangel, um “conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do Direito Penal ao caso concreto”.¹⁵

No direito comparado podem ser encontrados três sistemas processuais, a saber: inquisitivo, acusatório e misto.

No sistema inquisitivo estão reunidas, na pessoa do Juiz, as funções de acusar, defender e julgar, não há contraditório nem existe ampla defesa. É regido pelo sigilo e utiliza a tarifação das provas, que são geridas pelo juiz.

No sistema acusatório, próprio dos Estados democráticos, as funções de acusar, defender e julgar ficam a cargo de pessoas distintas¹⁶, ficando assegurados

¹⁵ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 2010, p. 49.

¹⁶ ¹⁶ BRASIL. Ementa: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA. REQUISIÇÃO DE INDICIAMENTO PELO MAGISTRADO APÓS O RECEBIMENTO DENÚNCIA. MEDIDA INCOMPATÍVEL COM O SISTEMA ACUSATÓRIO IMPOSTO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. INTELIGÊNCIA DA LEI 12.830/2013. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. SUPERAÇÃO DO ÓBICE CONSTANTE NA SÚMULA 691. ORDEM CONCEDIDA. 1. Sendo o ato de indiciamento de atribuição exclusiva da autoridade policial, não existe fundamento jurídico que autorize o magistrado, após receber a denúncia, requisitar ao Delegado de Polícia o indiciamento de determinada pessoa. A rigor, requisição dessa natureza é incompatível com o sistema acusatório, que impõe a separação orgânica das funções concernentes à persecução penal, de modo a impedir que o juiz adote qualquer postura inerente à função investigatória. Doutrina. Lei 12.830/2013. 2. Ordem concedida. (STF - HC: 115015 SP, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 27/08/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-179 DIVULG 11-09-2013 PUBLIC 12-09-2013).

BRASIL. HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. MAGISTRADO. ATUAÇÃO NA FASE INVESTIGATÓRIA. IMPEDIMENTO PARA ATUAR EM QUALQUER AÇÃO PENAL DECORRENTE DESSA INVESTIGAÇÃO. REALIZAÇÃO DE ATOS INVESTIGATÓRIOS PELO JUIZ. REQUISIÇÃO DE INSTAURAÇÃO DE AUDITORIA. ILEGALIDADE. AFRONTA AO SISTEMA ACUSATÓRIO. NATUREZA OBJETIVA DA NULIDADE. ART. 580 DO CPP. EXTENSÃO AOS CORRÉUS. 1. O impedimento do magistrado decorrente de sua ativa participação na fase investigatória, inclusive com a realização de interrogatórios e requisição de realização de auditoria no âmbito da Receita Federal, tem natureza objetiva e veda sua atuação em qualquer ação penal que tenha origem nesse procedimento. 2. Hipótese em que esta Corte, no RHC n. 23.945/RJ e no HC n.122.059/RJ, advindos de ação penal cujo procedimento investigatório também deu origem à ação penal ora impugnada, afirmou o impedimento de juiz federal, bem como declarou ilícitas as provas decorrentes da sua atuação direta na fase investigatória. 3. Não cabia ao juiz, *sponte propria*, no âmbito de medida cautelar ajuizada para obtenção de autorização de monitoramento telefônico, expedir ofício requisitando à autoridade administrativa a instauração de auditoria para apuração da

ao acusado o contraditório e a ampla defesa. As provas são de responsabilidade das partes, sendo vedado ao juiz substituí-las em busca de provar os fatos articulados, mas não trazidos aos autos.

Helilo Tornaghi distingue o sistema acusatório e o inquisitivo de forma precisa:

O que distingue a forma acusatória da inquisitória é o seguinte: na primeira, as três funções de acusar, defender e julgar estão atribuídas a três órgãos diferentes: acusador, defensor e juiz; na segunda, as três funções estão confiadas ao mesmo órgão. O inquisitor deve proceder espontaneamente e suprir as necessidades da defesa. O réu é tratado como objeto do processo e não como sujeito, isto é como pessoa titular do direito de defesa; nada pode exigir (Instituições, vol. II, São Paulo, Saraiva, 2ed. p. 1-2)¹⁷

Joaquim Canuto Mendes de Almeida, por sua vez, leciona:

O poder inquisitório do Juiz é ainda mais amplo quando às partes é dado requerer a instauração do procedimento, definitivo ou preliminar. Permanece quando lhes é possível instruir o juízo por meio de alegações e produções de meios de prova. Restringe-se quando o juiz é obrigado a atender a tais pedidos de produção de provas por outro motivo que não seja a demonstração da existência do crime e da autoria; ou quando o juiz é obrigado a instaurar procedimento sempre que requerido pelo autor. Diminui, ainda mais, quando o juiz não pode ter iniciativa para proceder; e anula-se definitivamente, se o juiz não pode senão julgar segundo o alegado e provado pelas partes. Esse é o tipo processual acusatório puro (Almeida, Joaquim Canuto Mendes de. Processo Penal, Ação e Jurisdição, São Paulo, RT, 1975, p. 120)¹⁸

ocorrência dos ilícitos investigados. 4. Afronta ao sistema acusatório caracterizada. 5. Diante da natureza objetiva do impedimento e do fato gerador da ilegalidade das provas produzidas pelo magistrado na fase investigatória, os efeitos da declaração de nulidade devem ser estendidos aos demais corréus, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal. 6. Ordem concedida para reconhecer o impedimento do Juiz Federal Lafredo Lisbôa Vieira Lopes e, em consequência, anular a Ação Penal n. 2007.51.01.806888-5, em trâmite na 3ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, desde o oferecimento da denúncia, bem como para determinar o desentranhamento do Relatório n. 8 da Auditoria Correicional da Corregedoria-Geral da Receita Federal e dos demais atos investigatórios realizados pelo referido magistrado, inclusive os interrogatórios, de forma que não possam ser utilizados para embasar a nova peça acusatória, com extensão dos efeitos aos demais corréus, nos termos do art. 580 do Código de Processo Penal. (STJ - HC: 162970 RJ 2010/0029855-2, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 06/12/2011, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/03/2012).

¹⁷ Ibid, p.54.

¹⁸ Ibid, p. 54.

Finalmente, o sistema misto é aquele que abrange duas fases processuais distintas: a primeira é destituída de contraditório, publicidade e ampla defesa, quando, a comando do juiz, é feita uma investigação preliminar; a segunda assegura as garantias do processo acusatório ao acusado e termina com o julgamento.

O sistema acusatório foi acolhido pela Constituição Federal, a despeito de algumas incongruências com a legislação vigente, muitas já superadas pelo legislador ordinário e outras pela interpretação sistemática dos dispositivos legais, senão vejamos:

A lei do crime organizado (9.034/95) previa em seu art. 3.º diligências que eram realizadas pessoalmente pelo juiz.¹⁹ Tal descompasso com o sistema acusatório foi inicialmente corrigido pela Lei 11.690/08, que deu nova redação ao art. 156, II, do CPP, ao dispor que as diligências do juiz em busca da verdade deverão ocorrer no curso do processo e em benefício do réu.

Na Lei de Interceptação telefônica (Lei n.º 9.296/96), o art. 3.º, *caput*, dispõe: A interceptação das comunicações telefônicas **poderá ser determinada pelo juiz, de ofício** ou a requerimento: I – da autoridade policial, na investigação criminal; II – do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal. Neste caso, a interpretação que melhor se coaduna com o modelo contraditório é a defendida por Paulo Rangel no sentido de que o Juiz poderá determinar de ofício a interceptação telefônica durante a fase judicial.²⁰ Na fase de

¹⁹ BRASILEMATA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9034/95. LEI COMPLEMENTAR 105/01. SUPERVENIENTE. HIERARQUIA SUPERIOR. REVOGAÇÃO IMPLÍCITA. AÇÃO PREJUDICADA, EM PARTE. "JUIZ DE INSTRUÇÃO". REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PESSOALMENTE. COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAR. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. OFENSA. FUNÇÕES DE INVESTIGAR E INQUIRIR. MITIGAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS POLÍCIAS FEDERAL E CIVIL. 1. Lei 9034/95. Superveniência da Lei Complementar 105/01. Revogação da disciplina contida na legislação antecedente em relação aos sigilos bancário e financeiro na apuração das ações praticadas por organizações criminosas. Ação prejudicada, quanto aos procedimentos que incidem sobre o acesso a dados, documentos e informações bancárias e financeiras. 2. Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo magistrado. Comprometimento do princípio da imparcialidade e consequente violação ao devido processo legal. 3. Funções de investigador e inquisidor. Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigo 129, I e VIII e § 2.º; e 144, § 1.º, I e IV, e § 4.º). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia. Precedentes. Ação julgada procedente, em parte. ADI 1570, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 12/02/2004, DJ 22-10-2004.

²⁰ ²⁰ BRASIL MANDADO DE SEGURANÇA. PENAL. AUSÊNCIA DE RECURSO. CABIMENTO. EXCEÇÃO. INVIOLABILIDADE DO SIGILO DAS TELECOMUNICAÇÕES. ART. 5.º, XII DA

investigação criminal, dependerá de requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público.²¹

A Lei de Economia Popular, ao trazer em seu art. 7.º a possibilidade de o juiz recorrer de ofício nos casos de absolvição ou arquivamento do inquérito, pode implicar ser o Ministério Público obrigado a propor uma ação penal no caso de procedência do recurso de ofício, o que destoa totalmente do modelo acusatório.

Nesses casos, entende Paulo Rangel que, no caso de provimento do recurso de ofício, sejam os autos encaminhados ao procurador-geral para que se manifeste nos termos do art. 28, restando assegurada a obediência ao modelo acusatório²².

O próprio CPP traz a possibilidade de o juiz requisitar a instauração do Inquérito Penal nos crimes de ação pública, requisitar diligências no Inquérito Policial, realizar pessoalmente a busca domiciliar. Tais dispositivos que aparentemente vão de encontro ao modelo acusatório devem ser interpretados de forma coerente e harmoniosa, adotando-se o princípio da interpretação conforme a Constituição²³.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. REGULAMENTAÇÃO. LEI Nº 9.296/96. INOBSERVÂNCIA. 1. Não obstante as restrições que a C. Primeira Seção vem opondo quanto ao cabimento de mandado de segurança, principalmente no que tange à matéria penal, dados os efeitos, a natureza e a gravidade dos fatos relatados pelo órgão impetrante, é cabível a presente impetração, nos moldes do art. 5º, LXIX da Constituição Federal, eis que ausente outra forma de impugnação. 2. A ordem atacada foi emanada no bojo de pedido genérico formulado pela autoridade policial, em clara ofensa à Lei nº 9.296/96, sendo o que o pedido não foi formulado em sede de inquérito ou ação penal específica, onde tenha sido minimamente delineada a eventual conduta delitiva de eventuais investigados e, ainda, quais seriam estes, nos moldes disciplinados pela regra legal. 3. Ausência de observância pela decisão impugnada de que a norma estabelece que a ordem de interceptação deva ser de, no máximo, 15 dias, sendo cientificado o Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização. 4. Concessão da segurança para reconhecer a ilegalidade da decisão proferida no procedimento nº 2006.60.00.000552-7, revogando-a, bem como seus efeitos, no que toca à determinação às empresas de telefonia ali mencionadas. (TRF-3 - MS: 32155 MS 0032155-56.2008.4.03.0000, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO, Data de Julgamento: 21/02/2013, PRIMEIRA SEÇÃO).

²¹ Ibid. p. 60.

²² Ibid. p.171-172.

²³ BRASIL. PROCESSO PENAL. CRIME DE AÇÃO PÚBLICA. REQUISIÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL PELA AUTORIDADE JUDICIÁRIA. ADMISSIBILIDADE. PREVENÇÃO. INEXISTÊNCIA. 1. Segundo o art. 40 do Código de Processo Penal, o Juiz pode requisitar a instauração de inquérito policial quando houver, em autos ou papéis de que conhecer, elementos indicativos da existência de crime de ação pública. Não obstante, essa providência não induz à prevenção, ressalvada a hipótese de conexão. No caso, o inquérito policial instaurado por requisição judicial não enseja a conexão com a ação em tramitação, de modo que resta a livre distribuição do procedimento investigatório. 2. Não há falar em nulidade do ato de requisição de instauração do inquérito policial nem das diligências determinadas pelo Juiz, à míngua de indicação concreta de prejuízo. No campo probatório, a nulidade

2.2 O Poder Investigatório do Ministério Público e o Sistema Acusatório Agasalhado pela Constituição de 1988

O processo penal brasileiro, assim como o processo civil, é regido pelo princípio da ação ou da demanda, e o sistema acusatório adotado significa um processo de partes em que acusador e acusado se encontram em pé de igualdade.

A estrutura do modelo acusatório está baseada no modelo *Actus trium personarum*. A separação das atividades processuais, a exigir uma atuação equidistante das partes, veda que se possa delegar a uma dessas partes a comistão de funções, o que, em última instância, comprometeria a capacidade autocrítica dos sujeitos processuais²⁴.

No modelo acusatório, além de deduzir em juízo sua pretensão, o legitimado deve produzir todas as provas que demonstrem a procedência da imputação. Ao juiz é dado permanecer inerte, todavia, sem se transformar em modelo inquisitório, pode excepcionalmente produzir provas sobre pontos relevantes ainda não totalmente esclarecidos que interessem à defesa. Tal permissivo se justifica como meio para assegurar ao acusado proteção contra o arbítrio ou a procedência de uma acusação que, com a referida prova, seria totalmente improcedente.

Em decorrência do princípio acusatório, parece evidente que a investigação deve harmonizar-se com a estratégia de elucidação firmada com o Ministério Público.

A titularidade da Ação Penal implica a atribuição do ônus da imputação e do

demandaria aprofundado exame de prova, incompatível com o habeas corpus. No que se refere à legalidade, sob o fundamento de ter sido violado o sistema acusatório, é de se ter presente que a futura ação penal, caso instaurada, seria apreciada por Juiz não vinculado à produção da prova na fase investigativa, não obstante o ordenamento constitucional estabeleça, quanto à decretação da quebra do sigilo telefônico, a intervenção judicial para o seu deferimento, posto que na fase inquisitorial. 3. Preliminar de nulidade rejeitada. Ordem concedida. (TRF-3 - HC: 29678 SP 2009.03.00.029678-9, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW, Data de Julgamento: 09/11/2009, QUINTA TURMA).

²⁴ LOPES JR., Aury. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 2013, p. 61-62.

ônus probatório ao Ministério Público.²⁵

Segundo Sepúlveda Pertence, o Ministério Público é árbitro exclusivo do curso do Inquérito Policial, da base empírica necessária ao oferecimento da denúncia.²⁶

Finalmente, ainda na análise do modelo acusatório escolhido pelo nosso legislador constitucional, é necessário ressaltar que, para o modelo acusatório, o princípio da não derrogação da jurisdição junto com o princípio da obrigatoriedade da Ação Penal não importa em que a todo crime deva ser cominada uma pena, eis que o papel do Direito Penal e do Processo Penal não pode ser de extirpar todos os crimes da terra, que, segundo Ferrajoli na obra citada, leva à idolatria do temor na ciência penal.

A discricionariedade da Ação Penal não é requisito indispensável do sistema acusatório. Observa-se da evolução histórica que a obrigatoriedade decorre da afirmação do caráter público do Direito Penal e ela foi totalmente discricionária, enquanto iniciativa da ação penal era da parte ofendida.

Assim, pode comportar tanto a obrigatoriedade da Ação Penal por parte do acusador público, caso a ação penal esteja prevista como exclusiva como a Ação Penal Voluntária.

A investigação criminal não visa comprovar o delito, mas ter requisitos mínimos de plausibilidade para a persecução penal. Segundo Carnelutti, a investigação não se faz para comprovar o delito, mas para excluir uma “imputação aventurada.”²⁷

A comprovação, propriamente dita se dá na instrução processual dentro do contraditório e da ampla defesa; assim, é inevitável concluir que a investigação se destina a fornecer subsídios mínimos à acusação.

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão, Teoria do Garantismo Penal**, 2006, p. 564.

²⁶ Plenário do STF, Questão de Ordem no Inquérito n.º 1604, Rel. Sepúlveda Pertence, 13-11-2002, unam. DJ, seção I, 13 de dezembro de 2002.

²⁷ CARNELUTTI, Francesco. **Direito Processual Penal**. 2001, p. 113 apud CALABRICH, Bruno. **Garantismo Penal Integrado**. p. 96.

Já se pensou, sem nenhum rigor técnico, que o Inquérito Policial se destinava ao juiz porque, por intermédio dele, poderia o magistrado verificar se estariam ou não presentes as condições da ação, suporte que precisaria para decidir se receberia ou não a denúncia proposta pelo Ministério Público. Essa afirmação estaria tão correta como outra que se poderia fazer em resposta para que, se fosse assim, a prova colhida durante a instrução criminal (no processo penal) tivesse por simples destinatários os promotores e para que eles avaliassem, à luz dela, se iriam recorrer ou não da sentença prolatada pelo juiz da causa. Haveria absurdo maior do que essa afirmação?²⁸

Apesar de, em alguns casos, o exercício do poder de acusação do Ministério Público estar subordinado a algumas manifestações de vontade como condição de procedibilidade – representação do ofendido, autorização de alguns órgãos –, a discricionariedade não é do juiz ou do Ministério Público, mas da parte lesada, à qual foi reservado pelo ordenamento jurídico o poder de decidir.

Diante desse contexto, devido às características da investigação preliminar, há quem sustente ser o modelo brasileiro misto. Todavia, a fase preliminar representada pelo inquérito policial ou investigação preliminar não passa de um procedimento administrativo, de forma que os elementos colhidos somente se prestam para embasar a propositura da ação, nunca a condenação. Ainda assim, mesmo que se considere que, na fase pré-processual, o contraditório e a ampla defesa sejam mitigados, existem garantias que se impõe sejam observadas *ab initio*. O STJ vem decidindo reiteradamente que deve ser permitido à defesa acesso a todas as provas já documentadas no inquérito.²⁹

²⁸ BASTOS, Marcelo Lessa. **A investigação nos crimes de Ação Penal de Iniciativa Pública**: o papel do Ministério Público. Uma abordagem à luz do sistema acusatório e do garantismo. RJ: Lumem Iuris, 2004, p. 89-90 apud CALABRICH, Bruno. Garantismo Penal Integrado.

²⁹ HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO CONTRA INDEFERIMENTO DE LIMINAR NO HCORIGINÁRIO. POSTERIOR JULGAMENTO PELO TRIBUNAL A QUO. ACÓRDÃO PROLATADO. ADITAMENTO DA INICIAL. FUNDAMENTAÇÃO PERTINENTE. SÚMULA 691 DO STF. ÓBICE SUPERADO. CONHECIMENTO DO WRIT. 1. O óbice inserto na Súmula 691 do STF resta superado se o acórdão proferido no julgamento do habeas corpus, em que restou indeferida a liminar, objeto do *mandamus* ajuizado neste Superior Tribunal, contiver fundamentação que, em contraposição ao exposto na impetração, preste-se como ato coator, máxime havendo, como há nos autos, aditamento da exordial apontado a nova autoridade impetrada. INQUÉRITO POLICIAL. ACESSO INTEGRAL À DEFESA. PRERROGATIVA DO ADVOGADO. EXEGESE DA SÚMULA VINCULANTE 14/STF. DUAS DENÚNCIAS POSTERIORMENTE OFERECIDAS E RECEBIDAS. QUADRILHA E ESTELIONATO QUALIFICADO. AÇÕES PENAIS EM CURSO. PARIDADE DE ARMAS.

CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ORDEM CONCEDIDA. 1. A despeito do sigilo previsto no art. 20 do CPP, haja vista as normas constitucionais e as dispostas no Estatuto da Advocacia, ato da pessoa que tem contra si imputação delitiva é assegurado o direito à ampla defesa, que deverá ser exercida tecnicamente pelo profissional a quem confiar o respectivo múnus. 2. Ex vi do contido na Súmula Vinculante 14 do Supremo Tribunal Federal, o defensor, no interesse do representado, tem direito a 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. 3. "Se a acusação valeu-se da totalidade das gravações para pinçar, segundo seu livre arbítrio e convencimento, as partes relevantes para embasar a denúncia, também à Defesa deve ser franqueado o mesmo direito, sob pena de clara inobservância à paridade de armas, princípio norteador, juntamente com os do contraditório e da ampla defesa, do processo penal constitucional acusatório; o préstimo dos conteúdos desses mesmos elementos deve ser avaliado pela defesa da parte, não cabendo ao Juiz antecipar desvalor quanto a eles, senão após o seu cotejo com todo o elenco probatório. A proteção à intimidade, nesse caso, não abrange as circunstâncias que cercam os próprios delitos em apuração. Destaque-se que podem ser responsabilizados os acusados, civil, penal e administrativamente, pela divulgação indevida de material gravado respeitante à vida privada uns dos outros...". (HC 199.730/CE, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Quinta Turma, DJe 31/8/2011) 4. Ordem concedida para, confirmando a medida liminar, permitir que a defesa tenha acesso a todas as provas já documentadas no inquérito que originou as ações penais contra o paciente, garantindo-se, também, a reciprocidade de tratamento aos demais investigados/denunciados. (STJ, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 8/11/2011, T5 – QUINTA TURMA).

HABEAS CORPUS. PACIENTE DENUNCIADO POR FORMAÇÃO DE QUADRILHA, CONCUSSÃO, CORRUPÇÃO PASSIVA, CORRUPÇÃO ATIVA E CRIME DE LICITAÇÃO (ARTS. 288, 316, 317, CAPUT, E PARÁG. 1.º, 333 DO CPB E 92 DA LEI 8.666/93). NEGATIVA DE ACESSO A TODAS AS MÍDIAS DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS, INCLUSIVE AS REFERENTES AOS CORRÉUS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. INSUFICIÊNCIA, NO CASO, DO CONHECIMENTO DO TEOR DAS GRAVAÇÕES DO TERMINAL TELEFÔNICO DO PACIENTE, EIS QUE A DENÚNCIA CONTRA ELE ESTÁ EMBASADA EM CONVERSAS MANTIDAS PELOS OUTROS ACUSADOS. SÚMULA VINCULANTE 14/STF. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO DA ORDEM. ORDEM CONCEDIDA, CONFIRMANDO-SE A LIMINAR DEFERIDA, PARA PERMITIR O ACESSO A TODAS AS MÍDIAS GRAVADAS E DISPONIBILIZADAS NOS AUTOS, DESDE JÁ GARANTIDA A RECIPROCIDADE DE TRATAMENTO A TODOS OS ENVOLVIDOS. 1. Consoante firme orientação do colendo STF, inclusive cristalizada na Súmula Vinculante 14, é direito subjetivo 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 ampla defesa. 2. No caso em apreço, verifica-se que à defesa do paciente foi franqueado o acesso à mídia contendo os diálogos captados de sua própria linha telefônica, bem como aos autos da interceptação telefônica, com as degravações correspondentes; ocorre que, ao menos pelo que se extrai da denúncia, como a acusação contra o paciente deriva de diálogos mantidos por outros acusados, revela-se mesmo indispensável o acesso integral de toda a mídia já disponibilizada no processo, pois só assim se conhecerá todo o contexto em que foram travados os referidos diálogos, de maneira a subsidiar as estratégias defensivas. 3. Se a acusação valeu-se da totalidade das gravações para pinçar, segundo seu livre arbítrio e convencimento, as partes relevantes para embasar a denúncia, também à Defesa deve ser franqueado o mesmo direito, sob pena de clara inobservância à paridade de armas, princípio norteador, juntamente com os do contraditório e da ampla defesa, do processo penal constitucional acusatório; o préstimo dos conteúdos desses mesmos elementos deve ser avaliado pela defesa da parte, não cabendo ao Juiz antecipar desvalor quanto a eles, senão após o seu cotejo com todo o elenco probatório. 4. A proteção à intimidade, nesse caso, não abrange as circunstâncias que cercam os próprios delitos em apuração. Destaque-se que podem ser responsabilizados os acusados, civil, penal e administrativamente, pela divulgação indevida de material gravado respeitante à vida privada uns dos outros, garantindo-se, desde já, a fim de prestigiar a isonomia de tratamento entre as partes, a reciprocidade no fornecimento das cópias das mídias, se requeridas, a todos os envolvidos. 5. Parecer do MPF pela concessão da ordem. 6. Ordem concedida, confirmando-se a liminar, para permitir o acesso à defesa do paciente a todas as mídias gravadas e disponibilizadas nos autos, desde já garantida a reciprocidade de tratamento a todos os envolvidos, em consonância com o parecer ministerial. (STJ - HC: 199730 CE 2011/0050913-0, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES

3 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

3.1 Investigação Preliminar

A investigação preliminar no processo penal é operada pelo Estado e surge sempre para apurar circunstâncias ou fato aparentemente delitivo, servindo de base para propositura da ação penal ou arquivamento.

Para Lopes Jr., o processo penal pode prescindir da investigação preliminar, mas a investigação preliminar existe para o processo, ou seja, a investigação preliminar é autônoma e instrumental em relação ao processo. Pode ser considerada um *iter* entre a notícia crime e o processo.

Valorativamente, possibilita a investigação, a transição entre a mera possibilidade (notícia crime) e uma situação de verossimilitude (imputação/indiciamento) e posterior probabilidade (indícios racionais), necessária para adoção de medidas cautelares e para receber a ação penal. Finalmente, na sentença, é alcançado um juízo de certeza (para condenação) ou mantido o grau anterior de probabilidade (indícios racionais), o que não autoriza o juízo condenatório.³⁰

Na investigação preliminar, busca-se descobrir o fato oculto, ou seja, ela tem a função simbólica de reestabelecer a ordem e funciona como filtro contra acusações infundadas, pois, conforme já mencionado, é preciso ter um juízo de verossimilhança para ensejar a propositura da ação penal.³¹

Atos de investigação, segundo o art. 6.º do Código de Processo Penal, consistem em impedir que se altere o estado de conservação das coisas, apreensão de objetos que tenham relação com os fatos que estão sendo investigados, colheita de todas as provas que servirem ao esclarecimento do fato e suas circunstâncias; ouvir o ofendido; ouvir o indiciado; proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações; determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias; ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico; averiguar a vida pregressa do indiciado do ponto de vista individual,

MAIA FILHO, Data de Julgamento: 28/6/2011, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 31/8/2011).

³⁰ LOPES JR., Aury. **A investigação Preliminar no Processo Penal**. 2013, p. 98.

³¹ LOPES JR., Aury. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 2013.

familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter.

Outras medidas também podem ser tomadas durante a investigação preliminar, todavia, dado ao grau de invasão na esfera dos Direitos Fundamentais, algumas carecem da intervenção judicial, ou seja, prisões cautelares, interceptações telefônicas, quebra de sigilo fiscal e bancário.

O conteúdo dos atos de averiguação e de comprovação do procedimento preliminar é configurado pelo direito constitutivo da relação entre o Estado, detentor dos direitos de acusar e punir, e o imputado³². Logo após o recebimento da *notitia criminis*, inicia-se o trabalho de busca de evidências que podem ser diretamente relacionadas ou indiretamente relacionadas. As evidências diretamente relacionadas têm maior importância e estão ligadas à comprovação do fato delituoso; já as indiretamente relacionadas são aquelas obtidas por meio de um esforço de dedução quando se tomam vários fatos e, com um esforço de raciocínio, alcança-se uma conclusão a respeito de outro fato diretamente relacionado ao crime.

Coletadas as evidências, ainda na fase preliminar incumbe ao promotor de Justiça a seleção das evidências mais importantes e a sua análise. Se for o caso, pedir a sua complementação para se extrair uma conclusão acerca da propositura ou não da ação penal.

Bruno Calabrich (2008) conceitua a investigação preliminar como sequência de atos preliminares direta ou indiretamente voltados à produção e à colheita de elementos de convicção e outras informações relevantes acerca da materialidade e autoria de um fato criminoso.

Mais à frente esclarece que, ao conceituar investigação preliminar, faz a opção por elementos de convicção em vez de produção e colheita de provas diante da necessidade posterior de submeter os elementos colhidos na fase preliminar ao contraditório como pressuposto de preservação do modelo processual penal garantista.

³² GOLDSCHIMITD, James. **Derecho Justicial Material** apud **Curso de Investigação Criminal**, MENDRONI, Marcelo Batlouni. 2012, p. 77.

Desse modo, tem-se indiscutível que o destinatário da investigação preliminar é o Ministério Público que, com base nos elementos de convicção ali produzidos, vai verificar se há um juízo de verossimilhança suficiente para desencadear a persecução penal em juízo por meio da propositura da ação penal ou, caso não se verifique, ensejar o seu arquivamento.

Assim, a investigação preliminar deve ser vista como um filtro processual³³, servindo de verdadeiro óbice às acusações infundadas, pois, “se a impunidade causa uma grave intranquilidade social, mais grave é o mal causado por processar irresponsavelmente um inocente.”³⁴

Lopes Jr., ao tratar do tema, estabelece a diferença entre o que entende por juízo de probabilidade – necessário para se admitir a ação penal – e juízo de possibilidade – suficiente para a abertura de qualquer instrumento de investigação preliminar:

A investigação preliminar está destinada a conhecer o fato em grau suficiente para afirmar a sua existência e autoria, isto é, probabilidade da materialidade e da autoria. Se não atingir esse nível – ficando na mera possibilidade –, justificará o pedido de arquivamento (não-processo) e, como consequência, não deverá ser exercida a ação penal, porque, se exercida, não deverá ser admitida.³⁵

Esclarece-se por oportuno que, por obrigatoriedade da ação penal, não se pode entender como se tem entendido acerca do princípio da não derrogação do juízo como obrigação de promover ação penal de todo delito “leve e oculto”, mas a obrigação de promover ao juízo toda notícia crime que vier ao seu conhecimento, ainda que seja para requerer o arquivamento ou absolvição.

É na verdade o corolário de algumas características do sistema garantista, quais sejam a legalidade, indisponibilidade e a igualdade. Legalidade porque se sujeita apenas à lei, excluindo-se quaisquer outros critérios arbitrários; indisponibilidade das situações com a só manifestação da acusação, devendo necessariamente passar pelo judiciário; igualdade que impede totalmente atitudes

³³ LOPES JR., Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 2005, p. 60.

³⁴ LOPES JR., op. cit., 2012.

³⁵ LOPES JR., Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 2005, p. 60-61.

dísparos para casos semelhantes.

Nunca é demais lembrar que, no modelo garantista, o investigado é sujeito da investigação, e não o seu objeto, e, além dos direitos do investigado, deve ser observado o direito de todos os sujeitos que estão à volta da investigação, como testemunhas, autoridades públicas, adquirentes de boa-fé.

A efetividade da investigação não deve prevalecer a qualquer custo sobre os direitos e garantias individuais declarados expressamente no art. 5.º da Constituição Federal; deve ser feita sempre uma ponderação de valores entre a segurança e a liberdade. A limitação de direito fundamental, no curso da investigação, somente pode acontecer quando existe expressa previsão legal e autorização da autoridade competente.

3.2 Atuação da Defesa no Curso da Investigação Preliminar

A atuação do advogado no curso da investigação preliminar, a despeito de ser limitada, dada a sua característica inquisitiva, ela é possível e deve ser garantida desde que evidentemente não signifique frustração da investigação como nos casos das buscas e apreensões e das interceptações telefônicas.

O advogado pode acompanhar os depoimentos de testemunha e interrogatório e requerer diligências sem, contudo, intervir fazendo perguntas na produção da prova oral.

Para Paulo Rangel, o inquérito é um procedimento de natureza administrativa, e não um processo administrativo; daí porque não há que se falar em contraditório nessa fase.³⁶

Com relação ao requerimento de diligências, estas podem ser deferidas ou não na forma do art. 14 do CPP³⁷, à exceção do exame de corpo de delito que não pode ser indeferido, conforme pode ser extraído do art.184 do CPP, que dispõe:

³⁶ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 2010, p. 49.

³⁷ ARTIGO 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade.

“Salvo o caso de exame de corpo de delito, o juiz ou a autoridade policial negará a perícia requerida pelas partes, quando não for necessária ao esclarecimento da verdade”.

3.3 Correntes a favor e contra a Investigação Criminal Direta, feita pelo Ministério Público

Para os defensores do poder investigatório do Ministério Público como Paulo Rangel, a justificativa encontra-se na teoria dos poderes implícitos inerentes aos atos da administração pública num todo.

Segundo Paulo Rangel,

a constituição reconhece o Ministério Público como instituição essencial à função jurisdicional, incumbindo-o de defender a ordem jurídica, dando-lhe para tal, no âmbito penal, a promoção privativa, da ação penal pública, nas parece intuitivo que as investigações necessárias para formar a *opinio delicti* sejam inerentes à obrigatoriedade da ação penal. Estão implícitas na promoção privativa e obrigatória da ação penal pública as investigações diretas e necessárias realizadas pelo Ministério Público.

Em sua obra *Investigação Criminal Direta pelo Ministério Público: Visão Crítica*, Paulo Rangel traz ainda no mesmo sentido o texto de Maria Luiza Duarte e dos procuradores da República do MPF/RJ, Drs. Aloísio Firmo G. Silva, Maria Emília M. de Araújo e Paulo Fernando Correa:

a competência tem fundamento, expresso ou implícito, na norma e os seus limites recortam-se nos contornos traçados pelos fins e objetivos confiados à entidade pública [...] Na comunidade repousa o poder de auto organização originária que se materializa no poder constituinte, dotando o estado de uma lei Fundamental que determina a sua estrutura institucional e define as suas atribuições e competências ou poderes funcionais de tais órgãos, poderes estes estabelecidos pela constituição, poderes constituídos e, portanto, definidos e circunscritos pelas suas normas.

Como estrutura funcional, o Estado existe para realizar o bem comum por via de representação dos ideais de segurança, justiça e bem-estar. (Maria Luiza Duarte, *A Teoria dos Poderes implícitos e a Delimitação de Competências entre a União Europeia e os Estados Membros*. Lisboa LEX 1977, p. 31/33)

É que como é sabido constitui regra elementar de hermenêutica constitucional a adoção da chamada Teoria dos Poderes Implícitos, cunhada pela Suprema Corte norte-americana no julgamento do caso *McCulloch vs Maryland* (cf. PINTO FERREIRA, 'Comentários à Constituição Brasileira' vol. 2, 2. ed. Saraiva, 1990, p. 132) e de aplicação corrente no direito constitucional pátrio, segundo o qual quando o constituinte concede a determinado órgão ou instituição uma função (atividade-fim), implicitamente estará lhe concedendo os meios necessários ao atingimento de seu desiderato, sob pena de ser frustrado o exercício do munus constitucional que lhe foi cometido (Drs. Aloísio Firmo G. Silva, Maria Emília M. de Araújo e Paulo Fernando Correa, *A Investigação Criminal Direta pelo Ministério Público*, [http/ www.teiajuridica.com.br](http://www.teiajuridica.com.br))

Sergio Damoro Hamilton (2000), em parecer favorável à investigação pelo Ministério Público³⁸, assim se manifestou:

Por que o Ministério Público pode requisitar diretamente provas diversas (documental, pericial, etc.) mas lhe seria vedada a colheita da prova oral? Qual a diferença de essência que existe entre aqueles meios de prova, já que todos enumerados no Título da Prova (art. 155 a 250 do CPP)? [...] De nada valeriam tais poderes, caso o Ministério Público não pudesse, sponte sua, promover de forma autônoma a investigação necessária quando a polícia não se apresente capaz – não importa a razão – de obter dados indispensáveis para o exercício de dever afeto à Instituição. [...] Na verdade, como de fácil compreensão, a Constituição Federal, ao conferir ao Ministério Público ao Ministério Público a faculdade de requisitar e de notificar (art.129, VI), defere-lhe, *ipso facto*, o poder de investigar, no qual aquelas atribuições se subsumem.

No mesmo sentido, leciona José Frederico Marques³⁹:

Além da Polícia Judiciária, outros órgãos podem realizar procedimentos preparatórios de investigação, conforme está previsto de maneira expressa, pelo art. 4.º, parágrafo único do Código de Processo Penal.

É o que se verifica, por exemplo, com as comissões parlamentares de inquérito. As investigações por ela efetuadas podem ser remetidas ao juízo competente para conhecer dos fatos delituosos ali apurados, ou ao Ministério Público, a fim de ser instaurada a instância penal.

³⁸ RANGEL, Paulo. **Investigação Criminal pelo Ministério Público**: visão crítica. 2003.

³⁹ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 1997, p.138.

Ainda citando a corrente favorável à investigação pelo Ministério Público, o mestre Paulo Rangel traz a posição de Julio Fabrini Mirabette:

Os atos de investigação destinados à elucidação dos crimes, entretanto, não são exclusivos da polícia judiciária, ressalvando expressamente a lei a atribuição concedida legalmente a outras autoridades administrativas (art. 4.º do CPP). Não ficou estabelecida na Constituição, aliás, a exclusividade de investigação e de funções da Polícia Judiciária, ressalvando expressamente a lei a atribuição concedida legalmente a outras autoridades administrativas (art. 4.º do CPP). Não ficou estabelecida na Constituição, aliás, a exclusividade de investigação e de funções da Polícia judiciária em relação às Polícias civis estaduais. Tem o Ministério Público legitimidade para proceder às investigações e diligências, conforme determinam as leis orgânicas estaduais [...] Pode, inclusive, intervir no inquérito policial em face da demora de sua conclusão e pedidos reiterados da dilação de prazos, pois o parquet goza de poderes investigatórios e de auxílio à autoridade policial.⁴⁰

Bruno Calabrich, na obra *A investigação Criminal pelo Ministério Público*, também defende a constitucionalidade da investigação criminal pelo Ministério Público. Senão, vejamos:

é inegável que a persecução criminal, que abrange tanto a atividade de investigação (pré-processual) quanto a do processo penal acusatório para o qual o MP está expressamente legitimado, insere-se no escopo de atuação protetiva dos interesses elencados no art. 127 da CF/88. Somente esse singelo argumento – nosso ver, o mais enfático – já seria suficiente para demonstrar a compatibilidade da atividade investigatória com MP. Para reforçá-lo, tome-se cristalina dicção do art. 129, IX da Constituição Federal/88, segundo o qual é função institucional do Ministério Público exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com a sua finalidade.

Resumindo os argumentos a favor da investigação criminal pelo Ministério Público, Bruno Calabrich assim os enumera na obra citada: a investigação coaduna-se com as funções institucionais do ministério público e é decorrência de seu poder dever de acusar e também de suas outras funções como exercício do controle externo da atividade policial do próprio poder de requisitar diligências investigatórias à polícia. É implícito que quem pode determinar a terceiro que realize a investigação pode também realizá-la diretamente, sob pena de absurdamente transformar a

⁴⁰ MIRABETTE, Julio Fabrini. **Processo Penal**. 1998, p. 75.

autoridade requisitante em subordinada da autoridade requisitada.

Dizer que só a lei poderia prever a atribuição investigatória é ignorar não só o disposto no art. 129, inciso VII, segundo o qual o MP pode “expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los”, mas também o art. 129, inciso IX, da CF/88, que permite o exercício de outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade.

Não se deve confundir vontade do legislador com vontade da lei. A falta de um dispositivo específico prevendo a atribuição investigatória é superada pelo disposto no art. 129, inciso IX, da CF/88, entre outros, sendo plenamente compatível a investigação pelo Ministério Público com o modelo processual penal acusatório.

Tanto a LC 75/93 quanto a Lei 8.625/93 não fazem nenhuma limitação à colheita de elementos para a propositura de uma ação civil pública nas atribuições investigatórias do Ministério Público, ao contrário, o art. 26, inciso I, da Lei 8.625/93 é peremptório, ao prever a possibilidade de instauração, pelo Ministério Público, de inquérito civil e de outros procedimentos administrativos, abrangendo com isso todo e qualquer procedimento, de caráter criminal ou não, necessário ao exercício de suas funções institucionais.

No processo penal, o MP é parte que acusa, e não um sujeito imparcial. A nota de imparcialidade no processo penal tem o sentido de que, mesmo na condição de órgão legitimado para acusação, cabe ao Ministério Público zelar pelo fiel cumprimento da lei (função de *custos legis* ou fiscal da lei), sempre de modo impessoal, desvinculado dos interesses de ordem pessoal. A imparcialidade do Ministério Público, nesses termos, associa-se à ideia de impessoalidade, desvinculação apriorística de pretensões acusatórias ou absolutórias. A despeito de ser parte, sua função precípua é a defesa da lei e da Constituição, podendo e devendo, por esse mesmo fundamento, promover o arquivamento de um inquérito policial, quando ausente a justa causa para a denúncia, ou pedir a absolvição de um acusado que verifique ser inocente, tomando todas as medidas cabíveis em sua defesa se for o caso.

A colheita de provas na fase pré-processual tem como finalidade subsidiar o ministério público para formulação de uma acusação responsável, e, entre os inconvenientes da produção de prova pela polícia, está o fato de que, estando mais próxima dos fatos investigados e tendo ainda a função de segurança pública, tem a tendência à obtenção de provas somente favoráveis à acusação, o que passa a não ocorrer quando o investigado integra estamentos sociais capazes de exercer influência sobre o órgão do Poder Executivo a que os delegados de polícia, desprovidos de independência funcional, são hierarquicamente subordinados.

A investigação é um procedimento anterior ao processo penal acusatório. Embora possa acarretar restrição de direitos por meio de medidas cautelares, estas estão sujeitas ao controle judicial.

Por fim, descabe o argumento de que o MP escolheria os casos com repercussão na mídia, pois tal afirmação parte de uma desconfiança da lisura na postura do órgão do Ministério Público, o que, do ponto de vista estritamente jurídico, não se justifica uma vez que a opção pela investigação direta deve ser feita sempre calcada em ato fundamentado com vistas ao princípio da eficiência.

Daqueles que se opõem à investigação criminal direta pelo Ministério Público, destaca-se a abalizada opinião de Guilherme Nucci. Para ele, ao Ministério Público não é dado o poder de processar, sozinho, as investigações, porquanto tal função foi deferida pela Constituição à Polícia Judiciária, composta de delegados e investigadores, toda uma estrutura montada e paga para isso. Segundo Nucci, não se podem jogar as traças às instituições somente porque o Ministério Público não confia nelas.⁴¹

No mesmo sentido, Ada Pellegrini Grinover (2004) é categórica, ao afirmar:

Não tenho dúvidas de que o desenho constitucional atribui a função a de polícia judiciária e a apuração das infrações penais à Polícia Federal e as Polícias Cíveis.

Igualmente inquestionável é que o inquérito policial é o instrumento de investigação penal da polícia judiciária, nele podendo o MP intervir mediante as atividades previstas nos incisos VII e VIII do art. 129.1.

⁴¹ Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-14/entrevista-guilherme-souza-nucci-juiz-substituto-tj-sao-paulo>>.

Todavia, reconhece que a constituição abre uma válvula de escape depois de enumerar as funções institucionais do Ministério Público, fixando a norma de encerramento do inciso IX do art. 129, segundo o qual também lhe cabe exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com suas finalidades, mas conclui ser indispensável a edição de lei complementar disciplinando sua atuação eis que o § 5.º do art. 128 da Constituição estabelece que as atribuições do MP serão estabelecidas por lei complementar, não se prestando a tal desiderato a Lei Orgânica do Ministério Público (LOMP) eis que as atribuições investigatórias ali disciplinadas dizem respeito à Ação Civil Pública.⁴²

Geraldo Prado (2013)⁴³ ressalta que uma investigação criminal dirigida pelo Ministério Público somente poderia ser considerada em conformidade com a constituição se viabilizasse a concretização de providências de participação da defesa e estivesse sujeita a controle judicial, pois, admitir a investigação criminal direta pelo MP sem a intervenção defensiva e sem o controle judicial, configuraria violação ao estado de direito.

Ainda entendendo ser inadmissível a condução da investigação criminal diretamente pelo Ministério Público, tem-se a opinião dos advogados Nélio Roberto Seidi Machado⁴⁴ e Antonio Evaristo de Moraes Filho, que assim se manifestaram:

Nenhuma razão de ordem constitucional ou mesmo legal, placita a postura do Ministério Público, no passo em que pretende se ocupar da investigação criminal.

Com efeito não há preceito no texto da Carta Política que possa ensejar exegese permissa para que o parquet assuma atribuições de natureza policial. De resto, quando assim procede, assume o órgão de acusação, na atribuição que tem, de formular o que se convencionou chamar *opinio delicti*, postura que compromete a sua isenção, até mesmo na perspectiva de fiscal da lei, porque estaria como que a avaliar a sua própria conduta, com envolvimento psicológico pleno indisfarçável prejudicando suas atribuições notadamente assentadas no art. 129 da Constituição Federal.

A par disso, o Ministério Público, assim procedendo, na seara do Processo criminal, estaria como que assumindo um papel de parte não justaposta, nem paritária, mas de parte privilegiada, em detrimento do sistema acusatório, prejudicando visceralmente, a

⁴² GRINOVER, Ada Pellegrine. Boletim 145 do IBCCRIM. 2004.

⁴³ IBCCRIM - Boletim - 248 julho/2013. A Investigação Criminal e a PEC 37.

⁴⁴ MACHADO, Nélio Roberto Seidi. **Notas sobre a Investigação Criminal diante da estrutura do processo criminal no estado de direito democrático.** p. 151 apud RANGEL, Paulo. **A investigação Criminal Direta pelo ministério Público: visão crítica.** 2005. p. 217-218.

tarefa de valoração dos elementos de investigação coligidos no inquérito policial, até porque estaria a estimar e avaliar conduta própria, fora por completo dos contornos e limites estabelecidos no art. 144 da Constituição Federal.

[...] Seria sem dúvida de extrema valia que o Ministério Público Federal acompanhasse as diligências investigatórias e os inquéritos realizados pelas autoridades policiais, ainda mais porque isto traduziria, de alguma forma, o exercício do controle externo da atividade policial, porém a faculdade de o Ministério Público produzir direta e pessoalmente, sem qualquer controle, as peças de informação que virão a servir, no futuro, de base para o oferecimento de denúncia, ou para pedido de arquivamento, conferiria a este órgão um arbítrio incontrastável, no exercício da função de promover a ação penal que lhe é privativa.⁴⁵

3.4 Investigação Supletiva

Há quem defenda que a investigação pelo Ministério Público deva ocorrer de forma supletiva nos casos em que a Polícia “tenha dificuldade ou desinteresse em conduzir as investigações”⁴⁶, ou como exceção à apuração das infrações pela Polícia Judiciária, por exemplo nos delitos praticados por policiais e autoridades, até porque estas possuem poder hierárquico sobre as atividades da Polícia Judiciária:

[...] exemplo de iniciativa investigatória do Ministério Público na área penal ocorre quando não esteja a polícia em situação adequada para conduzir as investigações contra autoridades, dada sua condição de organismo subordinado ao governo e à administração.⁴⁷

O ministro Luiz Roberto Barroso, em entrevista ao Conjur⁴⁸, manifestou-se também pela possibilidade de condução pelo Ministério Público da investigação criminal como exceção à regra, limitada por normas específicas:

O sistema constitucional brasileiro atribui à Polícia o papel de principal condutora do inquérito. Mas não veda a atuação do Ministério Público. Por isso, o MP pode, e em certos casos deve, mas sempre por exceção, conduzir a investigação. E quando ela fosse conduzida pelo Ministério Público, deveria se pautar por regras

⁴⁵ MORAES FILHO, Antonio Evaristo de. **As Funções do Ministério Público e o Inquérito Policial, OAB/RJ novembro de 2006** apud RANGEL, Paulo. **A investigação Criminal Direta pelo ministério Público: visão crítica.** 2005, p. 217-218.

⁴⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público.** 1998, p. 144.

⁴⁷ Ibid., p.145.

⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Tribunal não cumpre seu papel com 80 mil processos.** Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-07/entrevista-luis-roberto-barroso-ministro-supremo-tribunal-federal>>. Acesso em: 7 jun. 2013.

específicas criadas para esta atribuição, que não está regulamentada. É possível prever algumas hipóteses materiais em que isso seja possível. Talvez criar uma salvaguarda de natureza formal, que é dizer, fora das situações enunciadas, a investigação pelo Ministério Público depende, por exemplo, de autorização do Colégio de Procuradores. Aí se minimiza o risco do vingador mascarado.⁴⁹

Nesse mesmo raciocínio, são os ensinamentos de Lenio Luiz Streck e Luciano Feldens:

[...] Considere-se, ainda, que a investigação criminal exercida pelo Ministério Público não se consubstancia como uma regra geral. Melhor seria dizê-la confortada no plano da necessidade circunstancial. No mais das vezes, seu desencadeamento decorre ou da inconveniência casuística da instauração de um procedimento amplo como o inquérito policial ou mesmo da omissão da Polícia na investigação de determinados delitos, notadamente quando envolvidos agentes policiais.⁵⁰

Oportuno o argumento de Luiz Flávio Gomes sobre o tema no sentido de que vedar a investigação direta ministerial quando realmente necessário, como nos casos em que a polícia tenha dificuldades ou quando os próprios policiais estejam envolvidos ou, ainda, não tenham interesse na apuração do delito, é um contrassenso a favorecer a impunidade.⁵¹

Não podemos esquecer, porém, que o Ministério Público não possui aparato para assumir, sozinho, a função de apurar as infrações penais, sendo o caminho sensato a integração das instituições com a criação de um serviço de inteligência integrado e banco de dados nacional de procurados, indiciados, processados e condenados.⁵²

3.5 Precedentes das Turmas do Supremo Tribunal Federal acerca da Matéria

Num primeiro momento, o Supremo Tribunal Federal posicionou-se

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ STRECK; FELDENS, 2003, p. 106-116.

⁵¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público**. p. 169.

⁵² KAC, Marcos. **O Ministério Público na investigação penal preliminar**. 2011, p. 240-241.

contrariamente à possibilidade de investigação direta pelo Ministério Público, conforme pode ser observado no RE 205.473 da relatoria do ministro Carlos Veloso. Nesse Recurso Extraordinário, tendo sido requisitadas diligências ao delegado da Receita Federal no Estado de Alagoas pelo procurador da República, este foi informado pelo delegado que a matéria envolvia o “caso PC Farias”, que estava sendo investigado pela instância superior; assim o delegado não poderia realizar as diligências requisitadas. Tal negativa deu origem à instauração de inquérito contra o delegado. Suscitada a questão de o MP dirigir-se diretamente à autoridade administrativa sem passar pela autoridade policial, entendeu o STF que não cabia ao membro do MP realizar diretamente as investigações, devendo dirigir-se à autoridade policial competente para esse fim.⁵³

Em outro caso, da relatoria do ministro Nery da Silveira, o STF confirmou a decisão do TRF da 2.^a Região reconhecendo que o MP não tinha competência para promover inquérito administrativo nem para produzir inquérito penal, que poderia, sim, propor ação penal sem o inquérito policial se dispusesse de elementos suficientes.⁵⁴

⁵³ BRASIL. STJ – HC: 199730 CE 2011/0050913-0, Relator: ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 28/6/2011, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 31/8/2011 CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. MINISTÉRIO PÚBLICO: ATRIBUIÇÕES. INQUÉRITO. REQUISICÃO DE INVESTIGAÇÕES. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. C.F., art. 129, VIII; art. 144, §§ 1.º e 4.º. I. – Inocorrência de ofensa ao art. 129, VIII, C.F., no fato de a autoridade administrativa deixar de atender requisição de membro do Ministério Público no sentido da realização de investigações tendentes à apuração de infrações penais, mesmo porque não cabe ao membro do Ministério Público realizar, diretamente, tais investigações, mas requisitá-las à autoridade policial, competente para tal (C.F., art. 144, §§ 1.º e 4.º). Ademais, a hipótese envolvia fatos que estavam sendo investigados em instância superior. II. – R.E. não conhecido. (STF – RE: 205473 AL, Relator: CARLOS VELLOSO, Data de Julgamento: 15/12/1998, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 19-03-1999 PP-00019 EMENT VOL-01943-02 PP-348).

⁵⁴ BRASIL EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MINISTÉRIO PÚBLICO. INQUÉRITO ADMINISTRATIVO. INQUÉRITO PENAL. LEGITIMIDADE. O Ministério Público (1) não tem competência para promover inquérito administrativo em relação à conduta de servidores públicos; (2) nem competência para produzir inquérito penal sob o argumento de que tem possibilidade de expedir notificações nos procedimentos administrativos; (3) pode propor ação penal sem o inquérito policial, desde que disponha de elementos suficientes. Recurso não conhecido. (RE 233072, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. NELSON JOBIM, Segunda Turma, julgado em 18/5/1999, DJ 3-5-2002 PP-00022 EMENT VOL-02067-02 PP-00238) ainda: 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. INQUIRIRÃO. 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. INQUIRIRÃO DE AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. ILEGITIMIDADE. A Constituição Federal dotou o Ministério Público do poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de

Posteriormente o STF começou a mudar o posicionamento entendendo não haver óbice para o Ministério Público requisitar esclarecimentos ou diligenciar diretamente a obtenção da prova, de modo a formar o seu convencimento a respeito de determinado fato e a aperfeiçoar a persecução penal principalmente naqueles casos que envolviam altas somas de dinheiro movimentadas em contas bancárias. Esse novo entendimento, todavia, não retirava da polícia judiciária as atribuições que lhe foram concedidas constitucionalmente, apenas, conforme ressaltou a ministra Ellen Gracie no HC 91661, harmonizava as normas constitucionais (arts. 129 e 144), de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos supostamente delituosos mas também a formação da *opinio delicti*, uma vez que o art. 129, inc. I, da Constituição Federal atribuía ao Ministério Público a titularidade exclusiva para promoção da ação penal pública, podendo inclusive dispensar, segundo dispõe o Código de Processo Penal, o inquérito policial. Assim, trazendo à tona o princípio dos poderes implícitos, segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios, conclui a ministra que, se a atividade-fim – a promoção da ação penal pública – foi outorgada ao *parquet* em foro de privatividade, não se concebe não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que "peças de informação" embasem a denúncia.⁵⁵

inquérito policial (CF, art. 129, VIII). A norma constitucional não contemplou a possibilidade do *parquet* realizar e presidir inquérito policial. Não cabe, portanto, aos seus membros inquirir diretamente pessoas suspeitas de autoria de crime, mas requisitar diligência nesse sentido à autoridade policial. Precedentes. O recorrente é delegado de polícia e, portanto, autoridade administrativa. Seus atos estão sujeitos aos órgãos hierárquicos próprios da Corporação, Chefia de Polícia, Corregedoria. Recurso conhecido e provido. (STF – RHC: 81326 DF, Relator: Min. NELSON JOBIM, Data de Julgamento: 06/05/2003, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 01-08-2003 PP-00142 EMENT VOL-02117-42 PP-08973).

⁵⁵ BRASIL. DIREITO PROCESSUAL PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE AFASTAMENTO DE SIGILO BANCÁRIO E FISCAL DE INVESTIGADO. PROCEDIMENTO JUDICIAL. PODERES INVESTIGATÓRIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPROVIMENTO DA PARTE CONHECIDA.

[...] 6. Contudo, ainda que se tratasse da temática dos poderes investigatórios do Ministério Público, melhor sorte não assistiria ao recorrente. A denúncia pode ser fundamentada em peças de informação obtidas pelo órgão do MPF sem a necessidade do prévio inquérito policial, como já previa o Código de Processo Penal. Não há óbice a que o Ministério Público requirite esclarecimentos ou diligencie diretamente a obtenção da prova de modo a formar seu convencimento a respeito de determinado fato, aperfeiçoando a persecução penal, mormente em casos graves como o presente que envolvem altas somas em dinheiro movimentadas em contas bancárias. 7. A hipótese não envolve a eficácia retroativa da Lei n.º 10.174/01 – eis que esta se restringiu à autorização da utilização de dados para fins fiscais –, e sim a apuração de ilícito penal mediante obtenção das informações bancárias. 8. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido. (RE 535478, Relator (a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 28/10/2008, DJe-222 DIVULG 20-11-2008 PUBLIC 21-11-2008 EMENT VOL-02342-11 PP-02204 RTJ VOL-00209-02 PP-00907)

No HC 89.837, o ministro Celso de Mello, além de reconhecer que 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, embora 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, fez importantes considerações sobre algumas das limitações a que se deve obedecer no curso do procedimento investigatório tratado em obediência à ordem jurídica e ao estado de direito, a saber: respeitar o direito do investigado de permanecer em silêncio, não produzir provas contra si próprio, não constrangê-lo a participar de reconstituição de crime ou reprodução simulada de fatos criminosos, não lhe recusar as razões motivadas do procedimento, não submeter o investigado às medidas restritivas sem ordem judicial,

HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. EXISTÊNCIA DE SUPORTE PROBTATÓRIO MÍNIMO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. POSSIBILIDADE DE INVESTIGAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. DELITOS PRATICADOS POR POLICIAIS. ORDEM DENEGADA. 1. A presente impetração visa o trancamento de ação penal movida em face dos pacientes, sob a alegação de falta de justa causa e de ilicitude da denúncia por estar amparada em depoimentos colhidos pelo ministério público. 2. A denúncia foi lastreada em documentos (termos circunstanciados) e depoimentos de diversas testemunhas, que garantiram suporte probatório mínimo para a deflagração da ação penal em face dos pacientes. 3. A alegação de que os pacientes apenas cumpriram ordem de superior hierárquico ultrapassa os estreitos limites do habeas corpus, eis que envolve, necessariamente, reexame do conjunto fático-probatório. 4. Esta Corte tem orientação pacífica no sentido da incompatibilidade do habeas corpus quando houver necessidade de apurado reexame de fatos e provas (HC n.º 89.877/ES, Rel. Min. Eros Grau, DJ 15.12.2006), não podendo o remédio constitucional do *habeas corpus* servir como espécie de recurso que devolva completamente toda a matéria decidida pelas instâncias ordinárias ao Supremo Tribunal Federal. 5. É perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito. Tal conclusão não significa retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (arts. 129 e 144) de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos supostamente delituosos, mas também a formação da *opinio delicti*. 6. O art. 129, inciso I, da Constituição Federal, atribui ao *parquet* a privatividade na promoção da ação penal pública. Do seu turno, o Código de Processo Penal estabelece que o inquérito policial é dispensável, já que o Ministério Público pode embasar seu pedido em peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia. 7. Ora, é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos "poderes implícitos", segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Se a atividade fim – promoção da ação penal pública – foi outorgada ao *parquet* em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que "peças de informação" embasem a denúncia. 8. Cabe ressaltar que, no presente caso, os delitos descritos na denúncia teriam sido praticados por policiais, o que, também, justifica a colheita dos depoimentos das vítimas pelo Ministério Público. 9. Ante o exposto, denego a ordem de *habeas corpus*. (STF – HC: 91661 PE, Relator: ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 10/3/2009, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-064 DIVULG 2-4-2009 PUBLIC 3-4-2009 EMENT VOL-02355-02 PP-00279).

não ordenar por autoridade própria busca e apreensão ou condução coercitiva. Considerou ainda que todos os termos e atos devem ser devidamente documentados e incorporados ao procedimento persecutório. Ainda que esteja sob sigilo, deve ser garantido acesso ao investigado por intermédio de advogado constituído que, por sua vez, poderá se fazer presente a todos os atos. Tudo sem prejuízo do permanente controle jurisdicional dos atos já praticados.⁵⁶

⁵⁶ BRASIL. *HABEAS CORPUS – CRIME DE TORTURA ATRIBUÍDO A POLICIAL CIVIL – POSSIBILIDADE DE O MINISTÉRIO PÚBLICO, FUNDADO EM INVESTIGAÇÃO POR ELE PRÓPRIO PROMOVIDA, FORMULAR DENÚNCIA CONTRA REFERIDO AGENTE POLICIAL – VALIDADE JURÍDICA DESSA ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA – CONDENAÇÃO PENAL IMPOSTA AO POLICIAL TORTURADOR – LEGITIMIDADE JURÍDICA DO PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – MONOPÓLIO CONSTITUCIONAL DA TITULARIDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA PELO PARQUET – TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS - CASO "McCULLOCH v. MARYLAND" (1819) – MAGISTÉRIO DA DOCTRINA (RUI BARBOSA, JOHN MARSHALL, JOÃO BARBALHO, MARCELLO CAETANO, CASTRO NUNES, OSWALDO TRIGUEIRO, v.g.) – OUTORGA, AO MINISTÉRIO PÚBLICO, PELA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, DO PODER DE CONTROLE EXTERNO SOBRE A ATIVIDADE POLICIAL – LIMITAÇÕES DE ORDEM JURÍDICA AO PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – *HABEAS CORPUS* INDEFERIDO. NAS HIPÓTESES DE AÇÃO PENAL PÚBLICA, O INQUÉRITO POLICIAL, QUE CONSTITUI UM DOS DIVERSOS INSTRUMENTOS ESTATAIS DE INVESTIGAÇÃO PENAL, TEM POR DESTINATÁRIO PRECÍPUO O MINISTÉRIO PÚBLICO. – O inquérito policial qualifica-se como procedimento administrativo, de caráter pré-processual, ordinariamente vocacionado a subsidiar, nos casos de infrações perseguíveis mediante ação penal de iniciativa pública, a atuação persecutória do Ministério Público, que é o verdadeiro destinatário dos elementos que compõem a *informatio delicti*. Precedentes. – A investigação penal, quando realizada por organismos policiais, será sempre dirigida por autoridade policial, a quem igualmente competirá exercer, com exclusividade, a presidência do respectivo inquérito. – A outorga constitucional de funções de polícia judiciária à instituição policial não impede nem exclui a possibilidade de o Ministério Público, que é o *dominus litis*, determinar a abertura de inquéritos policiais, requisitar esclarecimentos e diligências investigatórias, estar presente e acompanhar, junto a órgãos e agentes policiais, quaisquer atos de investigação penal, mesmo aqueles sob regime de sigilo, sem prejuízo de outras medidas que lhe pareçam indispensáveis à formação da sua *opinio delicti*, sendo-lhe vedado, no entanto, assumir a presidência do inquérito policial, que traduz atribuição privativa da autoridade policial. Precedentes. A ACUSAÇÃO PENAL, PARA SER FORMULADA, NÃO DEPENDE, NECESSARIAMENTE, DE PRÉVIA INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL. – Ainda que inexista qualquer investigação penal promovida pela Polícia Judiciária, o Ministério Público, mesmo assim, pode fazer instaurar, validamente, a pertinente *persecutio criminis in judicio*, desde que disponha, para tanto, de elementos mínimos de informação, fundados em base empírica idônea, que o habilitem a deduzir, perante juízes e Tribunais, a acusação penal. Doutrina. Precedentes. A QUESTÃO DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DE EXCLUSIVIDADE E A ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA. – A cláusula de exclusividade inscrita no art. 144, § 1.º, inciso IV, da Constituição da República – que não inibe a atividade de investigação criminal do Ministério Público – tem por única finalidade conferir à Polícia Federal, dentre os diversos organismos policiais que compõem o aparato repressivo da União Federal (polícia federal, polícia rodoviária federal e polícia ferroviária federal), primazia investigatória na apuração dos crimes previstos no próprio texto da Lei Fundamental ou, ainda, em tratados ou convenções internacionais. – Incumbe, à Polícia Civil dos Estados-membros e do Distrito Federal, ressalvada a competência da União Federal e excetuada a apuração dos crimes militares, a função de proceder à investigação dos ilícitos penais (crimes e contravenções), sem prejuízo do poder investigatório de que dispõe, como atividade subsidiária, o Ministério Público. – Função de polícia judiciária e função de investigação penal: uma distinção conceitual relevante, que também justifica o reconhecimento, ao Ministério Público, do poder investigatório em matéria penal. Doutrina. É PLENA A LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO PODER DE INVESTIGAR DO MINISTÉRIO PÚBLICO, POIS OS ORGANISMOS POLICIAIS (EMBORA DETENTORES DA FUNÇÃO DE POLÍCIA JUDICIÁRIA) NÃO*

Já em 2011, o ministro Gilmar Mendes, ao proferir voto no HC 84965 – MG, manifestou-se pela legitimidade do Ministério Público para conduzir procedimento persecutório de investigação criminal preliminar e fez outras importantes considerações, agora sobre a necessidade de regulamentação por lei ordinária para que a ação do Estado não resulte prejudicada e não prejudique a defesa dos direitos fundamentais. Considerou que o poder de investigar do Ministério Público não pode ser feito de forma ampla e irrestrita, sem nenhum controle ou com menos formalismos que são exigidos para o inquérito policial, muito menos que substitua incondicionalmente a atividade policial. Tais investigações devem ser, segundo o relator, necessariamente subsidiárias, ocorrendo apenas quando não for possível ou recomendável que sejam feitas pela própria polícia. Sustentou ainda, com relação à amplitude das investigações, que, da mesma forma que à polícia não é dado realizar investigações sem que haja pertinência do sujeito investigador com a base territorial e com a natureza do fato investigado, também não é razoável admitir que qualquer órgão do Ministério Público possa, a seu arbítrio, instaurar investigação contra quem quer que seja.

TÊM, NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO, O MONOPÓLIO DA COMPETÊNCIA PENAL INVESTIGATÓRIA. – O poder de investigar compõe, em sede penal, o complexo de funções institucionais do Ministério Público, que dispõe, na condição de "dominus litis" e, também, como expressão de sua competência para exercer o controle externo da atividade policial, da atribuição de fazer instaurar, ainda que em caráter subsidiário, mas por autoridade própria e sob sua direção, procedimentos de investigação penal destinados a viabilizar a obtenção de dados informativos, de subsídios probatórios e de elementos de convicção que lhe permitam formar a *opinio delicti*, em ordem a propiciar eventual ajuizamento da ação penal de iniciativa pública. Doutrina. Precedentes. CONTROLE JURISDICIONAL DA ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO: Oponibilidade, a estes, do sistema de direitos e garantias individuais, quando exercido, pelo "Parquet", o poder de investigação penal. – O Ministério Público, sem prejuízo da fiscalização intraorgânica e daquela desempenhada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, está permanentemente sujeito ao controle jurisdicional dos atos que pratique no âmbito das investigações penais que promova *ex propria auctoritate*, não podendo, dentre outras limitações de ordem jurídica, desrespeitar o direito do investigado ao silêncio (*nemo tenetur se detegere*), nem lhe ordenar a condução coercitiva, nem constrangê-lo a produzir prova contra si próprio, nem lhe recusar o conhecimento das razões motivadoras do procedimento investigatório, nem submetê-lo a medidas sujeitas à reserva constitucional de jurisdição, nem impedi-lo de fazer-se acompanhar de Advogado, nem impor, a este, indevidas restrições ao regular desempenho de suas prerrogativas profissionais (Lei n.º 8.906/94, art. 7.º, v.g.). – O procedimento investigatório instaurado pelo Ministério Público deverá conter todas as peças, termos de declarações ou depoimentos, laudos periciais e demais subsídios probatórios coligidos no curso da investigação, não podendo, o *Parquet*, sonegar, selecionar ou deixar de juntar, aos autos, quaisquer desses elementos de informação, cujo conteúdo, por referir-se ao objeto da apuração penal, deve ser tornado acessível tanto à pessoa sob investigação quanto ao seu Advogado. – O regime de sigilo, sempre excepcional, eventualmente prevalecente no contexto de investigação penal promovida pelo Ministério Público, não se revelará oponível ao investigado e ao Advogado por este constituído, que terão direito de acesso – considerado o princípio da comunhão das provas – a todos os elementos de informação que já tenham sido formalmente incorporados aos autos do respectivo procedimento investigatório. (STF – HC: 89837 DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-218 DIVULG 19-11-2009 PUBLIC 20-11-2009 EMENT VOL-02383-01 PP-00104).

CONCLUSÃO

Esta monografia se propôs a examinar permissão constitucional da atuação do Ministério Público no âmbito da investigação criminal e seus limites.

Ao analisar os artigos 129 e 144 da Constituição Federal, observa-se que foi destinada à Polícia Civil e Federal a função de polícia judiciária do Estado e da União, respectivamente, a quem primeiramente incumbiria a investigação preliminar. Todavia, em nenhum momento, atribuiu-se às polícias a exclusividade da investigação, tanto é assim que a outros órgãos, entre os quais as CPIs, foi conferida competência para tal. Não é de entender aqui a configuração do adrede mencionado silêncio eloquente eis que não é possível se extrair do contexto que o legislador propositalmente quis excluir a possibilidade da atuação do Ministério Público, tampouco se configura a hipótese de lacuna de formulação uma vez que, no inciso IX do art. 129 da Carta Magna, ficou autorizado o exercício de outras funções que lhe sejam conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedadas a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Ou seja: fazendo-se uma interpretação sistemática do texto constitucional, verifica-se que o art. 144⁵⁷ não tem nenhum reflexo sobre a legitimidade do Ministério Público para investigação criminal.

Não há na Constituição nenhuma previsão de monopólio da Polícia Judiciária para a investigação criminal, e sustentar essa tese com base em projetos

⁵⁷ Art. 144 – A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a 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 entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei; 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; (Alterado pela EC-000.019-1998) 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.

constitucionais não aprovados não constitui diretriz hermenêutica capaz permitir uma interpretação apta a encerrar um debate de crucial importância para a sociedade.

A questão posta na PEC 37 resultou de uma disputa corporativista entre o Ministério Público e as Polícias que tem origem na Constituição de 1988, quando o Ministério Público foi elevado à condição de instituição permanente e essencial ao exercício da justiça, sendo-lhe conferidas as mesmas garantias que aos magistrados e inúmeras atribuições, a polícia, até então muito prestigiada no período anterior do regime militar, não logrou o mesmo sucesso e ainda se viu ameaçada de se tornar categoria subordinada aos promotores de Justiça, que sobre si passariam a exercer controle.

É imperioso observar que primeira e única finalidade da investigação criminal é formar a *opinio delicti*. Assim, conforme leciona Marcelo Lessa Bastos⁵⁸ se o Ministério Público é o único legitimado, segundo dispõe o art. 129 da Constituição Federal, à propositura da Ação Penal Pública, é inadmissível que, sendo esta obrigatória, fique dependendo da autoridade policial para exercer seu *munus* constitucional. Igual conclusão chega à luz da teoria das competências implícitas, pois, se ao Ministério Público cabe a avaliação imediata e exclusiva da investigação feita pela polícia, podem-se requisitar diligências e a instauração de inquéritos, e, se requisitar significar ordenar fazer, por que não poderia ele próprio fazer?

Não se pode perder de vista, todavia, que a atuação do Ministério Público na investigação criminal será sempre dentro dos limites da reserva legal, ou seja, muitos atos somente podem ser realizados com autorização judicial, e, sendo tal limite previsto constitucionalmente, não comporta exame no caso concreto ou qualquer exceção. Extrai-se ainda do texto constitucional que os atos de investigação do Ministério Público também sofrem limitação do princípio da eficiência, que significa que a atuação deste somente se justifica quando foi de interesse do princípio da fundamentação, segundo o qual os atos do Ministério Público devem ser fundamentados em razão de ordem legal e prática; do princípio do promotor natural, segundo o qual a escolha do promotor deve ser feita de acordo

⁵⁸ BASTOS, Marcelo Lessa. **A investigação nos crimes de ação penal de iniciativa pública**: papel do Ministério Público: uma abordagem à luz do sistema acusatório e do garantismo. 2004.

com as regras previamente estabelecidas de distribuição de serviços, sendo vedada a distribuição casuística que implicaria o promotor de exceção.

Finalmente, deve ficar assente que se faz necessária e indispensável a atuação legislativa para regulamentar, de uma vez por todas, a iniciativa investigatória do Ministério Público para que não haja espaço para nenhum abuso. A regulamentação por meio de lei, como ensina Canotilho, dinamiza as dimensões jurídicas fundamentais.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Ministério Público e sua Investigação Criminal**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquematizado**. 3. ed. São Paulo: Método, 2011.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 12. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BASTOS, Marcelo Lessa. **A investigação nos crimes de ação penal de iniciativa pública: papel do Ministério Público: uma abordagem à luz do sistema acusatório e do garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CALABRICH, Bruno. **Investigação Criminal pelo Ministério Público, fundamentos e limites constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional**. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1997.

DAURA, Anderson de Souza. **Inquérito Policial: Competência e Nulidades de Atos de Polícia Judiciária**. 2. ed. Campinas: Juruá, 2008.

FARIAS, Cristiano Chaves. **Temas atuais do Ministério Público**. 3. ed. Salvador: Jus Podium, 2012.

FERRAJOLI, Luigi, **Direito e Razão, Teoria do Garantismo Penal**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

HAMILTON, Sérgio Demoro. **Temas de processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

_____. **Direito Processual Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

KAK, Marcos. **O Ministério Público na investigação penal preliminar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 3. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 60-61.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O inquérito civil**: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Curso de Investigação Criminal**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil Interpretada e legislação Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.

_____. **Discussão sobre investigação pelo MP é maniqueísta**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-14/entrevista-guilherme-souza-nucci-juiz-substituto-tj-sao-paulo>>. Acesso em: 24 abr. 2013.

_____. **Manual de processo penal e execução penal**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PACELLI, Eugênio. **O Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo Penal. O Direito de Defesa: repercussão, amplitude e limites**. 3. ed. São Paulo, 2001.

PIRES, Homero. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1932. v. I.

RANGEL, Paulo. **Investigação criminal direta pelo Ministério Público: visão crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. **Direito Processual Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SILVA, Marcio Alberto Gomes. **Inquérito Policial: uma análise jurídica e prática da fase pré-processual**. Campinas: Millenium, 2012.

SOUZA, Luiz Roberto Salles; ARCANJO, Ana Carolina Buffulin. **Investigação Defensiva**. São Paulo: Scortecci, 2011.

SOUZA, Sergio Ricardo de; SILVA, Willian. **Manual de Processo Penal Constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. FELDENS, Luciano. **Crime e Constituição**: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TUCCI, Rogério Lauria. **Ministério Público e Investigação Criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.