



FACULDADE METROPOLITANA SÃO CARLOS – FAMESC
CURSO DE GRADUAÇÃO BACHARELADO EM DIREITO

RÔMULO SEUFITELE PINTO

**OS POSICIONAMENTOS TEÓRICOS SOBRE O PODER DE
INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

Bom Jesus do Itabapoana/RJ
Novembro - 2016

RÔMULO SEUFITELE PINTO

**OS POSICIONAMENTOS TEÓRICOS SOBRE O PODER DE
INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

Monografia apresentada como parte dos requisitos necessários para a conclusão do curso de Bacharel em Direito, sob orientação da Orientadora Inessa Trocilo Rodrigues de Azevedo e Coorientador Me. Tauã Lima Verdán Rangel da Faculdade Metropolitana São Carlos – FAMESC.

**Bom Jesus do Itabapoana/RJ
Novembro – 2016**

FICHA CATALOGRÁFICA
Faculdade Metropolitana São Carlos – FAMESC
Preparada pela Biblioteca Marlene Henriques Alves
27/2016

P659p Pinto, Rômulo Seufitele.

Os posicionamentos teóricos sobre o poder de investigação criminal do ministério público / Rômulo Seufitele Pinto. – Bom Jesus do Itabapoana, RJ, 2016.

64 f.

Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade Metropolitana São Carlos. Bom Jesus do Itabapoana, 2016.

Orientador: Inessa Tróculo Rodrigues Azevedo.

Coorientador: Tauã Lima Verdun Rangel.

Bibliografia: f. 62-64.

1. INQUÉRITO POLICIAL 2. POLÍCIA JUDICIÁRIA 3. MINISTÉRIO PÚBLICO. 4. PODER DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL I. Faculdade Metropolitana São Carlos II. Título.

CDD 345.8105

RÔMULO SEUFITELE PINTO

**OS POSICIONAMENTOS TEÓRICOS SOBRE O PODER DE
INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

Monografia aprovada em ___/___/___ para obtenção do título de Bacharel em
Direito

Monografia avaliada em ___/___/___

Formatação: () _____

Nota final: () _____

Professor Me. Inessa Tróculo Rodrigues Azevedo
Orientador

Professor Me. Tauã Lima Verdán Rangel
Coorientador e Revisor de Metodologia

Professor(a) Revisor de Conteúdo

Professor(a) Revisor de Conteúdo

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a todos os meus familiares por terem me incentivado e apoiado na decisão de cursar direito na Faculdade Metropolitana São Carlos e em especial à minha mãe Aleida Maria Seufitele Pinto e meu falecido pai Marcos Ayres Pinto, cujos sacrifícios foram parte indissolúvel nesse processo de conclusão dessa importante graduação. Dedico por fim este trabalho à minha consorte Milena de Souza Machado, que tem dividido comigo ao longa dessa jornada acadêmica o peso das responsabilidades e as vicissitudes da vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar à Deus e a espiritualidade, pelo apoio incondicional que me disponibilizaram nessa importante etapa da minha vida profissional. A minha consorte Milena de Souza Machado pelo companheirismo e equilíbrio emocional.

A minha orientadora, Inessa Trocilo Rodrigues de Azevedo, pela valiosa orientação, e acima de tudo pela compreensão e paciência com as minhas recorrentes dificuldades na elaboração deste trabalho científico e por fim ao meu Coorientador Me. Tauã Lima Verdán Rangel, que me prestou valioso auxílio na formatação e na

adequação deste trabalho científico às normas da Faculdade Metropolitana São Carlos.

RESUMO

O presente trabalho científico versa sobre o poder de investigação criminal do Ministério Público no ordenamento jurídico brasileiro. A escolha do tema sobrevém da necessidade de compreender melhor as condições que determinam e autorizam as investigações criminais realizadas por membros do Ministério Público, observando até que ponto a Carta Magna de 1988 autorizou e se tal autorização se encontra explícita ou implicitamente no texto constitucional. Será objeto de análise também, algumas questões concernentes à instituição, tais como sua origem, princípios, atribuições e organização, além de uma rápida e escorreita análise do inquérito policial. Por fim, serão abordados, os argumentos doutrinários e jurisprudenciais que são afetos ao tema, fazendo um comparativo entre os entendimentos favoráveis e desfavoráveis à luz da legislação vigente.

Palavras-chaves: Inquérito Policial. Polícia Judiciária. Ministério Público. Poder de Investigação Criminal.

ABSTRACT

The present scientific work deals with the power of criminal investigation of the Public Prosecutor in the Brazilian legal system. The choice of topic stems from the need to better understand the conditions that determine and authorize criminal investigations conducted by members of the Public Prosecutor's Office, noting to what extent the 1988 Constitution authorized and whether such authorization is explicitly or implicitly contained in the constitutional text. Some questions concerning the institution, such as its origin, principles, attributions and organization, will also be analyzed, as well as a quick and scant analysis of the police investigation. Finally, the doctrinal and jurisprudential arguments that are related to the subject will be addressed, making a comparative between the favorable and unfavorable understandings in light of the current legislation.

Keywords: Police Investigation. Judicial Police. Public Prosecutor. Criminal Investigation Power.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 ORIGEM HISTÓRICA E PRINCÍPIOS INSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO	12
1.1 Evolução Histórica do Ministério Público.....	12
1.2 Da Organização do Ministério Público Segundo à Constituição Federal de 1988.....	13
1.3 Princípios Institucionais do Ministério Público.....	14
1.3.1 Princípio da Unidade.....	14
1.3.2 Princípio da Indivisibilidade.....	15
1.3.3 Princípio da Independência ou Autonomia Funcional.....	16
1.3.4 Princípio do Promotor Natural.....	17
1.4 Funções Institucionais do Ministério Público.....	18
1.5 O Ministério Público Enquanto Parte Imparcial.....	19
2 A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL	23
2.1 Inquérito Policial.....	26
2.1.1 Características do inquérito policial.....	26
2.1.1.1 Discricionariedade.....	27
2.1.1.2 Escrito.....	28
2.1.1.3 Sigiloso.....	28
2.1.1.4 Oficialidade.....	29
2.1.1.5 Oficiosidade.....	29
2.1.1.6 Indisponibilidade.....	31
2.1.1.7 Inquisitivo.....	31
2.1.1.8 Autoritariedade.....	32
2.1.1.9 Dispensabilidade.....	33
2.1.2 Limitação Temporal.....	34
2.1.3 Valor Probatório do Inquérito Policial.....	36
2.1.4 Competência do Inquérito Policial.....	37
2.1.4.1 Critério Territorial.....	37
2.1.4.1 Critério Material.....	38
2.1.4.3 Critério em Razão da Pessoa.....	39

3 A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PRESIDIDA DIRETAMENTE PELO REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	40
3.1 Argumentos Favoráveis à Investigação Criminal Presidida pelo <i>Parquet</i>	44
3.1.1 Da Teoria dos Poderes Implícitos.....	44
3.1.2 A Polícia Judiciária e a não exclusividade na Investigação Criminal.....	47
3.1.3 Inexistência de Ofensa ao Contraditório.....	49
3.2 Argumentos Desfavoráveis à Investigação Criminal Presidida pelo <i>Parquet</i>	52
3.2.1 Da Exclusividade do Poder de Investigação Criminal da Polícia Judiciária.....	52
3.2.2 Da Violação ao Sistema Acusatório.....	55
3.2.3 Da Inexistência de Limitação e Previsão Legal para o Poder de Investigação Criminal do Ministério Público.....	56
CONCLUSÃO.....	59

INTRODUÇÃO

Trata-se de um trabalho científico que versa sobre os posicionamentos teóricos acerca do poder de investigação criminal do Ministério Público, para melhor situar o leitor na problemática que o tema circunda, serão abordados inicialmente, alguns aspectos históricos da instituição que guardam relevância com sua identidade atual, além de uma apertada síntese, de seus princípios institucionais, previstos na Constituição da República de 1988. Como não poderia ser diferente, serão abordados também no decorrer deste trabalho científico, as funções institucionais afetas ao Ministério Público, seguidas de uma rasa análise de sua imparcialidade enquanto parte processual.

Já no segundo capítulo, serão feitas abordagens doutrinárias com relação a investigação criminal, com a consequente análise do instrumento mais utilizado para este fim, que é o inquérito policial, discorrendo pormenorizadamente sobre cada uma de suas características e elencando sua relevância no sistema acusatório brasileiro. Será ainda objeto de estudo, a visão doutrinária quanto à necessidade e ou dispensabilidade do inquérito policial, em especial naqueles casos em que o *Parquet* já dispõe de elementos suficientes para a propositura da ação penal, fazendo um passeio pelos limites territoriais do inquérito policial e da valoração da prova produzida na fase preliminar de persecução penal.

Por fim, será finalmente abordado o tema principal deste trabalho científico, que é a possibilidade do membro do Ministério Público exercer o poder de investigação criminal, fazendo uma abordagem dos argumentos principais que lhe conferem essa capacidade e daqueles que são comumente utilizados pela doutrina para lhe rechaçar essa faculdade, abordando não apenas a visão doutrinária do tema, como também e principalmente à jurisprudencial, com especial relevo no RE n°. 593.727/MG, em que o plenário do Supremo Tribunal Federal, conferiu ao *Parquet*, por maioria de votos, o poder de empreender investigação criminal.

Dentre os argumentos favoráveis serão abordados: a) a teoria dos poderes implícitos, que é de onde decorre a fundamentação jurídica que embasa a legitimação do Ministério Público no exercício do poder de investigação criminal; b) a inexistência de monopólio da polícia judiciária no que toca as

investigações criminais, elencando alguns dos órgãos que exercem esse mesmo poder de investigação; c) a ausência de afronta ao contraditório, que se perfaz na argumentação de que os elementos colhidos na fase inquisitorial só servem para subsidiar a propositura da ação penal, não sendo valorados para sustentar um decreto condenatório, exceto quando reiterados em juízo sob o crivo do contraditório.

E por fim, no que toca aos argumentos desfavoráveis, serão objeto de consideração os seguintes: a) a exclusividade do poder de investigação criminal da polícia judiciária, por inexistir comando constitucional específico que delimite e permita o poder de investigação criminal do Ministério Público; b) a violação ao sistema acusatório, decorrente da atuação do membro do Ministério Público que colocaria em desvantagem a defesa pela produção tendenciosa de provas; c) a ausência de previsão legal e limitação a atuação do *Parquet* investigador.

1 ORIGEM HISTÓRICA E PRINCÍPIOS INSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público como se sabe, foi uma instituição que ganhou relevo e foi evoluindo gradativamente ao longo dos muitos anos que remontam sua aparição, para melhor situar o leitor nos aspectos principais da instituição, será abordado nesse capítulo inaugural, alguns pontos concernentes à evolução histórica do Ministério Público, além de uma análise esboçada, de seus princípios institucionais.

1.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Segundo leciona Alexandre de Moraes, a origem do Ministério Público remonta uma época longínqua de cerca de quatro mil anos atrás, na figura do funcionário real do Egito que era conhecido pelo nome de *Magiai*, cuja função era nada mais nada menos que a de castigar os rebeldes, reprimir os violentos e proteger os cidadãos pacíficos (MORAES, 2012).

Há, no entanto, autores que conseguem enxergar, nos Éforos de Esparta (MORAES, 2012), o Ministério Público em processo de evolução, tendo em vista que nessa época, já detinham a função de contrabalancear o poder do real e possuíam também o *ius accusationis*.

Outra menção honrosa dos primórdios da instituição, encontra-se na Roma antiga, na figura dos procuradores de Cesar (MORAES, 2012, p. 624), cujas funções englobavam as de vigiar a administração dos bens do imperador.

Na idade média, também se observa, origens do órgão acusador, nas figuras dos *saions germânicos*, nos *ballios* e por fim nos *senescaís*, aos quais incumbiam a defesa dos senhores feudais em juízo, sendo oportuno mencionar, a figura do *Anklager* que era o acusador comum na Alemanha (MORAES, 2012).

No Brasil, segundo o ínclito Antonio Claudio Machado, o surgimento da instituição foi precedido das Ordenações Manuelina no ano de 1521, que inaugurou ao lançar a figura do Promotor de Justiça (1998, p. 15).

A esse respeito, aduziu Antonio Mello de Camargo Ferraz:

As Ordenações Manuelinas de 1521, já mencionavam o Promotor de Justiça e suas obrigações perante as casas de

suplicação e nos juízos das terras. Nelas estavam presentes as influências dos direitos francês e canônico. Segundo estas, o Promotor deveria ser alguém: letrado e bem entendido para saber espertar e alegrar as causas e razões, que para lume e clareza da justiça e para inteira conservação dela convêm. (FERRAZ, 1999 apud ALVES, 2007, p. 38)

É inegável, que houveram muitas outras aparições do órgão acusador, ao longo da história de diversos outros países, dentre os quais, inoportuno seria, não relembrar de Portugal nos anos de 1289 e 1387, e na França no século XIV, onde a instituição ganhou maior relevo e importância (MORAES, 2012, p. 624).

No Brasil, o surgimento da instituição se desenvolveu de maneira lenta, tendo como marcos importantes, a criação da Constituição de 1824, em que se fazia rápida menção “ao promotor da ação penal”, e a Constituição de 1934, ocasião em que o órgão ministerial, passou a ser tratado com maior preocupação pelo constituinte. (MORAES, 2012)

Naquela ocasião, já se vislumbrava, uma crescente evolução dos direitos dos membros da instituição, que não só se emparelhavam em vencimentos aos desembargadores na esfera Estadual, como também se igualavam em termos pecuniários aos ministros do Supremo Tribunal Federal, em se tratando neste último caso, do cargo de chefe do Ministério Público no âmbito Federal (Procurador Geral da República). (MORAES, 2012)

1.2 DA ORGANIZAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO SEGUNDO À CONSTITUIÇÃO DE 1988

A constituição atual, situou o Ministério Público em capítulo especial desvinculando-o, de qualquer dos Poderes constitucionais, consagrando sua tão importante autonomia funcional e administrativa, conforme se extrai do disposto no artigo 127, *caput*, e 127, § 1º, da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, oportuno colacionar o posicionamento do ex Ministro do Supremo Tribunal Federal Sepúlveda Pertence:

[...] a seção dedicada ao Ministério Público insere-se, na Constituição de 1988, ao final do título IV – Da organização dos Poderes, no seu Capítulo III – Das funções Essenciais à Justiça.

A colocação tópica e o conteúdo normativo da Seção revelam a renúncia, por parte do constituinte de definir explicitamente a posição do Ministério Público entre os Poderes do Estado. (PERTENCE apud MORAES, 2012, p. 629-630)

Ainda nesse ínterim, o insigne ex Ministro da Suprema Corte, conclui alegando o seguinte:

[...] desvinculado do seu compromisso original com a defesa judicial do Erário e a defesa dos atos governamentais aos laços de confiança do Executivo, está agora cercado de contraforte de independência e autonomia que o credenciam ao efetivo desempenho de uma magistratura ativa de defesa impessoal da ordem jurídica democrática, dos direitos coletivos e dos direitos da cidadania. (PERTENCE apud MORAES, 2012, p. 630)

Quanto à abrangência constitucional da instituição, esta engloba: O Ministério Público dos Estados e o Ministério Público da União que compreende: o Ministério Público do Trabalho; o Ministério Público Militar; o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

1.3 PRINCÍPIOS INSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público possui como princípios institucionais previstos na Constituição Federal, a unidade, a indivisibilidade, a independência funcional e o princípio do promotor natural, ao passo que infraconstitucionalmente, são elencados pela doutrina ainda os princípios do exercício da ação penal, da irrecusabilidade e da irresponsabilidade. (MORAES, 2012)

Releva mencionar, que todos os princípios institucionais do Ministério Público, devem ser analisados e interpretados em relação a cada um dos ramos do *Parquet*, seja ele do MPU, com suas consequentes subdivisões, ou mesmo os MPEs, haja vista que, inexistente hierarquia entre qualquer deles. (MORAES, 2012, p. 631)

1.3.1 Princípio da unidade

O princípio da unidade significa que os membros do Ministério Público integram um só órgão sob a direção única de um só Procurador-geral, seja ele o

Procurador Geral de Justiça, na esfera Estadual, ou Procurador Geral da República, quando compreender a esfera Federal e ou se tratar do Distrito Federal, cabendo ser mencionado, que a unidade abrange apenas cada um dos Ministérios Públicos. (MORAES, 2012)

Nesse raciocínio, oportuna a ponderação de Carlos Roberto de Castro Jatahy:

A unidade traduz a identidade do Ministério Público como Instituição. Seus membros não devem ser identificados na sua individualidade, mas sim como integrantes de um mesmo organismo, que tem a função de exercer as tarefas constitucionais que lhe foram deferidas pela Carta Magna. Ao atuarem, oficiam em nome da Instituição e a representam como um todo. Deve existir no ordenamento constitucional brasileiro apenas um Ministério Público, embora com atribuições distribuídas e multifacetadas perante os vários ramos do Poder Judiciário da União e justiças estaduais. (JATAHY, 2009, p. 123)

Ainda nesse caminhar, esclarece Júlio Fabbrini Mirabete:

Os membros do Ministério Público podem ser substituídos uns pelos outros, sempre na forma prevista em lei, sem que se perca o sentido da unidade, exercendo cada um suas tarefas não em nome pessoal e sim como órgão da instituição que atua por intermédio de seus agentes para cumprir sua missão. (MIRABETE apud ALVES, 2007, p. 47-48)

Portanto, é de fácil observação, que o princípio da unidade traz a ideia de que os membros de um determinado Ministério Público, são a personificação da instituição, não havendo qualquer diferença entre eles enquanto atuarem na mesma esfera de competência, seja ela Estadual ou Federal, respeitadas as demais regras previstas na legislação orgânica e complementar afeta a cada órgão de atuação.

1.3.2 Princípio da indivisibilidade

Este princípio preceitua que o Ministério Público é uno, isto é, nenhum de seus membros se vinculam pessoalmente aos processos em que atuem, podendo ser substituídos, a qualquer tempo, por seus pares, respeitadas as

normas legais. O princípio da indivisibilidade é na visão de muitos doutrinadores, um verdadeiro corolário do princípio da unidade, tendo em vista que o Ministério Público, não pode se subdividir em outros Ministérios Públicos autônomos e desvinculados. (MORAES, 2012)

Em sentido semelhante, já havia exarado seu parecer o ínclito doutrinador Valter Foletto Santin, quando aduziu *in verbis*:

A indivisibilidade significa que a instituição é um todo indivisível é único o ofício de Ministério Público, podendo um membro ser substituído por outro da mesma carreira e ramo (membro do Ministério Público Federal por outro membro do mesmo ramo; membro do Ministério Público do Estado de São Paulo, por outro membro do Ministério Público de São Paulo, não do Paraná nem de outro Estado, vice-versa), sem que interfira no desempenho das funções (SANTIN, 2001, p. 168).

Desta feita, observa-se, que o princípio da indivisibilidade repousa sobre a premissa de que as atribuições constitucionais do Ministério Público gravitam sobre a instituição, e não sobre a figura pessoal do Promotor de Justiça, que atua como intermediário da vontade de toda a instituição.

1.3.3 Princípio da independência ou autonomia funcional

O órgão do Ministério Público é independente no exercício de suas funções jurídicas, não sendo sujeito ao posicionamento ou opinião de quem quer que seja no decorrer de um processo em que atue, prestando contas de seus atos apenas à Constituição Federal, às leis e à sua própria interpretação jurídica destas. (MORAES, 2012)

Vale dizer, que esse princípio é o grande pilar que sustenta a autonomia dos membros da instituição, posto que é através dele, que os titulares de determinado órgão de atuação, não se vinculam ou se sujeitam, ao parecer jurídico de qualquer outro *Parquet*, independentemente de sua posição hierárquica.

Ainda nesse caminhar, é por evidente, que é admissível aos órgão da administração superior, tecerem recomendações acerca da atuação funcional

dos integrantes da instituição, sendo defeso apenas, que tais recomendações, tenham caráter normativo. (MORAES, 2012)

Um exemplo muito clássico trazido por Alexandre de Moraes, se encontra na redação do artigo 28, do Código de Processo Penal, em que prevê, que nos casos em que houverem discordância entre o parecer do promotor de justiça requisitando arquivamento e o entendimento do Procurador-geral de Justiça de que a questão requer maiores ponderações, prevalecerá o posicionamento já firmado do proponente da ação penal, não podendo o chefe da instituição, determinar que aquele atue em desacordo com sua própria convicção jurídica, devendo promover por conta própria ou mediante designação de outro órgão de atuação, *Parquet* para solicitar novas diligências investigatórias ou mesmo oferecer a exordial acusatória.

1.3.4 Princípio do promotor natural

O princípio ora em comento tem por sustentação, coibir as incidências de designação arbitrária de membros do Ministério Público, visando impedir que o chefe da instituição, nomeie *Parquet* específico para patrocinar determinado caso jurídico. Consiste na necessidade de existir um órgão de atuação já previamente formado, que esteja investido de atribuição para atuar no feito, e não tão somente, que a escolha do proponente, seja feita por “encomenda”. (TÁVORA, 2015)

Importante ressaltar, que o aludido princípio foi reconhecido pela maioria dos votos dos membros do plenário do Supremo Tribunal Federal na apreciação do HC de nº 67.759/RJ, de relatoria do Ministro Celso de Mello, ocasião em que a Suprema Corte, assentou entendimento contrário a possibilidade do chefe da instituição de criar a figura do promotor de exceção. Veja-se:

[...] o postulado do Promotor Natural, que se revela imanente ao sistema constitucional brasileiro, repele, a partir da vedação de designações casuísticas efetuadas pela Chefia da Instituição, a figura do *acusador de exceção*. Esse princípio consagra uma garantia de ordem jurídica, destinada tanto a proteger o membro do Ministério Público, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente do seu ofício, quanto a tutelar a

própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o Promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e pré-determinados, estabelecidos em lei. A matriz constitucional desse princípio assenta-se nas cláusulas da independência funcional e na inamovibilidade dos membros da instituição. O postulado do Promotor Natural limita, por isso mesmo, o poder do Procurador-Geral que, embora expressão visível da unidade institucional, não deve exercer a Chefia do Ministério Público de modo hegemônico e incontrastável. (MELLO, apud MORAES, 2012, p. 633-634)

É inadmissível, portanto, após o advento da Carta Política de 1988, que o Procurador-geral faça designação arbitrária de Promotores de Justiça para atuarem em promotoria em que já exista militando outro Promotor, caso em que se fosse permitida a substituição, se estaria violando a prerrogativa legal do *Parquet* de inamovibilidade, que engloba não só o cargo como também a função. (MORAES, 2012)

1.4 FUNÇÕES INSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Após a entrada em vigor da Carta Magna de 1988, a instituição angariou um patamar bem mais elevado de funções, se constituindo em um verdadeiro órgão de defesa da sociedade que abarca em sua esfera de atuação, tanto o campo jurídico penal, mediante a titularidade da ação penal pública, quanto também a esfera cível, enquanto fiscal dos Poderes Públicos, e detentor da titularidade do inquérito civil e da ação civil pública. (MORAES, 2012)

Importante ressaltar, que as funções constitucionalmente estabelecidas à instituição, a que aduzem os incisos I ao IX, do artigo 129, da Constituição da República, não tiveram o condão, de exaurirem as atribuições do Ministério Público, que ainda conta com a possibilidade de lhe serem delegadas outras relevantes funções, desde que sejam compatíveis com sua finalidade constitucional ou mesmo de grande relevância para o ordenamento jurídico pátrio, consoante se extrai do disposto no artigo 25, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. (MORAES, 2012)

Dentre essas funções de grande relevância, leia-se: a) propor ação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais, em

face da Constituição Estadual; b) promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei; c) manifestar-se nos processos em que sua presença seja obrigatória por lei e, ainda, sempre que cabível a intervenção, para assegurar o exercício de suas funções institucionais, não importando a fase ou grau de jurisdição em que se encontrem os processos; d) exercer a fiscalização dos estabelecimentos prisionais e dos que abriguem idosos, menores, incapazes ou pessoas portadoras de deficiências; e) deliberar sobre a participação em organismos estatais de defesa do meio ambiente, neste compreendido o do trabalho, do consumidor, de política penal e penitenciária e outros afetos à sua área de atuação; f) ingressar em juízo, de ofício, para responsabilizar os gestores do dinheiro público condenados por tribunais e conselhos de contas; g) interpor recursos ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça.

1.5 O MINISTÉRIO PÚBLICO ENQUANTO PARTE IMPARCIAL

É por certo, que muito já se ouviu falar, que o Ministério Público atua como parte imparcial no decorrer de um processo, embora esta afirmação seja juridicamente insuficiente para abordar todas às nuances que o assunto levanta conforme se observa da análise doutrinária do assunto.

A *prima facie* deve ser mencionado, que existem duas concepções que precisam ser levantadas para a descortinação do tema, que são elas decorrentes da função exercida pelo *Parquet* em um determinado caso concreto.

Conforme reza o artigo 257, incisos I e II, do Decreto lei nº 3.689/41: “Art. 257. Ao Ministério Público cabe: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma estabelecida neste Código; e II - fiscalizar a execução da lei” (BRASIL, 1941).

Como bem se observa da leitura literal da lei, é possível vislumbrar no Ministério Público, duas situações distintas em que atua como parte, seja na condição de autor, nos casos em que envolva ação penal pública condicionada ou incondicionada, seja na condição de interveniente, nos casos afetos, a ação penal privada enquanto fiscal da lei. (MAZZILLI, 1991)

Ainda nessa linha de raciocínio, é possível afirmar, que o Ministério Público é imparcial no sentido moral e não no viés meramente processual, posto

que no primeiro caso, atua como titular de ônus e faculdades na relação processual em defesa de um interesse público, que se pôde presumir, que esta isento de qualquer interesse privado, ao passo que no segundo caso, a grosso modo, possui interesse processual, enquanto parte no processo que já se manifestou e exarou suas manifestações. (MAZZILLI, 2011)

Desta maneira, ainda que o órgão de atuação moralmente falando, nenhuma razão tenha para se interessar em condenar um inocente, não deixa de agir impelido na busca da satisfação de sua pretensão processual, que pode envolver desde a aplicação correta da lei, enquanto *custos iuris*, ou mesmo da defesa dos direitos sociais ou individuais indisponíveis.

Nessa questão, o ínclito doutrinador Hugo Nigro Mazzilli é esclarecedor:

[...] Mais importante, portanto, do que dizer inutilmente que ele é fiscal da lei, ou mais relevante do que perquirir se o Ministério Público é parte imparcial, é buscar saber a *causa* que o trouxe ao processo, para daí buscar as *finalidades* protetivas de sua atuação. A causa da atuação ora é um interesse ligado a uma pessoa, ou a uma relação jurídica, ou ao bem de todos; mas, seja numa hipótese ou noutra, sempre haverá um interesse público a ser zelado pela instituição, que será o zelo por uma indisponibilidade ou a defesa de um interesse de grande abrangência ou relevância social. Num processo em que não haja interesse algum pelo qual deva zelar, então nesses autos não deve estar oficiando. (MAZZILLI, 2011, p. 07)

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, argumenta José Frederico Marques:

[...] Esse fato é inconcebível, pois se assim o fosse, não haveria a necessidade de um juiz para decidir sobre a acusação; nesse caso, existiria um *bis in idem*. Se o promotor não atuar como parte na ação penal, ficará debilitada a função de repressão do Estado. O papel do promotor, no processo, não é na defesa do réu, nem como juiz, e sim como órgão de interesse punitivo do Estado. (MARQUES, 2002, p. 41)

Ainda a esse respeito, oportuno o parecer do ilustre doutrinador Fernando Capez. Veja-se:

[...] Impossível é negar ao Ministério Público a natureza de parte no processo penal, eis que exerce atividade postulatória, probatória e qualquer outra destinada a fazer valer a pretensão

estatal em juízo. Todavia, há que se reconhecer que o mesmo não é uma parte qualquer, porquanto age animado não por interesses privados, mas por interesses públicos, coincidentes com os escopos da atividade jurisdicional (atuação do direito material, pacificação social e asseguramento da autoridade do ordenamento jurídico). (CAPEZ, 2015, p. 227-228)

Outro ponto muito debatido ainda sobre esse assunto, repousa no fato de que seria inapropriado dizer que o Ministério Público é parte processual por ter ele a faculdade de requisitar a absolvição do inculpado, e ainda, de promover o arquivamentos, o que não pareceria lógico caso o Ministério Público tivesse o status de parte processual. Embora o argumento seja válido, inegavelmente que há na doutrina quem discorde dessa imparcialidade, como por exemplo o ínclito doutrinador Auri Lopes Jr., que em sua página na rede social do facebook, elencou alguns dos motivos pelos quais entende inadequada essa intitulação. Veja-se:

[...] Volta e meia me deparo com alguém falando que o Ministério Público atua, no processo penal, como uma parte imparcial, fiscal da lei. Isso está correto? Penso que não e vou analisar a questão desde uma perspectiva da estrutura do processo penal (para muito além do bem ou do mal, do bom ou do ruim...).

[...] E quando o MP pede a absolvição, não é porque atua como 'parte-imparcial'? Não. Assim o faz porque é o acusador público e, como tal, pauta sua conduta na legalidade e na impessoalidade. Se não existe prova suficiente para justificar a acusação, deve pedir a absolvição, pois constitui uma ilegalidade flagrante acusar sem provas suficientes. Não há que confundir imparcialidade com estrita observância da legalidade e da objetividade. (LOPES JR, 2013)

Traçadas essas ponderações, o que resta é fazer uma clara distinção entre imparcialidade e impessoalidade, expressões estas, incorretamente utilizadas como sinônimas em diversos casos. Ao órgão ministerial é exigido impessoalidade, o que não pode ser confundido com imparcialidade, haja vista que seria de todo inaceitável que o promotor de justiça acusasse impelido pura e simplesmente, por questões pessoais e ilegais.

Portanto, assim como um particular pode desistir de uma ação judicial que tenha previamente impulsionado por vislumbrar que incorreu em equívoco quanto a existência do direito pretendido, sem que isso altere seu status de parte

processual, inadmissível seria pensar, que tal não se aplica ao Ministério Público, que tem no seu atuar, sempre a observância da lei.

Deste modo, não obstante o Ministério Público atue na condição de imparcialidade por um dever moral e salutar de zelar pela correta aplicação da lei, por certo não deixa de ser parte no processo, e como tal, sempre será passível de se posicionar em defesa de seus próprios interesses punitivos em detrimento da parte contrária.

2 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Ao Estado, como se sabe, foi conferido o dever de zelar pela harmonia da vida em sociedade, mister que desempenha, por meio da criação de normas jurídicas e políticas públicas que promovam a conscientização dos cidadãos de que alguns comportamentos na vida em sociedade, não serão toleráveis, sujeitando seus praticantes, a uma certa punição que já tenha sido previamente estabelecida.

Deste modo, havendo a prática de uma conduta anti-jurídica, que aqui nos ocupa aquela concernente a esfera criminal, caberá ao Estado, enquanto detentor do direito de punir "*jus puniendi*", sujeitar o indivíduo a uma punição, que para que seja levada a efeito, necessitará da colheita de provas e demais formalidades processuais que possam coibir abusos e injustiças, consoante se extrai da interpretação sistemática do texto constitucional.

Nesse contexto, por evidente, que o constituinte originário, não quis sujeitar o indivíduo, ao arbítrio indiscriminado do Estado, sem criar a este último, qualquer limitação a seu direito de punir, criando para tanto, o devido processo legal, que garante ao indivíduo: "defesa ampla, regular contraditório, duplo grau de jurisdição, igualdade de partes". (TOURINHO FILHO, 2007, p. 190).

Assim sendo, para que o Estado possa exercer seu *jus puniendi*, deverá se valer do processo penal, e para que possa impulsioná-lo, necessitará de outro órgão para trazer ao judiciário, indícios mínimos de materialidade e autoria, que adquirirá, por meio da investigação criminal. A esse respeito, esclarece Fernando da Costa Tourinho Filho:

Essa primeira fase da persecução, embora não integre propriamente o *processo*, a ele se liga por uma necessidade lógica. Colhidas as primeiras notícias sobre a infração e identificado o seu autor, o Estado, já agora representado por outro órgão, o Ministério Público, leva ao conhecimento do Juiz, em petição circunstanciada, a *pretensão punitiva*, instaurando-se, assim, o *processo* (TOURINHO FILHO, 2007, p. 16).

Diante disso, para que a persecução penal tenha início, necessário se faz a presença do titular da ação penal, que é a quem incumbirá, o ônus de levar ao Poder Judiciário, os indícios mínimos de materialidade e autoria, que serão colhidos em regra, pela Polícia, consoante se extrai do disposto no artigo 144, §

4º, da Constituição Federal. Em outros termos, pode se afirmar, que a persecução penal estatal se constitui em duas etapas, em que a primeira ou preliminar, aborda a colheita de lastro probatório mínimo para a deflagração válida da fase seguinte, e a segunda que é a instauração do processo, resulta da propositura da ação penal perante o judiciário. (TÁVORA, 2015)

No entanto, impende destacar, que a Polícia não tem a titularidade exclusiva das investigações criminais, conforme o teor do artigo 4º, parágrafo único, do CPP, que consagra a possibilidade de inquéritos não policiais (ou extrapoliciais). Além disso, da análise detida da Constituição Federal, observa-se que não desejou o constituinte originário, que as investigações fossem concentradas unicamente nas mãos da polícia, haja vista que, no texto constitucional, trouxe a possibilidade de serem instituídos procedimentos administrativos alheios a seara policial, cuja destinação fosse a apuração de infrações penais, cabendo ainda, a utilização dessas peças de informação para instruir a propositura da ação criminal. (TÁVORA, 2015)

Em conformidade a esse entendimento, se posicionou o Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes, quando proferiu seu voto favorável ao poder investigatório do *Parquet* no Rext de nº 593.727, que por relevante, exponho a seguir:

Importante mais uma vez advertir que a atividade investigatória não é exclusiva da polícia judiciária. O próprio constituinte originário, ao delimitar o poder investigatório das comissões parlamentares de inquérito (CF, art. 58, § 3º), pareceu encampar esse entendimento. Raciocínio diverso – exclusividade das investigações efetuadas por organismos policiais – levaria à conclusão absurda de que também outras instituições, e não somente o Ministério Público, estariam impossibilitadas de exercer atos investigatórios, o que é de todo inconcebível. Por outro lado, o próprio Código de Processo Penal, em seu art. 4º, parágrafo único, dispõe que a apuração das infrações penais e sua autoria não excluirá a competência de autoridades administrativas a quem por lei seja cometida a mesma função. À guisa de exemplo, cito, entre outras, a atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito (CF, art. 58, § 3º), os procedimentos administrativos do Conselho de Controle de Atividades Financeiras COAF (Lei 9.613/98), da Receita Federal, pelo Bacen, da CVM, do TCU, do INSS e, por que não lembrar, *mutatis mutandis*, as sindicâncias e os processos administrativos no âmbito dos poderes do Estado. (MENDES, 2015, p. 88)

Releva mencionar, que o também Ministro da Suprema Corte Celso de Mello, já havia exarado parecer semelhante na ocasião em que votou no HC de nº 89.837/DF, quando aduziu *in verbis*:

Mostra-se importante assinalar, nessa linha de pensamento, que a *instituição policial*, **qualquer** que seja a dimensão política em que se ache estruturada (**quer** no âmbito da União, **quer** no dos Estados-membros), **não detém** , em nosso sistema normativo, **o monopólio** da competência investigatória **em matéria penal** , pois **tal como observa** BRUNO CALABRICH (**Investigação Criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais** , p. 103/104, item n. 3.4, 2007, RT), **apoiando-se** , para tanto, **em registro** feito por Luciano Feldens e Lenio Streck o ordenamento constitucional **não impede que outros** órgãos estatais, **diversos** da Polícia, **promovam** , **por direito próprio** , em suas respectivas áreas de atribuição, **atos** de investigação **destinados** a viabilizar a apuração e a colheita de provas **concernentes** a determinado fato **que atinja** valores jurídicos **postos** sob a imediata tutela **de referidos** organismos públicos, **independentemente** de estes posicionarem-se nos domínios institucionais do Poder Executivo **ou** do Poder Legislativo: (...) **No âmbito do Poder Executivo** , são citadas as investigações **realizadas** pela Receita Federal (Delegacias da Receita e seus ESPEI), pelo Bacen (Decif e COAF) e pela Corregedoria-Geral da União (hoje denominada Controladoria-Geral da União). **No Poder Legislativo** , **destacam-se as apurações** promovidas pelas CPI (art. 58, § 3.º, da CF/88), **além do inquérito** a cargo da Corregedoria da Câmara dos Deputados **ou** do diretor do serviço de segurança (no caso da prática de uma infração penal nos edifícios da Câmara dos Deputados - art. 269 do Regimento Interno da Câmara). (...). **Podem ser acrescentados diversos outros exemplos não citados na referida obra: as investigações realizadas pelos órgãos estaduais ou municipais correlatos aos federais (Receitas, Corregedorias, Comissões Parlamentares), pelo INSS (crimes contra a previdência social), pelas Delegacias do Trabalho (crimes contra a organização do trabalho, especialmente o trabalho escravo), pelo Ibama e pelos órgãos estaduais de proteção do meio ambiente (infrações penais ambientais). Todo esse rol (...) não é exaustivo, nada impedindo, ademais, que outras leis prevejam a atribuição investigatória de outros órgãos, desde que sua natureza e função se harmonizem com a estrutura constitucional em que se inserem.** (MELLO apud MENDES, 2015, p. 88-89).

Diante disso, certo é, que não há como negar que a tarefa de empreender investigações criminais não recai exclusivamente sobre a Polícia, uma vez que, como muito bem asseverado pelos ministros acima elencados, muitos são os órgão que detém a capacidade de empreenderem por conta própria,

investigações criminais, sendo absurdo pensar, que qualquer deles, diferem do Ministério Público ou não deveriam ter essa faculdade.

2.1 INQUÉRITO POLICIAL

O inquérito policial, é sem dúvida alguma, o mecanismo mais utilizado pela polícia judiciária no Brasil, para fazer a colheita de evidências a cerca da materialidade e autoria de um crime, podendo ser instaurado pela autoridade policial de ofício, ou a requerimento da parte a que couber a titularidade da ação penal, tendo índole eminentemente administrativa. (TÁVORA, 2015)

Na visão de Júlio Fabbrini Mirabete, o “inquérito policial é todo procedimento policial destinado a reunir os elementos necessários à apuração da prática de uma infração penal e de sua autoria”.

Assim, havendo ocorrido a prática de uma infração penal, é de rigor que a polícia civil investigue o delito, por força do que dispõe o artigo 144, § 4º, da Constituição Federal de 1988, a fim de que possa trazer ao Poder Judiciário, os substratos fáticos e jurídicos que compuseram o crime, descortinando não só as causas e consequências da infração penal, mas também e principalmente, identificando o autor e os elementos que materializaram a atuação delituosa. (DA SILVA, 1999)

Impende destacar, que trata-se de um procedimento preparatório e antecessor da ação penal, cuja finalidade é a de viabilizar a propositura da ação penal, que ficaria prejudicada caso não houvessem indícios mínimos de materialidade ou autoria. É portanto, um procedimento sumário que objetiva alcançar tão somente um juízo de probabilidade, e nunca de certeza. (LOPES JR, 2003)

2.1.1 CARACTERÍSTICAS DO INQUÉRITO POLICIAL

O inquérito policial, assim como qualquer procedimento administrativo, possui algumas características específicas que o diferenciam dos processos propriamente ditos, são elas:

2.1.1.1 Discricionariedade

Essa característica do inquérito, estabelece que a autoridade policial não está adstrita a manifestação de nenhuma das partes no decorrer do procedimento, podendo conduzir as investigações da forma que melhor que aprover. Isso inclui não necessitar atender aos requerimentos que lhe são solicitados pelo indiciado ou vítima, podendo fazer um juízo de conveniência ou oportunidade quanto a relevância daquilo que lhe foi requisitado. (TÁVORA, 2015)

É importante lembrar, que essa discricionariedade da autoridade policial não é absoluta, sofrendo algumas limitações legais com relação às figuras do Promotor de Justiça e dos juízes, que embora não sejam hierarquicamente superiores ao delegado, podem lhe requisitar diligências que este último, não poderá deixar de cumprir, por força do disposto no artigo 13, inciso II, do CPP. (TÁVORA, 2015)

Outro fator relevante resta no fato de que qualquer abuso praticado na fase inquisitiva é passível de correção por meio do correto remédio constitucional, conforme bem assevera Júlio Fabbrini Mirabete, senão vejamos:

O ato de polícia: é auto-executável, pois independe de prévia autorização do Poder Judiciário para sua concretização jurídico-material. Não se trata, porém de atividade arbitrária. Estando submetida ao controle jurisdicional posterior que se exerce através do habeas corpus, mandado de segurança e de outros remédios específicos. (MIRABETE, 2004, p. 81)

Diante disso, é de fácil observação, que caso não existisse esse controle jurisdicional posterior pela via escurrita do correto remédio constitucional, não seria possível sanar os abusos praticados pelas autoridades policiais no desempenho de suas funções públicas, que embora não sejam numerosos, por certo não poderiam ser consentidos.

2.1.1.2 Escrito

O inquérito policial precisa ser escrito, característica esta, que deriva tanto da finalidade preparatória do procedimento, como também do disposto no artigo 9º, do CPP, que estabelece que todas as provas devem ser reduzidas a escrito. Nessa linha de raciocínio, esclarece Nestor Távora:

Sendo procedimento administrativo destinado a fornecer elementos ao titular da ação penal, o inquérito, por exigência legal, deve ser escrito, prescrevendo o art. 9º, do CPP que “todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e neste caso, rubricadas pela autoridade”. Os atos produzidos oralmente serão reduzidos a termo. Nada impede, com base em interpretação progressiva da lei, que outras formas de documentação sejam utilizadas, de maneira a imprimir maior fidelidade ao ato, funcionando como ferramenta complementar à forma documental, como a gravação de som e/ ou imagem na oitiva dos suspeitos, testemunhas e ofendidos na fase preliminar (art. 405, § 1º, CPP), por meio de sistema audiovisual. (TÁVORA, 2015, p. 112)

É em virtude dessa imposição legal que todas as peças de informação e demais evidências colhidas na fase inquisitorial precisam ser reduzidas a termo para que possam ser usadas como subsidio para a propositura da ação penal.

2.1.1.3 Sigiloso

Diferentemente do processo penal que é público, o inquérito policial não admite publicidade, tal atributo, deriva do comando legal previsto no artigo 20 do CPP que estabelece que “ a autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigindo pelo interesse da sociedade”. (TÁVORA, 2015)

É importante ressaltar, que essa qualidade do inquérito objetiva assegurar, que as diligências investigatórias não terão empecilhos oriundos de ocultação de informação, influência sobre testemunhas e quaisquer outros abusos semelhantes. A esse respeito, pondera Júlio Fabbrini Mirabete:

Providenciar as diligências necessárias para a completa elucidação do fato sem que se oponham, no caminho, empecilhos para impedir ou dificultar a colheita de informação com ocultação ou destruição de provas, influência sobre testemunhas e etc (MIRABETE, 2004, p. 81).

Releva mencionar, que deve ser diferenciado o sigilo interno, que abarca a restrição ao acesso dos autos por parte do indiciado ou de seu mandatário, aquele do sigilo externo, que compreende a prevenção de divulgação de informações essenciais ao público em geral. (TÁVORA, 2015)

Com relação ao sigilo interno, assevera Fauzi Hassan Choukr:

O sigilo “interno” da investigação diz respeito ao acesso limitado aos autos tal como concebido na forma inquisitiva do processo penal, e configura verdadeira restrição a que o investigado e mesmo seu defensor possam consultar o produto da investigação. No direito brasileiro – assim como em outros países – o acesso limitado aos autos é dificultado pelo fato das investigações serem produzidas unilateralmente por agências públicas, haver escassa previsão legal de participação efetiva da defesa técnica – mesmo nas situações de constrição da liberdade ou de outros direitos fundamentais – e, sobretudo, pela própria cultura inquisitiva que permeia nosso sistema. (CHOUKR apud TÁVORA, 2015, p.113)

Não obstante o Brasil adote o modelo inquisitivo, como bem observa o doutrinador supracitado, não se admite no ordenamento jurídico brasileiro, a ocultação de peças de informações e evidências colhidas na fase inquisitorial do procurador do indiciado, consoante entendimento já pacificado do Pretório Excelso, que por nenhuma outra razão, sedimentou esse parecer editando o enunciado de nº 14, que reza in verbis:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Por fim, importante ressaltar, que havendo arbítrio por parte de autoridade policial, é admissível o manejo dos remédios constitucionais de mandado de segurança e de habeas corpus, sendo que no último caso, necessário se faz haver risco de ofensa à liberdade de locomoção do indiciado. (TÁVORA, 2015)

2.1.1.4 Oficialidade

Este princípio estabelece que o inquérito policial é uma atividade que deve ser desempenhada por órgão oficial, não podendo ficar a cargo do particular. (CAPEZ, 2005)

Outra ilação que se extrai do aludido princípio, resta no fato de que o procedimento investigatório precisar ser imparcial, uma vez que caso ficasse a cargo do ofendido produzir as provas, este, nenhum interesse teria, em produzir prova que beneficiasse a parte contrária, o que culminaria, em precário exercício do contraditório judicial. (MIRABETE, 2004)

2.1.1.5 Oficiosidade

Sempre que uma autoridade policial tomar conhecimento de um crime que seja de ação penal pública incondicionada, deverá obrigatoriamente e de ofício, instaurar o inquérito policial, haja vista que neste caso, sua atuação decorre de um imperativo legal (art. 5º, I, CPP), dispensando qualquer tipo de provocação ou autorização. (TÁVORA, 2015)

Nesse mesmo sentido, já havia se posicionado o ilustre doutrinador Fernando Capez:

As autoridades públicas incumbidas da persecução penal devem agir de ofício, sem necessidade de provocação ou de assentimento de outrem. O abrandamento é dado, novamente, pelos casos de ação penal de iniciativa privada (**CPP, art. 5º, § 5º**) e de ação penal pública condicionada. A regra não impede a provocação dos órgãos públicos por qualquer do povo, conforme o Código de Processo Penal, art. 27. (CAPEZ, 2005, p. 22)

No que toca os crimes de ação penal pública condicionada à representação, ou aqueles de iniciativa privada, condicionou o legislador a autoridade policial a permissão do ofendido para atuar, consoante se extrai do disposto no artigo 5º, § 4º e 5º, do CPP. (TÁVORA, 2015)

2.1.1.6 Indisponibilidade

Como já visto anteriormente, a persecução penal é de ordem pública, razão pela qual, havendo a instauração do procedimento investigatório, não poderá dele dispor a autoridade policial, devendo leva-lo até o seu fim, sob pena de infringir o preceito emanado da norma prevista no artigo 17, do CPP, cabendo ao Ministério Público, no caso anterior, requisitar o arquivamento do inquérito policial.

Nessas linhas, aduz Nestor Távora:

A persecução penal é de ordem pública, e uma vez iniciado o inquérito, não pode o delegado de polícia dele dispor. Se diante de uma circunstância fática, o delegado percebe que não houve crime, nem em tese, não deve iniciar o inquérito policial. Daí que a autoridade policial não está, a princípio obrigada a instaurar de qualquer modo o inquérito policial, devendo antes se precaver, aferindo a plausibilidade da notícia do crime, notadamente aquelas de natureza apócrifa (delação anônima). Contudo, uma vez iniciado o procedimento investigativo, deve levá-lo até o final, não podendo arquivá-lo, em virtude de expressa vedação contida no art. 17 do CPP. (TÁVORA, 2015, p. 116)

Portanto, como se pode observar, a indisponibilidade do inquérito policial é decorrente da indisponibilidade da persecução penal, ambas servindo como sustentáculo, da ação penal.

2.1.1.7 Inquisitivo

A natureza inquisitiva do inquérito, disrespeito ao fato de que as atividades persecutórias ficam concentradas nas mãos de uma única autoridade, prescindindo o exercício do contraditório e da ampla defesa. É de ser observado, que nessa fase pre-processual, não existem as figuras das “partes”, terminologia esta, que é mais adequada para conceituar os sujeitos de uma relação processual, que nessa fase inaugural, ainda é inexistente, havendo tão só, uma autoridade investigando e um indivíduo na condição de suposto autor e como conseqüente, sendo investigado. (TÁVORA, 2015)

A respeito da característica inquisitiva do inquérito policial, é esclarecedor o excerto de Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho:

Sabe-se que o inquérito policial é um procedimento administrativo, de caráter inquisitivo e sigiloso, que visa à apuração de uma infração penal e de sua autoria. Ocorre que sua finalidade não se encerra em si mesmo; não é nos autos do inquérito que alguma decisão meritória será proferida. Simplesmente, ele servirá, apenas, de base para a eventual e futura propositura de ação penal. Por esta razão, o inquérito permanece com sua característica de inquisitivo, ou seja, não contraditório. A atuação da defesa no auto de prisão em flagrante, prevista no **art. 5º Inciso LXIII**, da Constituição Federal, se limita a acompanhar a regularidade do auto e da prisão; não de se imiscuir nas investigações. (CARVALHO, 1999, p. 98)

No entanto, cabe mencionar, que não se pode dizer simplesmente que não há necessidade de contraditório nos procedimentos investigativos tão somente por inexistir a presença de “partes”. Contraditório para a doutrina moderna, abarca todos os procedimentos cujo resultado possa vir a causar alguma repercussão jurídica ao indivíduo indiciado, não tendo como pressuposto de viabilidade, a existência de partes adversas. (TÁVORA, 2015)

2.1.1.8 Autoritariedade

Esta característica advém do fato do delegado de policial presidir o inquérito policial, por estar inserido na condição de autoridade pública, por força do que preceitua o artigo 144, § 4º, da Constituição Federal.

Aqui, é oportuno mencionar, que com o advento da lei nº 12.830/2013, foram criados dispositivos que abordam essa temática da investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia, dentre os quais não se pode deixar de apreçoar, o § 4º, do artigo 2º, que faz menção a figura do princípio do delegado natural, na esteira da noção geral de que necessita haver o princípio geral da autoridade natural, que envolva todas as figuras que participam do processo penal, tais como promotores, juízes, delegados e defensores públicos. (TÁVORA, 2015)

Releva mencionar que ainda há certa resistência doutrinária e jurisprudência com relação ao princípio do delegado natural, embora alguns doutrinadores entendam que ele já se encontra positivado no sistema jurídico pátrio.

Corolário a esse princípio, é a imposição de limites à remoção da autoridade policial, que não mais poderia ser removida de maneira arbitrária de uma determinada circunscrição, salvo evidentemente, por ato fundamentado, consoante o disposto no artigo 2º, § 5º, da Lei nº 12.830/2013. (TÁVORA, 2015)

2.1.1.9 Dispensabilidade

Como se sabe, o inquérito policial não é imprescindível para a propositura da ação penal, consoante dicção do artigo 39, § 5º, do CPP. Havendo elementos de informação suficientes para a deflagração da ação penal, inexistirá a necessidade da instauração do inquérito policial. Assim, tem-se, que a denúncia ou queixa-crime, poderão ter por base inquéritos não policiais, contudo, caso esta se servia do inquérito policial, deverá vir acompanhada dele, como prevê o artigo 12, do CPP. (TÁVORA, 2015)

Nesse mesmo sentido, assevera Fernando CAPEZ:

O inquérito policial não é fase obrigatória da persecução penal, podendo ser dispensado caso o Ministério Público ou o ofendido já disponha de suficientes elementos para a propositura da ação penal (CPP, arts. 12, 27, 39, § 5º, e 46, § 1º). (CAPEZ, 2015, p. 122)

É importante ressaltar, que não é defeso ao titular da ação penal abrir mão do inquérito policial, conquanto consiga demonstrar a verossimilhança da acusação, por meio de elementos que façam exsurgir indícios de justa causa para a imputação. (CAPEZ, 2015)

Ainda nessa linha de raciocínio, aduz Aury Lopes Jr. “o inquérito policial busca apenas a verossimilhança do crime, a mera fumaça (*fumus comissi delicti*), não havendo possibilidade de plena discussão das teses, pois a cognição plenária fica reservada para a fase processual. (2015, p. 122)

Portanto, da visão doutrinária e legislativa do tema, se pode concluir que não existe obrigatoriedade da instauração de inquérito policial, podendo haver inquéritos não policiais que venham a cumprir as mesmas finalidades do primeiro, que são resumidamente, dotar o titular da ação penal, de elementos mínimos de convicção da prática delitiva, não exigindo a certeza que só se fará necessária na fase da sentença.

Nesse caminhar, esclarece Aury Lopes Jr:

O inquérito policial não é obrigatório e poderá ser dispensado sempre que a notícia-crime dirigida ao MP disponha de suficientes elementos para a imediata propositura da ação penal. Da mesma forma, se com a representação (art. 39, § 5º, do CPP) forem aportados dados suficientes para acusar, o MP deverá propor a denúncia no prazo de 15 dias. Isso porque o IP está destinado apenas a formar a convicção do MP, que poderá acusar desde que disponha de suficientes elementos para demonstrar a probabilidade do delito e da autoria. O problema, de ordem prática, está na efetividade da sumariedade, que é sistematicamente negada pela polícia, que investiga até que ela entenda provado o fato, quando na verdade a convicção deve partir do titular da ação penal. Ademais o fato não deve estar “provado”, senão demonstrado em grau de probabilidade. (LOPES JR., 2015, p. 122-123)

Logo, é de fácil assimilação, que conquanto haja elementos suficientes para o *Parquet* oferecer a exordial acusatória, dispensável será, a instauração do inquérito policial, cuja finalidade precípua, é fornecer ao membro do Ministério Público os substratos fáticos e jurídicos necessários para a propositura da ação.

2.1.2 LIMITAÇÃO TEMPORAL

O inquérito policial é normativamente falando, um procedimento célere, haja vista que existe uma limitação temporal imposta pela lei que lhe limita a duração. Nessa esteira, é importante ressaltar, que não é permitido à polícia judiciária o poder de esgotar os prazos previstos por lei para a conclusão do inquérito policial, que deve ser concluído com a maior brevidade possível, ainda mais quando já exista a prisão cautelar do indiciado. (LOPES, JR. 2015)

Dito isso, tem-se, que o inquérito policial deve ser concluído em regra, no prazo de 10 dias quando se tratar de indiciado preso, ou de 30 dias no caso de

inexistir prisão cautelar do investigado, consoante se extrai do disposto no artigo 10, do CPP. É importante destacar, que o prazo de 10 dias anteriormente mencionado, será computado a contar do momento do ingresso em prisão, o que faz transparecer, que essa limitação é um mecanismo que visa coibir a prolongação do tempo encarcerado dos investigados. (LOPES, JR, 2015)

Em se tratando de indiciado solto, é possível que haja a dilação do prazo de duração do inquérito policial, ficando a cargo do juiz competente permitir tal dilatação, consoante se extrai do disposto no art. 10, § 3º, do CPP. Aqui merece destaque, que caberá ao magistrado prolongar o inquérito apenas quando haja a concorrência de dois fatores, que são eles: a) fato de difícil elucidação e b) indiciado solto. (LOPES, JR, 2015)

Por fim, oportuno ressaltar, que há procedimentos em que o prazo do inquérito é diferenciado, como ocorre nos casos afeto aos processos de competência da Justiça Federal e nos delitos de tráfico de entorpecentes. A esse respeito, aduz Aury Lopes Jr:

[...] Nos processos de competência da Justiça Federal, prevê o art. 66 da Lei n. 5.010/66 que o prazo de conclusão do IP quando o sujeito passivo estiver em prisão será de 15 dias – prorrogáveis por mais 15. Nesse caso, a polícia deverá apresentar o preso ao juiz e a decisão judicial deverá ser fundamentada, levando-se em consideração a gravidade da medida adotada. Mantém-se o limite de 30 dias quando o sujeito passivo estiver em liberdade.

[...] Nos delitos de tráfico de entorpecentes, o art. 51 da Lei n. 11.343/2006 prevê que o inquérito será concluído no prazo de 30 dias se o indiciado estiver preso e de 90 dias se estiver solto. Esses prazos, substancialmente maiores do que aqueles previstos no CPP, poderão ainda ser duplicados pelo juiz. (LOPES, JR, 2015, p. 124)

Portanto, como se observa, é perfeitamente possível a dilação do prazo de duração do inquérito policial, em se tratando de matérias que requerem um tratamento diferenciado das demais, permanecendo cristalina a regra de que sempre que o indiciado estiver preso, o prazo terá que obrigatoriamente ser menor e cumprido à risca, para que o sujeito passivo não tenha que ficar segregado de sua liberdade por tempo não razoável.

2.1.3 VALOR PROBATÓRIO DO INQUÉRITO POLICIAL

O valor probatório do inquérito policial é relativo, pois necessita de confirmação por outros elementos colhidos durante a instrução processual para que tenha eficácia. O procedimento administrativo, como já antes debatido, objetiva fornecer subsídios para o detentor da ação penal exercer sua opinião delitiva, e não para o magistrado fundamentar sua condenação, uma vez que nesse caso, não há a contraposição da parte contrária que é necessária para embasar uma sentença condenatória. (TÁVORA, 2015)

Nessa linha de pensamento, assevera Aury Lopes Jr:

Destarte, por não observar os incisos LIII, LIV, LV e LVI do art. 5º e o inciso IX do art. 93 da nossa Constituição, bem como o art. 8º da CADH, o inquérito policial jamais poderá gerar elementos de convicção valoráveis na sentença para justificar uma condenação. Ademais, é absolutamente inconcebível que os atos praticados por uma autoridade administrativa, sem a intervenção de órgão jurisdicional, tenham valor probatório na sentença. Não só não foram praticados ante o juiz, senão que simbolizam a inquisição do acusador, pois o contraditório é apenas aparente e muitas vezes absolutamente inexistente. (LOPES, JR, 2015, p. 157)

Em razão disso, é por evidente, que não há como contestar que as peças de informações colhidas na fase inquisitorial, não poderão servir isoladamente de baliza para lastrear uma condenação, podendo, no entanto, serem reproduzidas em juízo, para que voltem a ter eficácia probatória, ocasião em que poderão servir como substrato fático jurídico, para o convencimento motivado do magistrado sentenciante. Acompanhando o entendimento de Auri Lopes Jr, argumenta Nestor Távora:

A regra é que os elementos probatórios, reunidos na fase pré-processual, que Aury aponta como atos de investigação, devem ser repetidos na fase processual, leia-se, colhidos perante magistrado, numa instrução dialética, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, pois só então poderão embasar uma sentença condenatória. (TÁVORA, 2015, p. 125)

Sendo assim, é possível concluir, que quando se tratar de evidência que seja passível de reprodução em juízo, necessário se fará, sua reiteração na audiência de instrução e julgamento, em respeito aos princípios do contraditório

e da ampla defesa, que devem sempre balizar as provas que podem ser valoradas para se lastrear um édito condenatório.

2.1.4 COMPETÊNCIA DO INQUÉRITO POLICIAL

Em primeiro lugar, releva mencionar, que o termo “competência” a que faz menção o art. 4º, parágrafo-único, do CPP, não é segundo a doutrina, o termo mais adequado para se referir aos delegados, que na verdade possuem atribuição, o que não se confunde com competência que é uma característica do órgão dotado de jurisdição. (TÁVORA, 2015)

Em sentido idêntico, pondera Fernando Capez:

A referência no parágrafo único à competência também não é exata; melhor se houvesse dito *atribuição*. De qualquer forma, o termo *competência* deve ser tomado em seu sentido vulgar, como poder conferido a alguém para conhecer determinados assuntos, não se confundindo com competência jurisdicional, que é a medida concreta do Poder Jurisdicional. (CAPEZ, 2015, p. 111)

Portanto, vencida tal premissa, para saber qual circunscrição é dotada da atribuição para apurar uma determinada infração penal, necessário se faz, o conhecimento dos três critérios complementares que regem a atuação dos delegados. São eles: o critério territorial, o critério material e o critério em razão da pessoa.

2.1.4.1 Critério territorial

Por este critério se entende que o delegado com atribuição para atuar na investigação de uma infração penal, é aquele que está na circunscrição de onde ocorreu a infração, isto é, na delimitação territorial que a autoridade policial exerce suas funções. (TÁVORA, 2015).

2.1.4.2 Critério material

Este critério segmenta a atuação policial, fazendo com que determinados tipos de infrações sejam investigadas e combatidas por um grupo especializado, a exemplo das delegacias especializadas em homicídios, entorpecentes, furtos, roubos e etc. (TÁVORA, 2015)

É importante lembrar, que a segurança pública é matéria que esta disciplinada no artigo 144, da Constituição Federal, onde se estabeleceu, o que caberá a cada tipo de polícia. A esse respeito, aduz Nestor Távora:

O sistema de segurança pública esta delineado no art. 144, da Constituição do Brasil, onde se vê a definição das tarefas dos diversos órgãos que o compõe, em especial: (1) a policia federal, com atribuição definida de forma específica referente a delitos federais e a tráfico de entorpecentes e drogas afins, contrabando e descaminho (sem prejuízo da atuação de outros órgãos); e (2) a polícia civil, com atribuição residual, isto é, todo delito que não for afeto à competência da União ou da Justiça Militar, incumbe a ela apurar. (TÁVORA, 2015, p. 119)

Nessa mesma linha de raciocínio, esclarece Auri Lopes Jr:

A polícia civil dos estados atua com caráter residual, isto é, a ela incumbe a apuração das infrações penais que não sejam de competência da polícia federal e que não sejam consideradas *crimes militares* (situação em que o inquérito policial militar será conduzido pela respectiva autoridade militar). Por exclusão, às polícias civis dos Estados corresponde a apuração de todos os demais delitos. Fora desses casos (Justiça Federal e Militar), será a polícia civil a encarregada de apurar a infração penal. Dentro da polícia civil, ainda será possível encontrar setores especializados (roubos e furtos, homicídios, tóxicos, crime organizado etc.), a quem, conforme as diretrizes internas, caberá a apuração daquela espécie de delito. (LOPES, JR, 2015, p. 151-152)

Deste modo, como se percebe, o critério material é decorrente do mandamento legal, que estabelece a quem caberá presidir a investigação de determinado tipo de infração penal, resguardando a cada segmento policial, a faculdade de criar setores especializados em apurar determinadas espécies de delitos.

2.1.4.3 Critério em razão da pessoa

Como o próprio título já diz, este critério diz respeito à pessoa que foi vítima da infração penal, sendo, portanto, um mecanismo que visa acelerar e organizar as investigações penais que tratam de determinados segmentos delituosos que tenham como alvo uma classe específica de pessoas, como as mulheres, por exemplo, os turistas, os idosos, dentre alguns outros. (TÁVORA, 2015)

Assim, para que haja um melhor aproveitamento das investigações penais, foram criadas as delegacias especializadas em crimes que envolvam alguns sujeitos específicos, visando não apenas dar mais agilidade a apuração dessas infrações, como também buscando desafogar as delegacias, que por serem responsáveis pela apuração de um número mais elevado de delitos, nem sempre dispõe dos meios necessários para o fiel cumprimento de suas funções.

3 A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PRESIDIDA DIRETAMENTE PELO REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A investigação criminal presidida pelo membro do Ministério Público, é questão das mais complexas da atualidade brasileira, tanto por se tratar de uma matéria que ainda não possui uma previsão legal bem definida, como também por envolver assunto que modificará significativamente, a estrutura do processo penal brasileiro.

Embora a investigação criminal presidida pelo *Parquet*, seja na visão de grande parte dos doutrinadores uma evolução natural do direito penal, como se observa por meio do direito comparado, é por certo que essa faculdade do Ministério Público de empreender investigação criminal, poderá gerar uma série de intempéries no ordenamento jurídico pátrio, que está alicerçado no sistema acusatório.

Ilustrando melhor essa tendência global do Ministério Público empreender investigações, faz menção o ilustre doutrinador Fernando Capez (2015, p. 152), a pesquisa de pós-graduação de Ian Grosner, veja-se:

O atual Código de Processo Penal francês, em seu art. 12, estabelece que “a polícia judiciária é encarregada de constatar as infrações penais, juntar as provas e buscar seus autores, e que cabe ao Ministério Público o cuidado de dirigir a tarefa, devendo a polícia agir sob suas instruções”. Assim também na Itália (CPP, art. 327), Espanha (Lei Orgânica n. 2/86, art. 31.1), Portugal (Decretos-lei n. 35.042/45 e 39.351/53), Alemanha (CPP, art. 161) e México (CPP, art. 3º), apenas para citar alguns casos (GROSNER, 1999, p. 14-21 *apud* CAPEZ, 2015, p. 152).

Como se pode observar do excerto acima, existe inegavelmente uma tendência evolutiva e natural em conferir ao Ministério Público o poder de empreender investigações criminais, sendo ainda importante lembrar, que existe uma similaridade entre o direito brasileiro e os direitos italiano e português.

No Brasil, no entanto, o que se observa da legislação infra-constitucional, é que existem alguns dispositivos esparsos que legitimam essa atuação investigatória por parte do membro do Ministério Público, como por exemplo, naqueles casos em que envolvam infrações penais praticadas por membros da própria instituição, conforme preceitua o art. 41, II e parágrafo, da Lei Orgânica do Ministério Público dos Estados (Lei n.º. 8625/93), e art. 18, II, alíneas “d” e “f”, e parágrafo único, da Lei Complementar n.º. 75/93, que diz respeito ao Ministério Público da União. Importante lembrar, que a

hipótese da investigação aqui retratada, também se encontra prevista na Lei Orgânica Nacional da Magistratura (Lei Complementar n.º 35/79). (CAPEZ, 2015)

Nos demais casos em que as infrações penais não são praticadas por juízes e promotores, é que a problemática começa a ganhar relevo, como se pode observar da análise jurisprudencial do tema que vem sofrendo significativas modificações. (CAPEZ, 2015)

Nesse ínterim, oportuno relembrar o voto do ínclito Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes no HC de n.º 91.613, julgado pela 2ª Turma da Suprema Corte em 15 de maio de 2012, em que este, se posicionou contrário a faculdade do *Parquet* investigar:

Ao analisar a controvérsia no âmbito do RE 205.473/AL, a Segunda Turma, em julgamento realizado em 15 de dezembro de 1998, reputou não caber ao membro do Ministério Público realizar, diretamente, investigações tendentes à apuração de infrações penais, mas somente requisitá-las à autoridade policial, competente para tal, nos termos do art. 144, §§ 1º e 4º. No julgamento do RHC 81.326/DF, de relatoria do Min. Nelson Jobim, a Segunda Turma voltou a reafirmar que a 'Constituição Federal dotou o Ministério Público do poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (CF, art. 129, VIII). A norma constitucional não contemplou a possibilidade de o 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. – (RHC 81.326/DF, Rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 1.8.2003).

Não obstante a decisão acima tenha causado desesperança aos partidários do promotor investigador, é por certo que a decepção não foi de longa duração, uma vez que não muito tempo depois, voltaram a se manifestar os Ministros do Supremo agora em defesa do direito do Ministério Público realizar investigações criminais, sob o prisma de que essa faculdade da instituição, se coaduna a teoria dos poderes implícitos, a que se alicerça, toda atribuição conferida no texto constitucional. Por oportuno, vejamos o trecho do julgado:

O art. 129, inciso I, da Constituição Federal, atribui ao *Parquet* a privatividade na promoção da ação penal pública. Do seu turno, o Código de Processo Penal estabelece que o inquérito policial é dispensável, já que o Ministério Público pode embasar seu pedido em peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia.

Ora, é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos 'poderes implícitos', segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Se a atividade fim – promoção da ação penal pública – foi outorgada ao Parquet em foro de privacidade, 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. (HC n°. 91.661/PE)

Após essa decisão favorável ao poder de investigação criminal do Ministério Público, se iniciou um processo de consolidação desse entendimento por parte do Pretório Excelso, que não muito tempo depois, reafirmou essa decisão no HC de n° 89.837/DF, vejamos o voto do ilustre relator Min. Celso de Mello:

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.

Embora tenha caminhado o entendimento da Suprema Corte no sentido de admitir o poder investigatório do detentor da ação penal pública, consoante se extrai da análise do RE de n° 593.727/MG, julgado este, em que a maioria do plenário reconheceu o poder de investigação criminal dos membros do Ministério Público, muitas foram as questões ali levantadas que colocam em cheque essa capacidade do órgão acusador empreender investigações criminais, sendo oportuna, uma análise doutrinária dos principais argumentos favoráveis e desfavoráveis a essa faculdade do *Parquet*.

Aqui já é importante assinalar, que existe uma divisão doutrinária bem formada com relação ao assunto, tendo tanto aqueles que militam pelo poder investigatório do Ministério Público, como aqueles que repudiam essa possibilidade. Dentre aqueles que não concordam com o poder investigatório do Ministério Público, deselegante seria não mencionar o primoroso doutrinador Rogério Lauria Tucci, que em um parecer bem inflamado, elenca sua forte resistência a essa possibilidade investigatória dos membros da instituição. Veja-se:

É de ser anotada, a tal propósito, desde logo, a asserção de que o poder investigatório seria concedido, ao Ministério Público, pela própria Constituição Federal, nos incs. I, VI, VIII e IX do art. 129; e, portanto, seria um contra-senso negá-lo ao titular da ação penal, encarregado de formar a *opinio delicti* e promover em juízo a defesa do *ius puniendi* do Estado. Acresce, nesse particular, ao que já foi explanado, em sentido oposto, que, sobre inexistir, na realidade, essa pretendida concessão, o fato de ser o Ministério Público titular da ação, na defesa do interesse punitivo estatal, mostra-se, ele próprio, inibidor da sua atuação investigatória, posto que, como logo acima ressaltado, manifestamente interessado na colheita de prova desfavorável ao investigado, e, reflexivamente, desinteressado da que lhe possa beneficiar. Dúvida alguma pode haver acerca dessa realidade, de sorte a restar ilusório o alvitre de uma investigação escoreita, pelo órgão ministerial, assim orientado, por amor à obra então realizada, a um desfecho exitoso do procedimento inquisitorial a seu cargo. (TUCCI, 2004, p. 85-86)

Como se pode observar do trecho acima colacionado, a quem entenda não ser compatível o exercício da titularidade da ação penal em conjugação com o poder de realizar investigações criminais. Tal impossibilidade resultaria da inadequação da conjugação das duas faculdades, que permitiriam a um mesmo órgão, que fosse apreciador e valorador de seus próprios atos processuais.

Ainda nesse enfoque, o que se conclui de concreto do parecer do ilustre doutrinador Rogério Lauria Tucci, é que soa absurdo até mesmo em pensamento, cogitar que o membro do Ministério Público irá se propor a produzir provas que não sirvam para lastrear sua convicção jurídica, e tanto pior, a buscar evidência que possam servir para desmerecer seu próprio trabalho.

Diante dessas ponderações, e das muitas outras que já foram objeto de exposição neste capítulo, torna-se cristalino que a doutrina e até mesmo a jurisprudência da Suprema Corte, refletem nada menos do que a inconstância do poder investigatório do Ministério Público, que ora possuem partidários, ora opositores, sendo mais do que apropriada uma análise mais pormenorizada do tema para se conhecer os aspectos principais que levam cada uma das correntes a adotarem um posicionamento ou outro.

3.1 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PRESIDIDA PELO *PARQUET*

Os principais argumentos favoráveis à investigação criminal presidida pelo *Parquet* são os seguintes: a) teoria dos poderes implícitos; b) a atividade investigatória não é exclusiva da polícia judiciária, pois o próprio Código de Processo Penal prevê, em seu art. 4º, parágrafo único, que a competência da polícia judiciária não excluirá a de autoridades administrativas a quem por lei seja cometida a mesma função; c) não há ofensa ao contraditório, pois os elementos de informações colhidos pelo Ministério Público deverão ser submetidos ao crivo do contraditório e da ampla defesa perante a autoridade judiciária. (MENDES, 2015)

3.1.1 Da teoria dos poderes implícitos

A teoria dos poderes implícitos, que teve origem na Corte Suprema dos Estados Unidos da América em 1819 no litígio envolvendo McCulloch e Maryland, se alicerça sobre a premissa de que sempre que a Constituição confere a um determinado órgão uma função, implicitamente estará conferindo a esse mesmo órgão, todos os meios necessários para o fiel desempenho dessa atividade. (CARBETTE, 2013)

Deste modo, por ser o Ministério Público o detentor da titularidade de promover a ação penal pública, consoante se extrai do disposto no artigo 129, inciso I, da Constituição Federal, teria em observância da teoria dos poderes implícitos, o poder de realizar por conta própria diligências investigatórias, havendo para tanto, legitimação constitucional, fundada no art. 129, inc. IX, da Constituição da República, e base legal, revelada pelo art. 5º, inc. VI e § 2º, e art. 8º, inc. V, da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. (PELUSO, 2015)

Ainda nos dizeres do Ministro do Supremo Cezar Peluso, a base legal da investigação promovida pelo Ministério Público para os que são favoráveis a essa faculdade, decorreria da amplitude da norma inserida no inc. IX do art. 129 da Constituição da República, que lhe faculta o exercício de “*outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade*” (PELUSO, 2015).

Não obstante o eminente Ministro Cezar Peluso entenda que a teoria dos poderes implícitos não sustente o poder investigatório do *Parquet*, é por certo que

elencou com primor, os principais fundamentos apontados pela doutrina e jurisprudência que fundamentam a aplicação da dita teoria em benefício do poder investigativo do Ministério Público, conforme se observa, do posicionamento do constitucionalista Alexandre de Moraes que se segue:

Incorporou-se em nosso ordenamento jurídico, portanto, a pacífica doutrina constitucional norte-americana sobre a teoria dos poderes implícitos – *inherent powers* -, pela qual no exercício de sua missão constitucional enumerada, o órgão executivo deveria dispor de todas as funções necessárias, ainda que implícitas, desde que não expressamente limitadas (Meyers v. Estados Unidos – US 272 – 52. 118) consagrando-se dessa forma, e entre nós aplicável ao Ministério Público, o reconhecimento de competências genéricas implícitas que possibilitem o exercício Constitucional, apenas sujeitas às proibições e limites estruturais da Constituição Federal. Entre essas competências implícitas, parece-nos que não poderia ser afastado o poder investigatório criminal dos promotores e procuradores, para que em casos que entendem necessário, produzam provas necessárias para combater, principalmente, a criminalidade organizada e a corrupção, não nos parecendo razoável o engessamento do órgão titular da ação penal, que, contrariamente ao histórico da instituição, teria cerceado seus poderes implícitos essenciais para o exercício de suas funções constitucionais expressas. (MORAES, 2012, p. 639)

Não menos em conformidade, é o parecer de Fernando Capez:

[...] Desse modo, toda e qualquer interpretação relacionada ao exercício da atividade ministerial deve ter como premissa a necessidade de que tal instituição possa cumprir seu papel da maneira mais abrangente possível. A partir daí, pontualmente, podem ser lembrados alguns dispositivos constitucionais e legais. O art. 129, I, da CF confere-lhe a tarefa de promover privativamente a ação penal pública, à qual se destina a prova produzida no curso da investigação. Ora, quem pode o mais, que é oferecer a própria acusação formal em juízo, decerto que pode o menos, que é obter os dados indiciários que subsidiem tal propositura. (CAPEZ, 2015, p. 154)

Ainda nesse caminho, é o posicionamento da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, conforme se observa do seguinte julgado de relatoria da Ministra Ellen Gracie:

O art. 129, inciso I, da Constituição Federal, atribui ao *Parquet* a privatividade na promoção da ação penal pública. Do seu turno, o

Código de Processo Penal estabelece que o inquérito policial é dispensável, já que o Ministério Público pode embasar seu pedido em peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia. Ora, é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos poderes implícitos, segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Se a atividade fim promoção da ação penal pública foi outorgada ao *Parquet* em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que peças de informação embasem a denúncia. (HC n°. 91.661/PE)

Seguindo a mesma orientação, foi o julgamento do HC de n°. 89.837/DF, cuja relatoria pertine ao Ministro Celso de Mello, veja-se:

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.

Em sentido semelhante, tem-se ainda, o parecer do ilustríssimo Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes no RE de n°. 593.727, cujo trecho do voto se segue:

Dessa forma, considerando o poder-dever conferido ao Ministério Público na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, da CF), afigura-me indissociável às suas funções relativa autonomia para colheita de elementos de prova como, de fato, lhe confere a legislação infraconstitucional. É ínsito ao sistema dialético de processo, concebido para o estado democrático de direito, a faculdade de a parte colher, por si própria, elementos de prova hábeis para defesa de seus interesses. E, *ipso facto*, não poderia ser diferente com relação ao MP que tem, friso, o poder-dever da defesa da ordem jurídica. (MENDES, 2015, p. 87)

Nesse caminhar, é possível afirmar em observância da construção jurisprudencial afeta ao tema, que a teoria dos poderes implícitos guarda relação significativa, com a faculdade do *Parquet* empreender investigações de cunho criminal, embora a predita teoria seja rechaçada por parte dos estudiosos do direito conforme se verá no tópico adequado.

Por fim, é ainda digno de nota, que negar ao Ministério Público o poder de realizar por conta própria investigações criminais, equivale a diminuir a efetividade de sua atuação funcional, uma vez que cria obstáculo quase intrasponível para que a instituição consiga exercer com afinco, suas tarefas constitucionalmente delegadas, o que por certo, desatende a toda a coletividade. (MORAES, 2006)

3.1.2 A polícia judiciária e a não exclusividade na investigação criminal

Outro forte argumento dos favoráveis ao poder investigativo do Ministério Público, está alicerçado no argumento de que não é exclusivo da polícia judiciária, a tarefa de empreender investigações criminais, havendo diversos dispositivos esparsos no texto constitucional e na legislação infraconstitucional, que possibilitam outros órgãos exercerem investigações de cunho penal. Aliado a esse fundamento, tem-se ainda, a dispensabilidade do inquérito policial, que como se viu anteriormente, é suprimível nos casos em que o titular da ação penal já disponha de outras peças de informação que lhe tragam indícios de materialidade e autoria.

Entre os partidários desse argumento, temos o doutrinador Fernando Capez que assim aduziu:

Analisando o CPP, mesmo considerando que sua elaboração data de um período autoritário, o qual, nem de longe, se assemelha aos tempos atuais, observamos nos arts. 12; 27; 39, § 5º; e 46, § 1º, que o inquérito policial não é indispensável à propositura da ação penal, podendo ser substituído por outros elementos de prova. Assim, se a ação penal pode estar lastreada em outras provas, por que não naquelas colhidas pelo próprio Ministério Público, com base em seu poder constitucional de requisição e notificação para a tomada de depoimentos? O art. 47 do CPP é ainda mais enfático, ao permitir a requisição direta de documentos complementares ao inquérito policial ou peças de informação, bem como quaisquer outros elementos de convicção. O estatuto do idoso, lei n. 10.741/2003, em seu art. 74, IV, b, confere ao MP o poder de requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades municipais, Estaduais e Federais, da administração direta e indireta, bem como promover inspeções e diligências investigatórias (destacamos). Encontra-se aí mais um explícito argumento nesse sentido. Além disso, a atividade investigatória jamais foi exclusiva da polícia, tanto que, em nosso ordenamento, temos também exercendo tal função: (a) a ABIN (Agência Brasileira de Inteligência); (b) a CEVM (Comissão de Valores Imobiliários); (c) o Ministério da Justiça, por meio do COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras); (d) as Corregedorias da Câmara e do Senado Federal; (e) os Tribunais de Contas da União, dos Estados e dos Municípios, onde houver; (f) a Receita Federal; (g)

o STF, o STJ, os Tribunais Federais e os Tribunais de Justiça dos Estados. Porque razão excluir justamente o Ministério Público desse rol? (CAPEZ, 2015, p. 155)

Em sentido idêntico, já havia se posicionado Valtan Furtado:

A regra histórica do nosso direito, de que é exemplo o art. 4º do CPP, é a universalidade da investigação, que pode ser pública (Polícia, CPI, Judiciário, Ministério Público e autoridades militares), ou privada (auditorias internas em empresas, atuação de investigador particular – Lei nº 3.099/57 -, etc.), direta ou incidental (Receita Federal, Banco Central, INSS, COAF, corregedorias, etc.), não havendo sentido em se retirar justamente do titular privativo da ação penal pública a faculdade de colher elementos para formar sua convicção. Em nenhuma passagem da CF se encontra dispositivo que autorize pensar em exclusividade na função de investigar – o art. 144 somente fala em exclusividade em relação à atividade de Polícia Judiciária da União, para excluir a atuação das outras polícias civis, além do que separa nitidamente a função de investigar infrações penais da de Polícia Judiciária, 81 conforme fica claro da leitura dos §§ 1º, I e IV, e 4º do art. 144. HC 93.930 / RJ. Qualquer titular de um direito de ação deve ter a faculdade de colher, por si, dentro de parâmetros legais e éticos, os elementos que sustentarão o seu pedido ao Judiciário, sob pena de ver coarctado o seu direito de ação – a prevalecer a tese negativa da função investigatória do MP, este órgão encontrar-se-á na insólita situação, dentro do nosso ordenamento, de único titular de ação sem a faculdade de colher as informações e documentos necessários para supedanejar a sua pretensão, vendo-se eventualmente na contingência de promover ações e arquivamentos temerários. (FURTADO, 2004, p. 10 e 11)

Ainda nesse mesmo aspecto, tem-se o excerto extraído do voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello, no RE n. 593.727, em que o ilustre ministro, alega não existir monopólio da polícia judiciária nas investigações criminais. Veja-se:

[...] é igualmente verdadeiro que o sistema constitucional não instituiu o monopólio da investigação criminal por parte da Polícia. A própria Constituição contempla hipóteses de investigação por outros órgãos, como ocorre, por exemplo, com as Comissões Parlamentares de Inquérito (art. 58, § 3º) e com o Congresso Nacional, auxiliado pelo Tribunal de Contas da União (art. 71). A legislação infraconstitucional prevê ainda outras hipóteses que sempre foram admitidas como constitucionais. Também não parece decorrer do texto constitucional uma vedação expressa ou implícita ao desempenho eventual da atividade investigatória por parte do Ministério Público. Com efeito, colhe-se na letra expressa do art. 129, IX, da Constituição a possibilidade de o Ministério Público desempenhar outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada 'a representação judicial e a consultoria de entidades públicas'. Restaram assentadas, portanto, duas premissas:

o sistema constitucional reservou à Polícia o papel central na investigação penal, mas não vedou o exercício eventual de tal atribuição pelo Ministério Público. (MELLO, 2015, p. 135-136)

Nesse enfoque, impende ainda destacar, que na prática forense, bem é verdade, que são comuns as ações penais serem subsidiadas por investigações dos mais diversos órgãos do Estado, e ainda mais comuns, aquelas que são acompanhadas da investigação do próprio particular, como ocorre nos casos que envolvem ações penais de iniciativa privada. Portanto, partindo da premissa de que o inquérito policial não é imprescindível para a propositura da ação penal, e de que é supriável por outras peças de informação, não há como aquiescer com a ideia de que apenas o Ministério Público deve ser aliado. (WEBER, 2015)

A esse respeito, ponderou a Ministra do Supremo Tribunal Federal Rosa Weber na ocasião em que exarou seu voto no RE nº. 593.727/MG. Veja-se:

Ora, se outros órgãos ou entidades públicas podem investigar, se até particulares podem realizar atos de investigação, seria paradoxal concluir não possa o Ministério Público, ele mesmo, o titular da ação penal, realizar investigações. As normas constitucionais que atribuem às forças policiais a função de investigação criminal em absoluto não de ser interpretadas no sentido de que estejam a lhes assegurar exclusividade a respeito. Limitam-se a definir, entre as forças policiais, as respectivas atribuições, o que é especialmente oportuno para evitar superposição de atividades. (WEBER, 2015, p. 234)

Desta feita, mostra-se incontrovertido da visão doutrinária e jurisprudencial acima analisada, que embora a Constituição Federal tenha dotado a polícia judiciária das atribuições de exercer o poder de investigação criminal, em caráter de prioridade, não deixou de facultar esse mesmo poder, a outros órgãos desvinculados da polícia judiciária, o que faz ressurgir a ponderação doutrinária de que se tantos outros órgãos podem exercer esse mesmo poder, porque não poderia o detentor da titularidade da ação penal pública.

3.1.3 Inexistência de ofensa ao contraditório

Um fator de suma importância que é comumente levantado pelos defensores da impossibilidade do *Parquet* investigar, resta no fato de que tal investigação

presidida pelo detentor da titularidade da ação penal, poderia macular o processo penal, trazendo a possibilidade de haver busca orientada de prova por parte do órgão acusador, que não raro poderia, a seu bom alvitre, levantar apenas as evidências que julga-se necessárias para fundamentar sua pretensão absolutória ou condenatória. Sem adentrar demais na seara do tema, que será mais bem abordado em seu tópico específico, o que aqui se busca, é efetivamente analisar o que a doutrina jurídica favorável a investigação criminal presidida pelo *Parquet*, aponta como óbice a essa argumentação de cerceamento do contraditório.

A esse respeito, importante trazer a baila o entendimento de Valtan Furtado (“*in*” Boletim IBCCRIM nº 139/10-11, Ano 12, junho/2004) que assim pondera:

A alegação segundo a qual investigações promovidas pelo Ministério Público seriam parciais, porque visariam apenas a coligir provas tendentes a uma futura condenação, é de todo improcedente, porque: a) a prova da fase inquisitorial só serve para o recebimento da ação, devendo toda a prova (exceto a técnica) ser (re) produzida em juízo; b) não se espera do órgão investigador, seja ele Polícia ou Ministério Público, imparcialidade, atributo judicial, mas apenas impessoalidade; c) a Polícia está sempre em contato com o MP e é obrigada a atender suas requisições, sendo a mera idéia dessa pretensa equidistância um disparate; d) a probabilidade de um membro do MP distorcer os fatos na fase pré-processual não é maior que a de um delegado de polícia fazer o mesmo. (FURTADO, 2004, p. 10-11)

Nessa mesma linha de raciocínio, argumenta também o Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes no trecho de seu voto lançado no RE n. 593.727/MG, em que não só argumenta não existir desequilíbrio no sistema acusatório decorrente da investigação presidida pelo *Parquet*, uma vez que os atos por ele praticados não estão isentos de controle judicial posterior ou simultâneo, como também assevera que quaisquer abusos praticados pelo órgão acusador, poderiam ser corrigidos por meio do remédio constitucional apropriado. Veja-se:

E não se confundem eventuais diligências realizadas pelo Ministério Público em procedimento por ele instaurado com o inquérito policial. E essa atividade preparatória, consentânea com a responsabilidade do poder acusatório, não interfere na relação de equilíbrio entre acusação e defesa, na medida em que não está imune ao controle judicial simultâneo ou posterior. Intuitivo que qualquer ato estatal em desconformidade com a ordem jurídica pode ser obstado e desafiado pelo *mandado de segurança* ou *habeas corpus*. (MENDES, 2015, p. 87-88)

Ainda nesse compasso, oportuna a observação exarada pelo ínclito Ministro do Supremo Tribunal Celso de Mello no RE n. 59.727/MG:

Nem se diga, de outro lado, que o reconhecimento do poder investigatório do Ministério Público poderia frustrar, ou, então, comprometer ou, ainda, afetar a garantia do contraditório estabelecida em favor da pessoa investigada. É que essa fundamental garantia outorgada aos acusados não incide na esfera pré-processual da persecução penal, eis que o seu domínio abrange, somente, o processo penal instaurado em juízo. Cumpre lembrar que a investigação penal, enquanto procedimento extrajudicial, “não se processa, em função de sua própria natureza, sob o crivo do contraditório, eis que é somente em juízo que se torna plenamente exigível o dever de observância do postulado da bilateralidade e da instrução criminal contraditória” (RTJ 143/306-307, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Cabe enfatizar, por necessário, sempre na linha da orientação jurisprudencial firmada por esta Suprema Corte (RTJ 147/219-220, Rel. Min. CELSO DE MELLO), que “A inaplicabilidade da garantia do contraditório ao procedimento de investigação policial tem sido reconhecida tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência dos Tribunais (RT 522/396), cujo magistério tem acentuado que a garantia da ampla defesa traduz elemento essencial e exclusivo da persecução penal em juízo” (RTJ 143/306-307, Rel. Min. CELSO DE MELLO). (MELLO, 2015, p. 131-132)

Partidário também desse entendimento, é o ilustre doutrinador José Frederico Marques, que por seu brilhantismo peculiar, veio a ser citado pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Celso de Mello no decorrer de seu voto exarado no RE n. 593.727/MG, do qual se extrai o seguinte:

O vigente Código de Processo Penal distingue perfeitamente a ‘instrução criminal’ (arts. 394 a 405) do ‘inquérito policial’ (arts. 4º a 23), como o fazem as legislações da atualidade. Só a primeira é contraditória, de acordo, aliás, com o que impõe o mandamento constitucional. O segundo, porém, por não se identificar com instrução e não estar abrangido, portanto, pelo art. 141, § 25, da Constituição Federal, tem natureza inquisitiva, como na realidade o deve ser. Não se pode, pois, interpretar com simplismo o texto constitucional sobre a instrução contraditória, para estendê-lo ao inquérito policial. No direito pátrio, tem vigorado perfeita distinção entre inquérito policial e formação da culpa, desde a reforma de 1871, correspondendo ao primeiro a fase investigatória e à segunda a da instrução criminal. A investigação policial, ou inquérito, tem mesmo de plasmar-se por um procedimento não contraditório, porque ali ainda não existe acusado, mas apenas indiciado(...).(MARQUES, 2000 apud MELLO, 2015, p. 133)

Diante desses argumentos, observa-se, que a investigação criminal quer seja presidida pelo *Parquet*, ou pela autoridade policial, se revestem dos mesmos fundamentos e devem observar as mesmas diretrizes, não havendo, portanto, que se falar em ofensa ao contraditório ou a ampla defesa, a colheita preliminar de peças de informações na fase instrutória da ação penal, que como já visto prescinde do contraditório que tem caráter judicial.

3.2 ARGUMENTOS DESFAVORÁVEIS À INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PRESIDIDA PELO *PARQUET*

Traçadas as linhas concernentes aos argumentos favoráveis à investigação criminal presidida pelo representante do Ministério Público, necessário se faz, a exposição dos argumentos principais da doutrina contrária a essa faculdade. São eles:

- a) a atividade investigatória criminal, conforme se extrai do art. 144, § 1º, IV, e § 4º, da Constituição Federal, aduz ser o poder investigatório exclusivo da polícia judiciária;
- b) a investigação criminal realizada pelo *Parquet* viola o sistema acusatório, eis que promove um desequilíbrio entre a acusação e a defesa;
- c) inexistente previsão legal ou instrumento hábil que possa traçar limites às investigações criminais realizadas por membros do Ministério Público.

3.2.1 Da exclusividade do poder de investigação criminal da polícia judiciária

Embora seja certo que a doutrina que defende o poder investigatório do *Parquet* o faça sob a acertada conclusão de que não existe monopólio da investigação criminal por parte da polícia judiciária, é sem sombra de dúvida, que o mesmo argumento pode ser facilmente interpretado em desfavor do poder investigatório do Ministério Público, como bem pondera, o insigne doutrinador José Afonso da Silva, que aduziu:

Argumenta-se que a Constituição não deferiu à Polícia Judiciária o monopólio da investigação criminal. É verdade, mas as exceções estão expressas na própria Constituição e nenhuma delas contempla o Ministério Público (SILVA, 2004, p. 376-377)

Nesse mesmo caminhar, é o magistério de Guilherme de Souza Nucci. Veja-se:

[...] embora seja tema polêmico, comportando várias visões a respeito, cremos inviável que o promotor de justiça, titular da ação penal pública, assumira a postura de órgão investigatório, substituindo a polícia judiciária e produzindo inquéritos visando à apuração de infrações penais e de sua autoria. A Constituição Federal foi clara ao estabelecer as funções da polícia – federal e civil – para investigar e servir de órgão auxiliar do Poder Judiciário – daí o nome polícia judiciária -, na atribuição de apurar a ocorrência e a autoria de crimes e contravenções penais (art. 144). Ao Ministério Público foi reservada a titularidade da ação penal, ou seja, a exclusividade no seu ajuizamento, salvo o excepcional caso reservado à vítima, quando a ação penal não for intentada no prazo legal. Note-se, ainda, que o art. 129, III da Constituição Federal prevê a possibilidade de o promotor elaborar inquérito civil, mas jamais inquérito policial. Entretanto, para aparelhar convenientemente o órgão acusador oficial do Estado, atribuiu-se ao Ministério Público o poder de expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos, a possibilidade de exercer o controle externo da atividade policial (o que não significa a substituição da presidência da investigação, conferida ao delegado de carreira), o poder de requisitar diligências investigatórias e instauração de inquérito policial (o que demonstra não ter atribuição para instaurar inquérito e sim, para requisitar sua função pelo órgão competente). [...] O que não lhe é constitucionalmente assegurado é produzir, sozinho, a investigação, denunciando a seguir quem considerar autor de infração penal, excluindo integralmente, a polícia judiciária e, conseqüentemente, a fiscalização salutar do juiz. (NUCCI, 2011, p. 82)

Portanto, como se pode observar dos trechos acima colacionados, os mais fortes argumentos da corrente contrária ao poder investigatório do *Parquet* com relação a esse tópico, se baseiam no silêncio do texto Constitucional, que embora tenha elencado diversas ressalvas a outros órgãos poderem exercer o poder de investigação, nada explicitou com relação ao órgão ministerial, que em nenhum momento foi mencionado ainda que em caráter de excepcionalidade, como sendo detentor dessa faculdade de promover por conta própria, investigações criminais. Partidário desse entendimento, é o doutrinador Tourinho Filho. Veja-se:

Com o respeito que todos devemos às decisões da Corte Maior, continuamos a entender que a Carta Magna, no art. 129, conferiu ao Ministério Público, dentre as inúmeras funções institucionais, a de promover a ação penal, bem como a de requisitar diligências investigatórias e a instauração de Inquérito Policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais'. Não nos parece, *venia petimus*, estejam, nesse inciso, incrustados, poderes do

Ministério Público para investigar, e sim o de requisitar diligências investigatórias e instauração de inquérito. Requisitar diligências, e não realizá-las. A função de investigar o fato infringente da norma, diz o § 4º do art. 144 da CF, é da Polícia. (TOURINHO, 2011, p. 344-345)

Por fim, merece destaque também, que não merece prosperar o argumento de que o Ministério Público teria a atribuição de exercer a investigação criminal por se tratar de atribuição implícita no texto Constitucional, posto que, não há como se aplicar a teoria dos poderes implícitos quando inexistente silêncio Constitucional, como bem pondera Afonso da Silva. A Carta Política de 1988, não deixou de traçar os meios para o Ministério Público atingir sua finalidade institucional, tendo tão somente, conferido a outro órgão a atribuição de dotar os membros da instituição, das peças de informação necessárias para o fiel cumprimento de sua atividade. A esse respeito, é o posicionamento de José Afonso da Silva. Veja-se:

[...] poderes implícitos só existem no silêncio da Constituição, ou seja, quando ela não tenha conferido os meios expressamente em favor do titular ou em favor de outra autoridade, órgão ou instituição. **Se ela outorgou expressamente a quem quer que seja o que se tem como meio para atingir o fim previsto, não há falar em poderes implícitos.** Como falar em poder implícito onde ele foi explicitado, expressamente estabelecido, ainda que em favor de outra instituição? (...) No caso sob nossas vistas, a Constituição se ocupou do tema, conferindo a investigação na esfera penal à polícia judiciária, logo, ela não cabe a nenhum outro órgão ou instituição, nem, portanto, ao Ministério Público. (SILVA, 2004, p. 376-377)

Em sentido semelhante, se manifestou o Ministro do Supremo Tribunal Federal Cezar Peluso no decorrer de seu voto no RE nº. 593.727/MG, quando aduziu *in verbis*:

Argumenta-se que, sendo o Ministério Público o titular da ação penal de iniciativa pública (art. 129, inc. I, da Constituição da República), estaria, por consequência, em razão da teoria dos poderes implícitos (*quem pode o mais, pode o menos*), autorizado a realizar diligências investigatórias, quando necessário. Aduz-se, nesse sentido, que tais poderes de investigação decorreriam da abertura dada pela norma inscrita no inc. IX do art. 129 da Constituição da República. O que extraio, porém, dessa norma, é exatamente o oposto. Penso que o texto constitucional deixa muito claro que não constitui função do Ministério Público apurar infrações penais mediante atos próprios de investigação e de instrução, na primeira fase da persecução penal. (PELUSO, 2015, p. 23)

Deste modo, como bem se pode observar da observância da bem fundamentada doutrina contrária ao poder investigatório do *Parquet* dúvida não resta, que não existe previsão constitucional do poder investigatório conferido ao Ministério Público, sendo ainda inaplicável, a salutar teoria dos poderes implícitos pela ausência de silêncio no texto Constitucional.

3.2.2 Da violação ao sistema acusatório

Outro pontual argumento aventado pela doutrina contrária a faculdade do *Parquet* investigar, se encontra na preocupação do que isso pode gerar no ordenamento jurídico pátrio, que se alicerça sobre o modelo acusatório. Estando o órgão ministerial, dotado não só da titularidade da ação penal pública, como também da faculdade de empreender investigações criminais, poderá a seu próprio alvitre, não só escolher o que pretende produzir na primeira fase da instrução penal, como também se basear em sua própria convicção como fundamentação para a propositura da ação penal, valorando seus próprios atos e manifestando suas próprias convicções jurídicas. É nesse contexto, que adverte Sergio Marcos de Moraes Pitombo. Veja-se:

A acusação formal, clara e fiel à prova é garantia da defesa, em Juízo, do acusado. Espera-se, então, do acusador público imparcialidade. Tanto que se permite argüir-lhe a suspeição, impedimento, ou outra incompatibilidade com determinada causa penal. É o que se encontra na Lei do Processo. Dirigir a investigação e a instrução preparatória, no sistema vigente, pode comprometer a imparcialidade. Desperta o risco da procura orientada de prova, para alicerçar certo propósito, antes estabelecido; com abandono, até, do que interessa ao envolvido. Imparcialidade viciada desatende à justiça. (PITOMBO, 2011, p. 155)

Nesse mesmo caminhar, é o posicionamento de Rogério Lauria Tucci, que entende não ser possível coexistir no sistema acusatório vigente, a soma dos poderes de investigação criminal e da titularidade da ação penal pública. Veja-se:

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

investigado, e, reflexivamente, desinteressado da que lhe possa beneficiar. Dúvida alguma pode haver acerca dessa realidade, de sorte a restar ilusório o alvitre de uma investigação escoreita, pelo órgão ministerial, assim orientado, por amor à obra então realizada, a um desfecho exitoso do procedimento inquisitorial a seu cargo. (TUCCI, 2004, p. 85-86)

Isto posto, dúvida não parece restar, que ao concentrar o poder de investigação criminal nas mãos do mesmo órgão dotado da *opinio delicti*, se estaria abrindo precedente para que houvesse repetição judicial de prova tendenciosa colhida unilateralmente pelo órgão ministerial, o que por certo, desatenderia a justiça, por criar manifesto gravame para a defesa que teria que fazer uma defesa processual e jurídica, em pé de desigualdade com o Ministério Público.

3.2.3 Da inexistência de limitação e previsão legal para o poder de investigação criminal do Ministério Público

Outros fortes argumentos comumente exarados pelos opositores ao poder investigatório do *Parquet*, se encontra no fato de (i) inexistir na atualidade, qualquer previsão legal específica que autorize o membro do Ministério Público exercer investigações criminais e (ii) não há qualquer norma que estabeleça as diretrizes e os limites do poder de investigação do membro do Ministério Público. Por tais razões, a investigação criminal presidida pelo *Parquet*, na visão doutrinária divergente, seria uma verdadeira afronta ao devido processo legal, não apenas por não haver demarcações claras aos limites de como se daria essa faculdade dos membros do Ministério Público, como também por carecer de adequação jurídica ao sistema jurídico vigente. Nessa linha de raciocínio, pondera René Ariel Dotti:

O chamado Procedimento Administrativo Investigatório do Ministério Público (ou designação equivalente) ofende o princípio do devido processo legal porque: **a)** não há prazo de encerramento; **b)** não há controle jurisdicional; **c)** o indiciado ou suspeito não tem a faculdade de requerer diligência, em atenção ao princípio da verdade material; **d)** o sigilo do procedimento é a regra e não a exceção como prevê o CPP; **e)** um procedimento administrativo formal (portaria, autuação, juntada de documentos, registro de informações, colheita de depoimentos e outros elementos de prova, etc.) para ter força cogente e suscetível de expedir notificações e intimações – inclusive para suspeitos e indiciados, determinando o comparecimento – exige a

previsão legislativa para o seu funcionamento regular, em obediência aos princípios do **devido processo legal** – no plano geral (CF, art. 5º, LV) – e da **legalidade** – no plano pessoal (CF, art. 5º, II); f) um procedimento administrativo formal (para investigar crimes) não pode ser objeto de lei estadual, frente à regra constitucional que defere à União, em caráter privativo, a competência para legislar sobre direito processual (art. 22, I). (DOTTI, 2004, p. 08)

Compartilha desse entendimento, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Cezar Peluso, que em seu voto no RE nº. 593.727/MG, asseverou serem intransponíveis os obstáculos para o exercício do poder investigatório por parte do membro do Ministério Público. Veja-se:

Como bem ponderado por **RENÉ ARIEL DOTTI**, a investigação direta pelo Ministério Público, no quadro constitucional vigente, não atende a nenhum daqueles requisitos já arrolados, simplesmente porque, não encontrando válido apoio legal, produziria consequências insuportáveis dentro do sistema governado pelos princípios elementares do devido processo da lei: (i) não há prazo para diligências nem para sua conclusão; (ii) não se disciplinam os limites de seu objeto; (iii) não se submete a controle judicial, porque carece de existência jurídica; (iv) não se assujeita à publicidade geral dos atos administrativos, da qual o sigilo é exceção, ainda assim sempre motivado e fundado em disposição de lei; (v) não prevê e não garante o exercício do direito de defesa, nem sequer a providência de ser ouvida a vítima; (vi) não se subjeta a controle judicial dos atos de arquivamento e de desarquivamento, criando situação de permanente insegurança para as pessoas tidas por suspeitas ou investigadas; (vii) não contém regras para produção das provas, nem para aferição de sua consequente validade; e, do ponto de vista de coisas práticas, (viii) não provê sobre o registro e numeração dos autos, nem tampouco sobre seu destino, quando a investigação já não interesse ao Ministério Público. (PELUSO, 2015, p. 44)

No mesmo embalo, é o parecer de Sergio Marcos de Moraes Pitombo. Veja-se:

Não existe norma expressa, que permita ao Ministério Público realizar investigação e instrução criminal preparatória ou preliminar, da ação penal condenatória. Tal suposta permissão surge deduzida de diversos preceitos legais, sempre implícita. Tira-se a existência do procedimento, por exemplo, da Constituição da República, Código de Processo Penal, Código Eleitoral, Lei dos Crimes Contra o Sistema Financeiro, Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e da Lei Orgânica do Ministério Público da União. A estrutura, a armação legal não convence. (PITOMBO, 2011, p. 155)

Como se vê dos dizeres de parte da doutrina que é contrária ao poder investigatório do Ministério Público, razão não há para crer que existam dispositivos legais que se coadunem com os poderes de investigação criminal exercidos pelo Ministério Público, e ainda que os houvessem, por certo ofenderiam o sistema processual penal vigente, que no estado atual em que se encontra, não comporta duas instituições distintas exercendo a mesma função, ainda mais quando uma delas detém a titularidade da ação penal pública.

CONCLUSÃO

De tudo que foi exposto no decorrer deste trabalho científico, é possível concluir, que embora o *Parquet* tenha tido o reconhecimento de seu direito Constitucional de empreender por conta própria investigações criminais pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº. 593.727/MG, muitas são as nuances e obstáculos que ainda precisam ser enfrentados pelos membros da instituição, para que possam fruir com aproveitamento, dessa nova incumbência que receberam. Como bem observado pelos defensores da doutrina contrária ao poder investigatório do *Parquet*, é inegável que o processo penal brasileiro na situação atual em que se encontra, não comporta satisfatoriamente a existência de um promotor ou procurador investigador, não apenas por inexistir aparato jurídico que delimite as funções e fruição do direito de investigação do Ministério Público, como também por carecer de estrutura na própria instituição que comporte essa nova função.

Por outro lado, releva mencionar, que não podemos fechar os olhos para a realidade de que o poder investigatório do Ministério Público representa um avanço natural no direito processual penal, como bem ponderou o doutrinador Fernando Capez com os muitos exemplos de países em que o Ministério Público detém as duas faculdades. Não há razão para que em nossa realidade jurídica atual, não detenha o *Parquet* o poder de realizar por conta própria atos investigatórios, ainda mais quando a polícia judiciária, não se mostra dotada do pessoal necessário, para cumprir isoladamente essa incumbência constitucional.

No mais, é sem sombra de dúvida, que embora o ordenamento jurídico pátrio sofrerá algumas trepidações decorrentes desse mais novo poder concedido ao Ministério Público, é por certo que essa trepidação será de pouca duração, uma vez que tão longo sejam estabelecidos os limites que deverão ser observados pelos membros da instituição, tão logo se saberá se esse direito concedido ao Ministério Público representa uma evolução ou regressão no direito brasileiro.

Por fim, o que se extrai de absoluto de tudo que foi produzido em termos doutrinários e jurisprudências afetos ao tema, é que ambas as correntes estão muito bem servidas de magníficos ícones do direito brasileiro, sendo absurdo pensar, que qualquer deles, não tiveram qualquer participação na tomada de decisão do Supremo Tribunal Federal.

O que agora se espera dessa nova etapa no Direito Processual brasileiro, é que esse mais novo poder conferido ao Ministério Público, não seja usado levemente pelos membros da instituição, e que sirva aos anseios da sociedade brasileira na defesa da coletividade.

REFERÊNCIAS

ALVES, Sini Luciane. **O Ministério Público e a Investigação Criminal**. Itajaí, 2007. Disponível em: < <http://siaibib01.univali.br/pdf/Sini%20Luciane%20Alves.pdf> >. Acesso em 10 nov. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 08 nov. 2016.

_____. **Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993**. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Ministério Público e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm> Acesso em: 08 nov. 2016.

_____. **Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Instituiu o Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02 nov. 2016.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 08 nov. 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 08 nov. 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal. RE 593.727-MG**. Relator Min. Cezar Peluso. Segunda Turma. Julgado em 14/05/2015. Dje 04/09/2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal. RHC 81326-DF**. Relator: Min. Nelson Jobim. Decisão: A Turma, por unanimidade deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator. Julgado em 06/05/03, DJ 01/08/03.

_____. **Supremo Tribunal Federal. HC 91.613-MG**. Relator: Min. Gilmar Mendes. Segunda Turma. Julgado em 15/05/2012. DJe 17/09/2012.

_____. **Supremo Tribunal Federal. HC 91.661-PE**. Relatora: Min. Ellen Gracie. Segunda Turma. Julgado em 10/05/2009. DJe 02/04/2009.

_____. **Supremo Tribunal Federal. HC 89.837-DF**. Relator: Min. Celso de Mello. Segunda Turma. Julgado em 20/10/2009. DJe 20/11/2009.

_____. **Supremo Tribunal Federal. HC 89.837-DF**. Relator: Min. Celso de Mello. Segunda Turma. Julgado em 20/10/2009. DJe 20/11/2009.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Curso de Processo Penal**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **O Processo Penal em Face da Constituição**. Direito de informação e liberdade de expressão. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

DOTTI, René Ariel. **O desafio da investigação criminal**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, ano 12, n. 138, p. 8, maio 2004.

FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo. **Ministério Público: Instituição e Processo: perfil constitucional, independência, garantias, atuação processual, civil e criminal**. São Paulo: Atlas, 1997. 286 p.

FURTADO, Valtan. **As 15 Razões para o Ministério Público Investigar Infrações Penais**. In Boletim IBCCRIM n°. 139. 2004

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

LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 2ª ed. Revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2003.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOPES JR., **Sobre a impossibilidade de uma Parte Imparcial no Processo Penal**. Rio Grande do Sul, 2013. Disponível em: <<https://www.facebook.com/aurylopesjr/posts/431211396965856>>. Acesso em 10 nov. 2016.

MACHADO, Antônio Claudio da Costa. **A intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 3 ed. Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 2002.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 17 ed, São Paulo: Editora Atlas S.A, 2004;

_____. **Processo Penal**. São Paulo, 18 ed: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28 ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processual penal e execução penal**, 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. **Procedimento Administrativo Criminal, realizado pelo Ministério Público**. Revista Criminal, São Paulo, ed Fiuza, ano 05, vol. 15. set-dez/2011, p. 155.

SANTIN, Valter Foletto. **O Ministério Público na investigação criminal**. Bauru: Edipro, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente ?** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 12, n. 49, p. 368-388, jul.-set. 2004, p. 376-377.

TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 10 ed. São Paulo: Jus Podivm, 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. Vol. 2. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Processo penal**. 33. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

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