

O MINISTÉRIO PÚBLICO NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL A IMPOSSIBILIDADE INVESTIGATÓRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Aline Santineli Braga¹
André Luis Herrera²

RESUMO

Respeitando as eruditas e sábias correntes contrárias, entende-se que o Ministério Público não pode investigar criminalmente sozinho, sem qualquer fiscalização. A fiscalização criminal Ministerial não tem regulamentação legal, e, se utilizada, nenhuma autoridade exterior a fiscalizará. O suspeito nem sequer saberá que está sendo investigado e não poderá lançar mão de institutos como o *habeas corpus* para trancar o procedimento em sua defesa. Nem mesmo seu advogado poderá ter acesso aos autos. E por fim, além de retirar a natural atribuição investigatória da polícia judiciária, fere os princípios do promotor natural e da paridade das armas, pois é claro que quem investiga não tem isenção suficiente para promover uma acusação imparcial.

Palavras-chave: Ministério Público. Investigação criminal. Fiscalização. Princípios. Acusação Imparcial.

ABSTRACT

Respecting the classical and wise opposing currents, means that the prosecutor can not criminally investigate by himself, without supervision. The criminal Ministerial surveillance has no legal regulation, and if utilized, no outside authority will supervise it. The suspect won't even know that he is being investigated and can not resort to institutions with the habeas corpus to lock the procedure in his defense. Not even his layer can have access to the case files. Finally, in addition to removing the natural allocation of the investigative judicial police, it violates the principles of the natural promoter and the parity of arms, because it's clear that those who investigate has not enough isention to promote an impartial accusation.

Keywords: *Prosecutor. Criminal Investigation. Supervision. Principles. Partial accusation.*

¹ Discente do 8º período de Direito da Unifev – Centro Universitário de Votuporanga.

² Docente do Curso de Direito da Unifev – Centro Universitário de Votuporanga.

INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho é discutido mundialmente, questionando a comunidade jurídica sobre a possibilidade das investigações anteriores à ação penal que embasam uma eventual denúncia-crime, ser de responsabilidade da Polícia ou do Ministério Público. A questão ganhou destaque com o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do Recurso Ordinário n. 81.326-DF.

Inicialmente é de grande valia, devido às discussões sobre o tema, esclarecer o que seria este tão polêmico “poder investigatório”. O termo Investigação, segundo o Dicionário Eletrônico Houaiss, significa etimologicamente o “conjunto de atividades e diligências tomadas com o objetivo de esclarecer fatos ou situações de direito”.

Estabelece a Constituição da República em seu artigo 144, parágrafo primeiro, inciso IV, um monopólio investigativo em prol da Polícia Federal, dizendo que é exclusividade da Polícia Federal exercer a função de polícia judiciária da União. Afirma o dispositivo legal que “A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União”. Desse modo, nossa Lei Maior prevê que o inquérito policial, investigação originária, é exclusividade da polícia judiciária.

Contudo, uma das correntes doutrinárias sobre o tema proposto, defendida no presente trabalho, entende que apenas a polícia pode investigar crimes, sendo ilícitos os procedimentos realizados pelo Ministério Público, bem como as provas por este obtida e conseqüentemente as derivadas delas. A outra corrente advoga que a investigação criminal é livre, podendo ser efetuada por diversos órgãos, entre eles, o Ministério Público. No sentido contrário as investigações feitas pelo órgão do *parquet* entendem os professores Miguel Reale Júnior e Guilherme de Souza Nucci. Por outro lado, já se manifestaram favoráveis à colheita de provas pelo Ministério Público os estudiosos Paulo Rangel, Alexandre de Moraes e Julio Fabbrini Mirabete. Até mesmo o próprio Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça pacificaram o entendimento a favor das investigações, fundando-se na *Teoria dos Poderes Implícitos* trazidos pela Suprema Corte Norte Americana e proferindo, inclusive, a súmula 234 (STJ).

O MINISTÉRIO PÚBLICO NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL A IMPOSSIBILIDADE INVESTIGATÓRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Ao final, espera-se demonstrar que a investigação criminal pelo Ministério Público não é admitida pelo ordenamento jurídico pátrio e que não coaduna com os anseios da sociedade, sendo uma questão sumariamente inconstitucional.

1. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E SUAS ESPÉCIES

No âmbito Criminal, investigar significa colher provas que elucidam o fato criminoso, demonstrando a existência ou não de sua materialidade, quem para ele concorreu (participação e autoria), bem como as demais circunstâncias relevantes. Cumpre ressaltar que a investigação criminal pode se dar através da oitiva de testemunhas, requisição de documentos, realização de perícias técnicas, interceptação de conversas telefônicas, entre outros meios permitidos pela lei. A colheita destas provas, para que sejam elas admissíveis juridicamente, necessita obedecer a formas, regras específicas e respeitar os Direitos Fundamentais inerentes à pessoa humana.

Quando ocorre um ilícito penal, o Estado passa a ter o chamado jus puniendi, que é o direito de punir o autor do ilícito. Esse direito e função se materializa pelo processo, mas, para que inicie esse procedimento é necessário que haja o mínimo de elementos probatórios que ratifiquem sua ocorrência e indique sua autoria. Esses elementos probatórios são obtidos através da investigação criminal, que possui várias espécies, sendo elas: inquérito policial, inquérito civil, inquérito policial militar, inquérito administrativo, Comissão Parlamentar de Inquérito e termo circunstanciado.

Assim expõe Santin (2007, p. 31):

Investigação criminal é a atividade destinada a apurar as infrações penais, com a identificação da autoria, documentação da materialidade e esclarecimento dos motivos, circunstâncias, causas e consequências do delito, para proporcionar elementos probatórios necessários à formação da opinio delicti do Ministério Público embasamento da Ação Penal.

Cabendo ressaltar que **investigação criminal** e **instrução criminal** são termos diferentes, assim, “não se deve confundir investigação criminal com instrução criminal, tendo em vista que investigar é a obter dados informativos para verificar se é cabível ou não que seja proposta a ação penal, e instruir é colher provas que demonstre a legitimidade do direito de defesa ou a culpa do acusado.” (FERNANDES, 2010, p.60).

1.1 Inquérito Policial

Para grandes doutrinadores como Romeu de Almeida Salles Junior (1980, p. 3) Inquérito Policial é:

O Inquérito Policial é procedimento destinado à reunião de elementos acerca de uma infração penal. É o conjunto de diligências realizadas pela Polícia Judiciária, para a apuração de uma infração penal e sua autoria, para que o titular da ação penal possa ingressar em juízo, pedido a aplicação ao caso concreto.

Assim, podemos concluir que inquérito policial é o procedimento administrativo inquisitório e preparatório, consistente num conjunto de diligências, realizadas pela polícia investigativa, para a apuração da infração penal e de sua autoria, presidido pela autoridade policial a fim de fornecer elementos de informação para que um titular da ação penal possa ingressar em juízo.

1.2 Inquérito Civil

Inquérito civil é o nome dado a um procedimento administrativo inquisitivo, cuja instauração e presidência são exclusivas do Ministério Público, visando, entre outros objetivos, a colheita de provas a serem levadas à Justiça, por meio da ação civil pública.

Assim, o Inquérito Civil é apenas um procedimento preliminar, e não um processo, já que não há acusações, sanções, penalidades, contraditório e ampla defesa, pois não é realizado um juízo de valores.

1.3 Inquérito Policial Militar

O inquérito policial militar é a apuração de fato que seja tipificado na lei como crime militar. Tem o caráter de instrução provisória, cuja finalidade precípua é a de ministrar elementos necessários à propositura da ação penal e está previsto no Código de Processo Penal Militar. Este inquérito tem como objetivo a apuração da materialidade e autoria de um ilícito penal praticado por um militar. A realização da investigação no caso do Inquérito Policial Militar, ou seja, nos crimes militares, é da Polícia Judiciária Militar, composta por autoridades militares e seus auxiliares.

1.3 Inquérito Administrativo

O Inquérito Administrativo ocorre quando há algum tipo de irregularidade no serviço público por parte do servidor público, além de ser informador do processo administrativo disciplinar, que tem previsão no artigo 143 da Lei 8.112/1990 – lei federal que dispõe sobre o regime jurídicos dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

1.4 Comissão Parlamentar de Inquérito

A Comissão Parlamentar de Inquérito é uma investigação realizada e conduzida pelo Poder Legislativo, que transforma a casa parlamentar em uma espécie de comissão para ouvir depoimentos e informações de forma direta. A Comissão Parlamentar de Inquérito tem a finalidade de realizar o exercício de investigação, apuração e conseqüentemente fiscalização da vida pública do País.

1.5 Termo Circunstanciado

O Termo Circunstanciado é uma espécie de boletim de ocorrência mais detalhado e específico, ou seja, é um registro de um fato que foi tipificado como uma infração de menor potencial ofensivo, que contém a qualificação dos envolvidos e um breve relato sobre o fato, servindo como peça informativa para o Juizado Especial Criminal. Surgiu no ordenamento jurídico brasileiro no artigo 69 e parágrafo único da Lei 9.099/1995, como uma alternativa formal ao auto da prisão em flagrante delito quando a infração for de menor potencial.

2 A INVESTIGAÇÃO MINISTERIAL

Conforme já exposto, a Constituição Federal Brasileira, em seu art. 144, inciso IV, prevê que o inquérito policial é exclusividade da polícia judiciária. Prevê também, no art. 129, inciso VII que é função institucional do Ministério Público o exercício do controle externo da atividade policial. Destarte, o Ministério Público não pode investigar pela ausência de previsão expressa da Constituição, pois se lhe fosse permitido, estaria fundado no referido artigo da lei maior, e, ao contrário do que ocorre

com o particular, ao Estado é defeso fazer tudo aquilo que a lei não permite – princípio da legalidade.

Dessa forma, a competência para a investigação criminal não é decorrente da competência para promover a ação penal, pois esta última está regulamentada pela Constituição Federal em seu artigo 129, inciso I, ao passo que a primeira não possui previsão legal. Relata, nesse sentido, Pitombo (2003, p. 3):

Não se pode inventar atribuição nem competência, contrariando a Lei Magna. A atuação administrativa interna do Ministério Público, federal ou estadual, não há de fazer às vezes das polícias. Cada qual desempenhe sua específica função, no processo penal, em conjugação com o Poder Judiciário, senão, não nos livraremos desta crise de legalidade.

Somando que há, ainda, desvio de função, pois segundo a Constituição, ao Ministério Público é atribuída a função de exercer o controle externo da atividade policial (CF, art. 129, VII), não de substituí-la.

Note-se, ainda, que o art. 129, inciso III, também da Constituição Federal, revê a possibilidade do promotor elaborar inquérito civil, mas jamais inquérito policial.

O sistema processual penal foi organizado para apresentar-se harmônico e equilibrado, não devendo existir qualquer instituição dotada de superpoderes. Quando a polícia judiciária elabora e conduz a investigação criminal, é supervisionada pelo Ministério Público e pelo juiz de Direito, assim, este, ao conduzir a investigação criminal, tem a supervisão das partes – Ministério Público e advogados. Logo, a permitir que o Ministério Público, por mais bem intencionado que esteja, produza sozinho a investigação criminal, isolado de qualquer fiscalização, sem a participação do indiciado, que nem ouvido precisa ser, ensejaria na quebra garantista e coerente da investigação de uma infração penal. Não é pelo fato de ser o inquérito sigiloso, por exemplo, que o acesso do advogado é vedado. Ao contrário, trata-se de prerrogativa sua consultar quaisquer autos de inquérito, especialmente quando já há indiciado cliente seu. O mesmo não ocorreria em investigação sigilosa em transcurso na sede do Ministério Público federal ou estadual, pois nem mesmo ciência de que ela está ocorrendo haveria. Assim, caso ocorra alguma ilegalidade no transcurso da investigação, o indiciado não poderia impetrar *habeas corpus* para garantir sua defesa. Por isso, a investigação precisa ser oficialmente conduzida, embora com o sigilo necessário, pela polícia judiciária, acompanhada por membro do Ministério Público e magistrado.

O MINISTÉRIO PÚBLICO NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL A IMPOSSIBILIDADE INVESTIGATÓRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Então, tem-se que a regra é clara: a Polícia Judiciária possui a atribuição de investigar no âmbito criminal, sendo atribuído ao Ministério Público somente o poder de requisitar a instauração do Inquérito, o exercício do controle externo da atividade policial e a produção de diligências complementares. Essas ações são totalmente permitidas pela lei e devem ser seguidas e respeitadas pelo órgão Ministerial, no entanto, atuar nas investigações criminais em si e retirar essa função da polícia judiciária, seria nada mais do que uma afronta a Constituição Federal por atuar em matéria que não se tem competência admitida em lei.

Há também, em nosso sistema jurídico, um sistema de freios e contrapesos que respeita as funções atribuídas a cada órgão do Estado, sendo assim, se fosse possível à atuação do Ministério Público nas investigações criminais, haveria afronta ao princípio da equidade e, conseqüentemente, da disparidade de armas, pois o próprio órgão acusador atuaria com o propósito apenas de confirmar as suas suspeitas, e, a investigação Ministerial prejudicaria a impessoalidade do órgão, pois ao participar da apuração dos fatos, ficaria contaminado, perdendo a imparcialidade necessária ao seu ofício, ferindo diretamente, o princípio do promotor natural e imparcial. Esse é um dos motivos pelo qual o constituinte não atribuiu, intencionalmente, tal função ao órgão Ministerial. Nesse sentido aponta Bitencourt (2007, p. 249):

Conscientemente, o legislador não o fez, e deixou de fazê-lo deliberadamente, por que não achou conveniente atribuir essa atividade a um órgão que é o titular da ação penal e, portanto, parte acusatória, para evitar a disparidade de armas entre acusação e defesa na relação processual penal.

A investigação pelo órgão Ministerial também atenta contra o sistema acusatório, pois cria um desequilíbrio entre acusação e defesa, haja vista que a acusação concentraria uma série de medidas jurídicas frente a uma quantidade muito menor de meios de defesas ao acusado; assim afirma Luigi Ferrajoli (2002, p. 490):

Para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária, por outro lado, a perfeita igualdade entre as partes: em primeiro lugar, que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação.

Por fim, existe grande preocupação das investigações criminais diretas concentrar muito poder nas mãos do Ministério Público, o que favoreceria o cometimento de abusos de poder pelos seus membros, haja vista a fiscalização criminal do MP não ter regulamentação legal.

3 CRÍTICAS AOS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS A IMPOSSIBILIDADE DA INVESTIGAÇÃO MINISTERIAL

Para os defensores dessa corrente, há previsão legal da investigação pelo órgão Ministerial: arts. 7º e 8º da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), que fala sobre o inquérito civil e art. 201, VII da Lei 8.069/90 (ECA). Fato este que não é verdade, pois todas essas leis são inferiores a Constituição Federal, e se nem ela que é a Lei Maior ousou atribuir competência investigatória ao Ministério Público, quem dirá as leis infraconstitucionais.

Para essa corrente, a definição de procedimento investigatório criminal é: o instrumento de natureza administrativa e inquisitorial presidido pelo membro do MP com atribuição criminal que tem como finalidade apurar a ocorrência de infrações penais de natureza pública, fornecendo elementos para o oferecimento ou não da denúncia; definição esta que se encontra na Resolução n. 13 do Conselho Nacional do Ministério Público:

Art. 1º O procedimento investigatório criminal é instrumento de natureza administrativa e inquisitorial, instaurado e presidido pelo membro do Ministério Público com atribuição criminal, e terá como finalidade apurar a ocorrência de infrações penais de natureza pública, servindo como preparação e embasamento para o juízo de propositura, ou não, da respectiva ação penal. Parágrafo único. O procedimento investigatório criminal não é condição de procedibilidade ou pressuposto processual para o ajuizamento de ação penal e não exclui a possibilidade de formalização de investigação por outros órgãos legitimados da Administração Pública.

Como se vê, a inconstitucionalidade desta resolução é indubitável, já que viola de forma clara o artigo 22 inciso I da Constituição Federal, pois legisla matéria processual penal, que deveria ser competência da União. Destarte, este entendimento supracitado não condiz com a Carta Magna, já que ela atribui o poder de instauração do Inquérito Policial a Polícia Judiciária, e, com créditos dados a Resolução, a crença de que à Constituição Federal se curvam as demais leis infraconstitucionais, seria atentada, pois a soberania do texto constitucional estaria ferida. No entanto, a resolução aprovada pelo Conselho busca regulamentar um dispositivo de lei que não trata de atos investigatórios do Ministério Público, mas que cria atividades investigatórias para este órgão, o que mais uma vez, contraria a Constituição Federal.

**O MINISTÉRIO PÚBLICO NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL
A IMPOSSIBILIDADE INVESTIGATÓRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

Outro argumento a favor das investigações pelo Ministério Público é que ele não atenta contra o sistema acusatório, pois os elementos produzidos por ele terão o mesmo valor que aqueles produzidos em um inquérito, devendo ser ratificados perante a autoridade judiciária sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. No entanto, é claro que este argumento não é verdadeiro, pois a investigação presidida pelo órgão do *parquet* atenta contra o sistema acusatório, porque cria um desequilíbrio entre acusação e defesa. Então, não há como falar que os elementos produzidos pelo inquérito terão o mesmo valor que os trazidos pelo Ministério.

A *Teoria dos poderes implícitos* é a usada pelo STF para apoiar a investigação criminal. Essa teoria surgiu na Suprema Corte norte-americana em 1819. Ela relata que ao conceder uma atividade fim a determinado órgão ou instituição, implícita e simultaneamente também concede a ele todos os meios necessários para atingir esse objetivo. Claro que essa teoria não está amparada pelo nosso direito, pois nossa legislação menciona que o MP pode requisitar diligências e a instauração do inquérito, mas não pode presidi-los.

Outro argumento alegado para a investigação criminal é apontado por José Damião Pinheiro Machado Cogan (p. 15):

Assim, como se vê, é tendência mundial que o Ministério Público possa investigar. Caso contrário, seria ele mero ratificador de investigações policiais e poderia ser facilmente substituído por computadores, o que a ninguém interessa, já que é um dos sustentáculos da democracia moderna. O lamentável é a sustentação do contrário, por meros interesses pessoais menores, principalmente quando ainda existem nessa República pessoas que se acreditam intocáveis e acima das leis, a quem, evidentemente, as investigações do Ministério Público incomodam. Não é hora, frente à criminalidade crescente e organizada que a todos preocupa, de se procurar o isolacionismo entre Polícia Judiciária e Ministério Público, sob argumento de exclusividade do poder investigatório. Quanto mais órgãos investigarem os ilícitos penais, maior é a certeza da sociedade de que os crimes, que tanto intranquilizam os cidadãos ordeiros, terão prontos e eficaz repressão quer sejam praticados por hipossuficientes ou por aqueles adulados pelos poderosos do momento, posto que ensina a Lei Maior que “todos são iguais perante a lei”.

O referido argumento não é nada mais do que uma falácia, pois é nítido que impossível seria substituir o Ministério Público por uma máquina computacional. E dizer que os que defendem a incompetência Ministerial são “intocáveis” e “se colocam

acima das leis” é o mesmo que afrontar à dignidade de correntes existentes sobre a matéria.

Assim, a corrente contrária às investigações ministeriais não preza pelo isolacionismo entre a polícia e o Ministério Público, o que na verdade se busca é a atuação legal dos Ministérios, sem usurpação de poderes e extrapolação legal de suas competências. É certo que quantos mais órgãos investigam os ilícitos, maiores são as certezas sobre a autoria destes, mas para isso estes órgãos devem ser devidamente preparados para exercer essas funções, pois de nada adiantaria um órgão qualquer e desautorizado atuar em tais diligências e ultrapassar até mesmo as leis.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com tudo isso, entende-se que o Ministério Público não é competente legal e constitucional para exercer a função investigativa, cabendo essa função a polícia judiciária, conforme estabelece a Constituição Federal.

A competência para promover a ação penal está regulamentada pela Constituição Federal em seu artigo 129, inciso I, ao passo que a investigação criminal não possui previsão legal.

Ao Ministério Público é atribuída à função de exercer o controle externo da atividade policial, requisitar a instauração do Inquérito e a produção de diligências complementares, não de substituir a atividade da polícia judiciária.

A investigação criminal deve estar de acordo com o sistema acusatório, sem proporcionar desequilíbrio entre acusação e defesa. Salientando que o devido processo penal deve ser guiado pelo princípio da equidade e da paridade de armas, tendo como fulcro a imparcialidade de suas investigações sem abuso de poder e com a devida fiscalização necessária para o acusado poder se defender de forma justa e legal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado. 1988.

COGAN, José Damião Pinheiro Machado. **Do Poder Investigatório do Ministério Público no Brasil e no mundo**. Disponível em <www.tacrim.sp.gov.br>. Acesso em: 12 de maio de 2012.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resolução n.13, de 02 de Outubro de 2006**. Disponível em <http://ccr2.pgr.mpf.gov.br/legislacao/recomendacoes/docs-resolucoes/resolucao_13_instauracao_e_tramitacao_do_procedimento_investigatorio_criminal.pdf>. Acesso em: 12 de maio de 2012.

DICIONÁRIO ELETRÔNICO HOUAISS: língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, CD-ROM, versão 1.0.5a.

FERNANDES, Maria Gabriela. **A investigação Criminal praticada pelo Ministério Público**. Disponível em <<http://pt.scribd.com/doc/65152336/43/Principio-da-Paridade-de-Armaz>>. Acesso em: 12 de maio 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

JUNIOR, Romeu de Almeida Salles. **Inquérito policial e ação penal**. 2. ed. Saraiva, 1980.

NARDINI, Maurício José. *Investigação criminal presidida por promotor de Justiça: admissível, possível e legal*. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 1, n. 20, out. 1997. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1053>>. Acesso em: 12 de Maio de 2012

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 6 edição. Revista dos Tribunais, 2010.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. **Procedimento administrativo criminal, realizado pelo Ministério Público**. Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel, vol. 5. fasc. 22, jul-ago/2003, p. 3

***O MINISTÉRIO PÚBLICO NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL
A IMPOSSIBILIDADE INVESTIGATÓRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO***

PONTES, Manuel Sabino. **Investigação Criminal pelo Ministério Público:** Uma crítica aos argumentos pela sua inadmissibilidade. Disponível em <<http://www.mp.rn.gov.br/userfiles/file/RevistaMP/RevMP0002.pdf>>. Acesso em: 12 de maio de 2012.

SANTIN, Valter Foletto. **O Ministério Público na investigação criminal.** 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2007.