

RODRIGO JIMENEZ GOMES

**A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E A ATUAÇÃO DO
MINISTÉRIO PÚBLICO**

MESTRADO EM DIREITO

PUC/SÃO PAULO
2009

RODRIGO JIMENEZ GOMES

A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Dissertação apresentada à
Banca Examinadora da
Pontifícia Universidade Católica
de São Paulo, como exigência
parcial para a obtenção do
título de MESTRE em Direito
Processual Penal, sob a
orientação do Professor Doutor
Marco Antonio Marques da
Silva.

São Paulo
2009

Banca Examinadora

DEDICATÓRIA

Aos meus pais, Antonio Carlos e Laurirose, que tanto me incentivam e sem os quais nada teria sentido.

Ao meu irmão, Diego, companheiro de todas as horas, pelos debates calorosos que influenciaram sobremaneira a execução deste trabalho.

À Maria Sylvia, minha inspiração.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Hermínio Alberto Marques Porto, mestre dos mestres, exemplo de pessoa e de profissional, dedicou a sua vida a esta Faculdade e aos seus alunos, que tanto me incentivou a dissertar sobre o tema deste trabalho, sendo sua orientação de valor inestimável.

Ao Professor Doutor Marco Antonio Marques da Silva, pelo privilégio de tê-lo também como orientador e quem, sem dúvidas, contribuiu para o aperfeiçoamento deste trabalho, em virtude do seu notável conhecimento jurídico como Mestre e Magistrado.

RESUMO

A investigação criminal possui grande relevância para a persecução penal, na medida em que é responsável por angariar provas da materialidade do delito e dos indícios de autoria, sem os quais se inviabiliza a ação penal e a eventual responsabilização do criminoso.

No ordenamento jurídico brasileiro, a quase totalidade das investigações criminais é realizada pela Polícia Judiciária, utilizando-se do inquérito policial. No entanto, diante da importância que assume a investigação para todo o processo penal, surgiu no direito brasileiro e, também, no estrangeiro cizânia doutrinária no que tange à possibilidade do Ministério Público conduzir a perscrutação penal.

O objeto de análise da presente dissertação cinge-se, justamente, a verificar a plausibilidade de o *Parquet* conduzir perscrutações penais no atual sistema jurídico brasileiro, calcado nos dispositivos da Constituição Federal de 1988. O tema é controverso, sendo por isso imprescindível o conhecimento e o debate dos argumentos contrários e favoráveis sobre o tema, não olvidando os mais recentes posicionamentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça a respeito.

Após estudo pormenorizado da matéria concluir-se-á pela possibilidade da investigação criminal dirigida por Promotores de Justiça, demonstrando-se, contudo, a imposição de limites para a sobredita atuação, de forma a compatibilizá-la com as atribuições da Polícia Judiciária.

RESUMEN

La investigación criminal tiene gran importancia para la persecución penal, porque es responsable por producir las pruebas de la materialidad del delito y de las indicaciones de su autoría, sin las cuales se hace impracticable la acción para responsabilizar al criminoso.

En el Ordenamiento Jurídico brasileño, casi la totalidad de las investigaciones criminales es llevada a través de la Policía Judicial, usándose del denominado “inquérito policial”. Sin embargo, delante de la importancia que asume la investigación para el procedimiento criminal, apareció en el derecho brasileño, y también en el extranjero, una divergencia en lo que se refiere a la posibilidad del Ministerio Público conducir la investigación penal.

El objeto del análisis de esta disertación versa, exactamente, sobre la viabilidad del *Parquet* conducir investigaciones criminales en el actual sistema jurídico brasileño, con fundamento en los artículos de la Constitución Federal de 1988. El tema es polémico, por eso es esencial el conocimiento y la discusión de los puntos contrarios y favorables sobre el tema, sin olvidar de los posicionamientos de los Tribunales Superiores del Brasil.

Después de que sea detallado el estudio del tema, se podrá concluir por la viabilidad de la investigación criminal dirigida por Fiscales, demostrándose, sin embargo, la necesidad de imposición de límites, para hacerla compatible con las atribuciones de la Policía Judicial.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	1
1. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NO MUNDO.....	4
1.1 Escorço Histórico.....	4
1.2 Antiguidade.....	5
1.3 Idade Média.....	7
1.4 Iluminismo.....	8
2. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NO BRASIL.....	10
2.1 Ordenações do Reino.....	10
2.2 O Código Criminal do Império.....	12
2.3 O Código de Processo Criminal de 1832.....	14
2.4 O Código de Processo Criminal de 1941.....	16
2.5 A Constituição Federal de 1988 e o modelo processual penal adotado.....	17
3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS.....	20
3.1 Princípio da Legalidade.....	20
3.1.1 Reserva Legal.....	21
3.1.2 Taxatividade.....	22
3.1.3 Irretroatividade.....	23
3.2 Princípio da Culpabilidade.....	24
3.3 Princípio da Intervenção Mínima, da Fragmentariedade e da Subsidiariedade.....	26
3.4 Princípio da Proporcionalidade e Princípio da Proibição do Excesso.....	27
4. MINISTÉRIO PÚBLICO E POLÍCIA JUDICIÁRIA.....	29
4.1 Origem do Ministério Público no Mundo.....	29
4.2 Origem do Ministério Público no Brasil.....	30
4.3 Origem da Polícia no Mundo.....	32
4.4 Origem da Polícia no Brasil.....	34
5. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL, MINISTÉRIO PÚBLICO E POLÍCIA JUDICIÁRIA NO ESTRANGEIRO.....	38
5.1 Europa.....	38
5.1.1 França.....	38
5.1.2 Alemanha.....	40
5.1.3 Portugal.....	41
5.1.4 Itália.....	42
5.1.5 Inglaterra.....	44
5.1.6 Espanha.....	45
5.2 América.....	47
5.2.1 Estados Unidos.....	47
5.2.2 Argentina.....	49
5.2.3 México.....	50

6. PROCEDIMENTOS INVESTIGATÓRIOS NO BRASIL.....	51
6.1 Inquérito Policial.....	51
6.1.1 Breve Enfoque Histórico.....	51
6.1.2 Definição e Finalidade.....	52
6.1.3 Características.....	54
6.2 Outros Procedimentos Investigatórios.....	55
6.2.1 Inquérito Civil.....	56
6.2.2 Inquérito Judicial.....	57
6.2.3 Comissão Parlamentar de Inquérito.....	58
7. CRIMINALIDADE MODERNA.....	60
7.1 Evolução da Criminalidade.....	60
7.2 Micro e Macrocriminalidade.....	61
7.2.1 Crime Organizado.....	62
7.2.2 Terrorismo.....	64
7.3 Macrocriminalidade e os Direitos Fundamentais.....	65
8. ASPECTOS CONSTITUCIONAIS.....	68
8.1 Constituição Federal de 1988 e a Polícia.....	69
8.2 Constituição Federal de 1988 e o Ministério Público.....	71
8.2.1 Princípios e Funções Institucionais do Ministério Público.....	73
9. POSSIBILIDADE DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	78
9.1 Argumentos Contrários.....	78
9.2 Argumentos Favoráveis.....	82
10. JURISPRUDÊNCIA.....	97
CONCLUSÕES.....	103
ANEXO I- Inteiro Teor do acórdão do Supremo Tribunal Federal referente ao Habeas Corpus nº 91661.....	109
ANEXO II- Inteiro teor do acórdão do Supremo Tribunal Federal referente ao Recurso Extraordinário nº 535478.....	120
BIBLIOGRAFIA.....	137

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como finalidade precípua o estudo de um dos temas mais polêmicos do Direito Processual Penal: a possibilidade jurídica do Ministério Público realizar a investigação criminal. A complexidade do assunto ultrapassa fronteiras, sendo alvo de discussão em grande parte das nações européias e americanas. O interregno de tempo para o amadurecimento da discussão varia de país a país, sendo que no Brasil o debate é relativamente recente se comparado aos dois séculos de discussão na Europa.

Com o escopo de melhor ilustrar o tema em estudo, inicia-se o trabalho com o retrospecto histórico da investigação criminal e a análise de sua natureza jurídica, desde seus primórdios até os dias atuais. No mundo, enfatizando-se a antiguidade clássica, a idade média e o período iluminista. No Brasil, passando pelas “Ordenações do Reino”, vigentes desde o seu descobrimento até o Código Criminal do Império, depois o Código de Processo Penal de 1832, e culminando com a atual legislação Processual Penal, sob o amparo da Constituição Federal de 1988.

Após a parte histórica, adentra-se no estudo da investigação criminal na hodierna.

No Direito pátrio, são analisados os Princípios Constitucionais Penais, a origem do Ministério Público e da Polícia Judiciária, uma vez que estão intrinsecamente relacionados com a perscrutação criminal e com o sistema adotado pelo direito brasileiro.

Também constitui objeto de análise o *inquérito policial*, tendo em vista a sua abrangência, bem como as deficiências que apresenta, dedicando-se um capítulo específico para tratar de sua natureza jurídica, características, princípios, bem como de outros procedimentos investigatórios previstos em lei.

No Direito estrangeiro, mais precisamente na Europa e na América, foca-se o estudo nos diferentes modelos de investigação existentes, que em cada país assume características distintas. Encontramos, assim, lugares cuja perscrutação criminal é dirigida pelo Magistrado (juiz de instrução), outros pelo Ministério Público e, ainda, alguns pela Polícia Judiciária.

Antes de tratar especificamente do cerne temático do presente trabalho, são tecidos alguns comentários acerca da criminalidade moderna e dos órgãos encarregados da persecução criminal no Brasil (a Polícia Judiciária e o Ministério Público) relacionando-os com a Constituição Federal de 1988.

O objetivo precípua deste trabalho consiste em avaliar a legitimidade do Ministério Público para promover investigações criminais autônomas, por meio de procedimento administrativo próprio. Tema que tem gerado inúmeros estudos e debates calorosos, resultando em posicionamentos doutrinários antagônicos, decisões judiciais conflitantes e indefinição do Supremo Tribunal Federal acerca do tema.

Diante disso, inicia-se o enfoque principal do estudo com a apresentação das opiniões doutrinárias antagônicas a respeito da possibilidade ou não do Ministério Público realizar suas próprias investigações criminais. Nessa oportunidade, examina-se cada uma das vertentes, levantando-se os principais pontos de discussão, sob a perspectiva doutrinária e jurisprudencial.

Após a análise minuciosa das inúmeras questões levantadas pelos doutrinadores nacionais e estrangeiros, pró e contrários à investigação criminal independente do Ministério Público, concluímos o presente trabalho, com apresentação de forma clara e objetiva do nosso posicionamento a respeito do tema.

Por derradeiro, em razão da importância do tema tratado e da inexistência de decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal a respeito, anexamos à presente dissertação dois recentes acórdãos do Pretório Excelso que analisam, em controle difuso de constitucionalidade, a investigação criminal conduzida pelo *Parquet*.

1. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NO MUNDO

1.1 Escorço Histórico

Na história não há registro do exato momento em que surgiu a investigação criminal. Todavia, acreditam os estudiosos que tenha nascido da necessidade de se punir aquele que violasse regras estabelecidas pelo homem, a partir do instante em que se passou a viver em sociedade.

Inicialmente, a punição consistia na expulsão do transgressor do seio da comunidade, o qual ficava à mercê da sua própria sorte, muitas vezes em território hostil. Referida situação de isolamento acabava por acarretar a sua morte, geralmente em decorrência de ataque de animais, fome, doença, fenômenos da natureza ou até mesmo assassinado por membros de outras tribos.

Ao tratar do tema, Guilherme de Souza Nucci:

“O ser humano sempre viveu em permanente estado de associação, na busca incessante do atendimento de suas necessidades básicas, anseios, conquistas e satisfação. E desde os primórdios violou as regras de convivência, ferindo os semelhantes e a própria comunidade onde vivia tornando inexorável a aplicação de uma punição. Sem dúvida, não se entendiam as variadas formas de castigo como se fossem penas, no sentido técnico-jurídico que hoje possuem, embora não passassem de embriões do sistema vigente. Inicialmente, aplicava-se a sanção como fruto da libertação da ira dos deuses, em face da infração penal cometida, quando a reprimenda consistia, como regra, na expulsão do agente da comunidade, expondo-o à própria sorte”¹.

A investigação criminal acompanhou a evolução da sociedade e, por conseguinte, do direito penal, em todos os períodos da história. Com efeito, a inevitável prática de infrações ao direito alheio e a necessidade premente de ser mantida a mínima harmonia local, punindo-se o transgressor, nem sempre conhecido

¹NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal: Parte Geral. Parte Especial, São Paulo, RT, 2005, p. 57.

de imediato, fez com que a atividade investigatória ganhasse corpo e importância dentro da coletividade.

Evidentemente que os traços evolutivos da perscrutação penal não são rigorosamente definidos, cabendo ao presente trabalho delinear apenas os aspectos gerais com repercussão no desenvolvimento da tese central deste estudo, deixando-se a cargo dos profissionais habilitados para tanto (historiadores) o estudo pormenorizado da evolução histórica. Observemos, sucintamente, as características da investigação penal ao longo da História mundial, ressaltando-se as peculiaridades nos períodos da Antiguidade, da Idade Média e Iluminista.

1.2 Antiguidade

A investigação penal no antigo Egito, aproximadamente 4.000 anos a.C., resumia-se basicamente à figura do funcionário real denominado “magiaí” (procurador do rei), que, dentre várias atribuições, cabia ouvir as palavras da acusação, indicando as disposições legais aplicáveis em cada caso e tomar parte das instruções para descobrir a verdade.

Na Grécia antiga, o sistema de persecução criminal era fundamentado na acusação popular, de modo que qualquer do povo tinha a faculdade de sustentar a acusação perante o tribunal, formulando suas alegações.

Sendo a investigação atribuída às partes envolvidas, tanto a acusação como a defesa poderiam realizá-la, de sorte que referida atribuição não se quedava adstrita a um representante do poder central. Ao tratar da investigação criminal na Grécia Antiga, Mauro Fonseca Andrade assevera:

“Este afastamento do poder público, em relação ao início da persecução penal – ocorrida em torno do século VII a.C. – foi o ponto de partida do sistema acusatório, pois, até então, as funções de acusar e investigar

*eram atribuídas ao poder central, que também detinha a atribuição de julgar*².

Quanto ao Direito Romano, inicialmente houve um período em que prevalecia a autoridade absoluta do chefe de família (*pater familias*), verdadeiro detentor do poder de impor a pena que julgasse cabível aos membros de seu grupo.

No período Monárquico Romano, vigorou o caráter sagrado da sanção, em que a pena era aplicada pelo Poder Estatal baseando-se em preceitos religiosos, dado a proximidade entre religião e Estado, firmando-se a denominada vingança pública.

Com o final do reinado e início do período republicano (509 a.C.), houve uma alteração substancial na aplicação da pena, na medida em que a dissociação do Estado com a atividade religiosa implicou na perda do caráter de penitência atribuída à sanção, prevalecendo o regime da lei de talião (“dente por dente, olho por olho”) em conjunto com a possibilidade de uma composição específica para que o infrator detivesse outros meios para se escoimar da rigidez da pena. Relata-se como uma das formas da indigitada composição romana a possibilidade de se entregar um escravo para padecer a pena no lugar do infrator, desde que houvesse *concordância da vítima*.

No decorrer do período republicano de Roma, houve um significativo avanço em sua estrutura jurídico-social, em razão da forte influência do modelo processual ateniense, culminando com a edição da sempre citada Lei das XII Tábuas, cujo conteúdo refletia a intenção de se igualar os destinatários da pena, bem como de se estabelecer a iniciativa da acusação e o deslinde da perscrutação como formas de atuação eminentemente popular, de modo que os cidadãos, em que pese a influência Estatal, seriam os principais responsáveis pela investigação penal (*inquisitio*) destinada a embasar suas pretensões.

² ANDRADE, Mauro Fonseca. Ministério Público e sua Investigação Criminal, 2ª edição, Curitiba, Juruá, 2008, p. 30

Mauro Fonseca Andrade, ao tratar da investigação penal na Antiguidade e da origem do *Parquet*, disserta:

“Todavia, se é certo que nos direitos ateniense e romano (do período republicano) a investigação cabia ao acusador, não é menos certo que, em sua quase totalidade, este acusador era um cidadão comum – vítima ou não, do fato que motivava sua iniciativa acusatória – nada tendo que ver com a natureza oficial ou estatal do Ministério Público. Desta forma, se podemos afirmar que no Direito Antigo está a origem de uma investigação realizada pelo acusador – o que já nos levou a denominar esta característica como sendo o princípio quem acusa investiga – é a natureza não-oficial deste acusador que nos impede de dizer que lá esteja a origem de uma investigação presidida pelo Ministério Público”³.

No entanto, deve-se salientar que, conquanto alguns autores associem a origem do Ministério Público aos tempos do Direito Romano, há quem defenda que a indigitada instituição surgiu na França. Essa matéria será objeto de análise em capítulo específico deste trabalho.

1.3 Idade Média

Na Idade Média predominou o direito canônico, resultado da união entre Estado e Igreja. Como marco histórico, deve-se citar o início do século V, época em que os imperadores romanos Honório e Justino concederam aos bispos o direito de inspecionar as prisões e os processos, passando a Igreja a influenciar sobremaneira na jurisdição criminal.

Nessa senda, o Estado e a Igreja estavam intrinsecamente relacionados. O Direito Penal da época punia transgressões aos dogmas eclesiásticos como se crimes fossem. A sanção passou a ter caráter sacro e almejava-se a regeneração do criminoso-pecador, além de castigá-lo.

Nesse período, constatou-se a ocorrência de excessos cometidos pelo Poder Público, por meio da Santa Inquisição, que se utilizava de métodos

³ ANDRADE, Mauro Fonseca, op. cit., p.31

desumanos para obtenção de provas, como, por exemplo, a confissão mediante tortura, e impunha penas que não guardavam qualquer proporcionalidade com as condutas praticadas.

Ao tratar do assunto, Valter Foleto Santin observa que:

“o processo eclesiástico seguiu no início a forma oral, depois passou à escrita. As provas eram semelhantes às empregadas pelos juízes seculares: testemunhas, água fervente e ferro quente. E com o decurso do tempo, as provas obtidas por meios cruéis foram substituídas e a investigação criminal passou a ser feita pelo próprio juiz, em vista do conhecimento notório do crime ou clamor público (clamosa insinuatio), por meio de inquirição ou informação. Todavia, no século XV foram criados os tribunais do Santo Ofício, para decisão de matérias espirituais, eclesiásticas, cíveis e criminais. Ocasão em que surgiu a Santa Inquisição e o retorno do uso da tortura para obtenção de confissão do suspeito e a aplicação das penas de sangue. Na luta contra os árabes e Judeus, a jurisdição eclesiástica ficou ainda mais forte”⁴.

1.4 Iluminismo

No período do Iluminismo, que se iniciou no século XVIII, a edição da célebre obra dos “Delitos e Das Penas”, escrita por Cesare Bonesana, aliada ao surgimento da Escola Clássica, de Francesco Carrara, contribuiu para o surgimento de idéias inovadoras no que diz respeito ao conceito de pena, que deixou de ter caráter exclusivamente intimidatório e passou a assumir feição eminentemente humanitária, tendo como principal objetivo a recuperação do criminoso.

Nesse ínterim, Marquês de Beccaria posicionou-se contra as penas de morte e cruéis e a favor do princípio da proporcionalidade da sanção em relação ao delito praticado, ressaltando que a efetividade da pena estaria jungida à certeza de sua aplicação e não à sua gravidade.

⁴ SANTIN, Valter Foleto. O Ministério Público na Investigação Criminal, 2ª edição, Bauru, Edipro, 2007, p. 26

Ademais, o mencionado autor sustentou a aplicação do princípio da legalidade, de modo que a fixação da pena estaria relacionada inexoravelmente com a existência de lei que a delimitasse, cabendo aos magistrados apenas aplicá-las tal como postas. Defendeu, também, a instituição do princípio da personalidade da pena, segundo o qual as sanções não poderiam ultrapassar a pessoa do criminoso, evitando-se assim que familiares fossem responsabilizados pelos atos do delinqüente. Manifestou-se, ainda, contrariamente a tortura como método de investigação.

Ao dissertar acerca da importância do Iluminismo no pertinente à evolução do direito penal, fundamentalmente no que diz respeito à aplicação da pena, Guilherme de Souza Nucci afirma:

“É inequívoco que o processo de modernização do direito penal somente teve início com o Iluminismo, a partir das contribuições de Bentham (Inglaterra), Montesquieu e Voltaire (França), Hommel e Feuerbach (Alemanha), Beccaria, Filangeieri e Pagano (Itália). Houve preocupação com a racionalização na aplicação das penas, combatendo-se o reinante arbítrio judiciário. A inspiração contratualista voltava-se ao banimento do terrorismo punitivo, uma vez que cada cidadão teria renunciado a uma porção de liberdade para delegar ao Estado a tarefa de punir, nos limites da necessária defesa social. A pena ganha um contorno de utilidade, destinada a prevenir delitos e não simplesmente castigar”⁵.

Por derradeiro, impende ressaltar que os ideais propagados pelos autores iluministas consubstanciados no processo de racionalização da pena e também da investigação criminal, com o banimento da tortura como método investigatório e a adoção da proporcionalidade entre o ato praticado e a sanção imposta, serviu como norte para a elaboração da Declaração dos Direitos do Homem, na França, em 1789. Frisa-se que as alterações veiculadas na *Era da Luz* foram implementadas vagarosamente, sendo que, para isso, muitas batalhas foram instauradas e vidas perdidas.

⁵ NUCCI, Guilherme de Souza, op. cit., p. 59 e 60.

2. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NO BRASIL

2.1 Ordenações do Reino

O Brasil pré-colonial (1500-1530), dissociado das influências jurídicas européias, anteriormente esposadas, era desprovido de uma organização jurídico-social no que tange à aplicação das sanções. As penalidades aplicadas àqueles que infringissem os padrões de conduta eram cruéis e desproporcionais, inspiradas na vingança privada, manifestando-se principalmente por meio da tortura, banimento e até mesmo pela morte do infrator.

Diante da inexistência de um ordenamento jurídico próprio, passou a vigorar no Brasil, a partir de seu descobrimento, as leis portuguesas, denominadas de Ordenações do Reino, intrinsecamente relacionadas com o Direito Canônico, cujo conteúdo e nome variavam de acordo com o Monarca que Governava Portugal. Referidas Ordenações subsistiram por longo interregno de tempo no Brasil, assumindo posição de destaque as Ordenações Afonsinas (Rei D. Afonso V), Manuelinas (Rei D. Manuel) e Filipinas (Rei D. Filipe I de Espanha e confirmada por D. João IV de Portugal) todas com influência do direito canônico (Papa Gregório IX), do romano e das leis das “Partidas de Castela”.

Passemos à análise de cada uma das referidas Ordenações no pertinente à perscrutação criminal.

A investigação criminal na época das Ordenações Afonsinas (1446 a 1521) consubstanciava-se por dois modos de realização, a saber: por meio de inquérito, com a participação do acusado; ou pela denominada devassa, procedimento inquisitorial para informação dos crimes, que se iniciava de ofício, sem a presença do acusado. Com relação às Ordenações Afonsinas, destacam-se as palavras de Valter Foleto Santin:

“A polícia judiciária era exercida por juízes, auxiliados por merinhos, homens jurados (escolhidos e compromissados) e vintaneiros

*(inspetores policiais de bairros). Nessa fase, para defesa dos direitos reais, os procuradores reais teriam funções de promotores de justiça para promoção de acusação que pudesse resultar em confisco. Essa função acusatória seria a origem do Ministério Público na área criminal*⁶.

No que concerne às Ordenações Manuelinas (1521 a 1603), a perscrutação penal iniciava-se por meio das querelas juradas, das denúncias ou das inquirições devassas. Nessa fase o promotor de justiça atuava nas causas cíveis e criminais, a fim de promover a aplicação do direito e a Justiça. Ressalta-se que o promotor tinha funções bem acentuadas no crime, mas sem participação efetiva na apuração dos delitos. O Livro I, Título XII, das Ordenações Manuelinas, regia a atuação do promotor naquela época, *in verbis*:

“O Promotor da justiça deve seer Letrado, e bem entendido pera saber espertar, e aleguar as causas, e razões que pera lume, e clareza da Justiça, e pera inteira conferuaçam della conuem ao qual Mandamos com grande cuidado, e deligencia requeira todas as cousas que pertencem aa Justiça, em tal guisa que por sua culpa, e negligencia nom pereça, porque fazendo o contrario, Nós lho estranharemos segundo a culpa que nello tever”.

Nas Ordenações Filipinas (1603 a 1830), por sua vez, a investigação criminal também se iniciava por meio das já mencionadas “devassas”, ou ainda pelas “querelas”, procedimentos, outrossim, inquisitoriais, mas que se iniciavam por delações feitas por particulares. Ressalta-se ainda que, à época, não havia autoridade com atribuições para realizar a investigação policial, de modo que a perscrutação era perpetrada por moradores e controlada pelos “alcaides” e “juízes da terra”.

Em suma, o procedimento investigatório era iniciado por intermédio das “querelas” ou “devassas”, destacando-se que, com relação a esta última modalidade, realizava-se, anualmente, uma devassa geral, visando-se à apuração de crimes incertos.

⁶ SANTIN, Valter Foletto, op. cit., p. 27.

Havia, ainda, a previsão, nas Ordenações Filipinas, da denominada devassa especial, que consistia na apuração da autoria de crimes determinados, com a peculiaridade de possuir prazo específico de oito dias, contados da prática do ato delituoso, para a instauração do procedimento investigatório.

Frisa-se que, tanto na “querela” quanto na “devassa”, não havia a participação do acusado nos autos de investigação, sendo apenas conferido direito ao contraditório na fase de julgamento, momento em que as testemunhas seriam ouvidas, mesmo que já tivessem testemunhado no decorrer da investigação. Ao final do processo, caso o autor do crime fosse encontrado, ocorreria a pronúncia (prisão do réu em caso de existência de provas suficientes), seguindo-se as fases de acusação e julgamento. A sentença, uma vez proferida, deveria ser publicada. Nota-se, portanto, nessa época, a existência de um Direito Penal retrógrado, com regras processuais inquisitivas consubstanciadas nas devassas e querelas.

Conforme alhures mencionado, a evolução do processo de modernização do direito penal ocorrido na Europa no século XVIII, em razão do movimento iluminista, culminou com a Declaração dos Direitos do Homem, propagando-se idéias de cunho liberal por todo o velho continente, posteriormente reverberadas no Brasil. Isso porque o ordenamento jurídico português não ficou imune às novas idéias, sofrendo modificações significativas, que tornou a legislação penal daquele país e, por conseguinte, a do Brasil, mais humanitária.

2.2 O Código Criminal do Império

O Código Criminal do Império de 1830, projeto elaborado por Bernardo Pereira de Vasconcelos, foi resultado da influência do movimento liberalista europeu no sistema jurídico brasileiro. Daí o porquê de se afirmar que, com a edição do Código Criminal do Império, a legislação penal brasileira tornou-se mais humanizada e sistematizada.

A corroborar o exposto acima, trazem-se à baila as palavras de José Reinaldo Guimarães Carneiro:

“O movimento liberalista europeu acabou por implicar reflexos diretos no cenário legislativo e governamental brasileiro, iniciando-se o abandono aos regimes opressores e aos sistemas inquisitivos de investigação e aplicação da legislação penal, os quais desrespeitavam, por inteiro, os mais básicos direitos humanos”⁷.

No entanto, apesar dessa indigitada evolução, não se pode olvidar que o Código Criminal do Império ainda guardava resquícios de crueldade. Algumas espécies de sanções cruéis foram mantidas, como, por exemplo, a pena de morte.

Em verdade, a aplicação dessas penas relacionava-se intrinsecamente com o anseio da sociedade civil burguesa em submeter aos seus domínios a classe escravocrata, fato que realçava inclusive a discriminação existente no Brasil – Império, configurando verdadeiro retrocesso no pertinente ao sistema de aplicação da pena, já que relegava o princípio iluminista da igualdade.

Nesse contexto, impende salientar que em 10 de junho de 1835 foram fixadas normas jurídicas de natureza criminal específicas para os escravos, de modo que estariam sujeitos à pena de morte se matassem ou ofendessem a integridade física de seu senhor, de sua mulher, de ascendentes ou descendentes com quem morassem, do administrador e de suas mulheres. Além disso, estabeleceu-se ser prescindível a unanimidade do júri para se condenar o escravo, e da referida decisão não caberia qualquer espécie de recurso.

Vislumbrava-se, portanto, verdadeiro discriminem em relação à sanção penal, adotando-se penas cruéis e desmedidas em relação à parte menos favorecida da sociedade, os escravos, e, em contrapartida, privilegiando-se a camada social detentora do poder, a burguesia, que se beneficiava dos avanços ideológicos advindos da denominada “Era da Luz”.

⁷ CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. O Ministério Público e suas Investigações Independentes, São Paulo, Malheiros, 2007, p. 30.

2.3 O Código de Processo Criminal de 1832

A promulgação do Código de Processo Criminal em 1832, primeiro diploma processual penal brasileiro, representou a concretização dos ideais humanitários e liberais preconizados pelo movimento iluminista europeu.

Com efeito, com a edição do referido diploma legal, houve profunda alteração nas formas dos procedimentos criminais, com a exclusão das devassas gerais, devassas especiais, querelas, denúncias e dos “juízes de fora”. Verificou-se, outrossim, maior autonomia do Estado em relação à tutela jurídica dos fatos criminosos, delegando-se à Justiça Eclesiástica apenas a solução dos conflitos de cunho eminentemente religiosos.

Ademais, instituí-se o tribunal do júri, o cargo de juiz de paz, bem como foram estabelecidas normas de Organização Judiciária, que mantiveram a divisão territorial do país, em distritos, termos e comarcas.

Em relação ao estudo do Código Processual Criminal do Império, cabe colacionar o pensamento de José Frederico Marques:

“Proclamada a independência e organizado constitucionalmente o país, passam a encontrar agasalho e consagração, no direito pátrio, todas as idéias liberais que vinham de substituir as iníquas práticas do sistema inquisitivo. Promulgada era, em 25 de março de 1824, a Constituição Política do Império, cujo artigo 179 definiu os direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, estabelecendo preceitos e princípios garantidores de um processo penal bem diverso do que vigorava sob a égide do Livro V das Ordenações. Nele vinham estabelecidas as garantias mais caras ao espírito liberal do século.

(...)os procedimentos penais poderiam ser instaurados mediante queixa do ofendido (ou de seu pai, mãe, tutor, curador ou cônjuge), por intermédio de denúncia do Ministério Público ou de qualquer do povo e, finalmente, por atuação ex officio do juiz. E o que havia de frágil, porém, no Código de Processo Criminal, eram suas normas de organização judiciária e, ainda, a regulamentação do Júri. No mais, como obra de seu tempo, era estatuto processual de altos mérito”⁸.

⁸ MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal, vol. 1, 2ª edição, Campinas, Millennium, 2000, p. 103 e 104.

Após quase uma década de vigência do Código de Processo Criminal de 1832, período em que o Brasil viveu momentos mais conturbados de sua história, resultado de agitações políticas e o surgimento de importantes movimentos revolucionários, foi necessária a promulgação da Lei de 3 de dezembro de 1841, como instrumento hábil a restaurar a paz e a ordem pública, uma vez que o diploma legal vigente à época mostrava-se ineficaz nesse mister. A referida Lei instituiu um aparelhamento policial altamente centralizado e armado, de modo a dar efetividade à atuação investigatória e repressiva.

O mencionado Estatuto Legal acabou por estabelecer o denominado policialismo judicial, verdadeiro mecanismo de atribuição de atividades tipicamente judiciárias à polícia. Com efeito, o reg. nº 120, art. 198, parágrafo 5º, disciplinava terem as autoridades policiais, além das funções normais da polícia judiciária, competência para a formação da culpa.

Referida atribuição mostrava-se sobremaneira autoritária, na medida em que delegava à Polícia Judiciária atribuições judiciais, olvidando-se da noção típica de separação dos poderes defendida por Montesquieu.

Sobre o tema anota José Reinaldo Guimarães Carneiro:

“Com a promulgação da referida lei, o município da Corte e suas províncias passaram a contar com chefe de polícia, delegados e subdelegados, todos nomeados pelo Imperador ou pelos presidentes de províncias. Suas funções, conforme mencionado, ultrapassavam a esfera das atividades típicas da polícia judiciária, sendo atribuídas às autoridades policiais a competência para formação da culpa”⁹.

O caráter eminentemente autoritário da Lei de 3 de dezembro não conseguiu atender aos anseios mais legítimos da sociedade da época, que pleiteava a luta contra o crime e a punição efetiva dos infratores.

⁹ CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães, op. cit., p. 32.

Entrementes, em que pese a apresentação de inúmeros projetos para a alteração do referido diploma legal, sua modificação concretizou-se apenas em 20 de setembro de 1871, por ato do ministério do Rio Branco, com a promulgação da Lei 2.033, regulamentada pelo Decreto 4.824 de 22 de novembro do mesmo ano. A mencionada reforma introduziu inúmeros institutos jurídicos, ganhando destaque a regulamentação do inquérito policial.

Introduziu-se, outrossim, modificações nos institutos da prisão preventiva, fiança, recursos e habeas corpus, além de dar cabo ao malfadado policialismo, retirando-se, por conseguinte, as atribuições das atividades tipicamente judiciárias da polícia.

2.4 O Código de Processo Penal de 1941

O Código de Processo Penal brasileiro, que até hoje está em vigência, foi promulgado em 3 de outubro de 1941, por meio do Decreto-Lei nº 3.689.

Ao analisar o Código de Processo Penal brasileiro, José Frederico Marques assevera:

“O novo Código não se afastou de nossas tradições legislativas. Manteve o inquérito policial, configurando-o tal como herdamos do Império através da reforma de 1871; em obediência a um mandamento constitucional, estabeleceu a instrução plenamente contraditória e separou de vez as funções acusatória e julgadora, eliminando quase por completo o procedimento ex officio, que só permaneceu para o processo das contravenções; restringiu, ainda mais, a competência do Júri, e plasmou todas as formas procedimentais sob fiel observância do sistema acusatório”¹⁰.

¹⁰ MARQUES, José Frederico, op. cit., p. 111 e 112.

Vê-se, portanto, que o então novel digesto processual penal não trouxe grandes inovações no que tange à perscrutação criminal, permanecendo a sua realização por meio do inquérito policial, nos moldes preconizados no período do Império. Referido cenário, no entanto, foi significativamente alterado com a promulgação da Constituição Federal de 1988, conforme doravante esmiuçado.

2.5 Constituição Federal de 1988 e o Modelo Processual Penal Adotado

Com o advento da Constituição Federal de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, instaurou-se uma nova ordem jurídica baseada precipuamente nos ideais democráticos. Afastou-se, assim, da perspectiva eminentemente autoritária do Código de Processo Penal, que se baseava, estritamente, na segurança pública. A nova Carta Constitucional instituiu um sistema de amplas garantias individuais, com o intuito de modificar o objetivo do processo, deixando de ser um mero veículo de aplicação da lei penal, passando a ser um instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado. Ressalta-se, também, a aplicação dessas garantias à fase pré-processual, com exceção da ampla defesa e do contraditório, que não são compatíveis com o caráter inquisitivo do inquérito policial.

Como forma de corroborar esse novo viés, a Constituição da República de 1988 acrescentou, ainda, ao ordenamento pátrio um arcabouço de princípios constitucionais capazes de nortear o estudo da matéria processual penal, que serão analisados neste trabalho no capítulo seguinte.

Ao analisar a nova feição do processo penal frente à Constituição Federal de 1988, Eugênio Pacelli de Oliveira disserta:

“(...) deve ser um processo construído sob os rigores da Lei e do Direito, cuja observância é imposta a todos os agentes do Poder Público, de maneira que a verdade ou verossimilhança (certeza, enfim) judicial seja o resultado da atividade probatória lícitamente desenvolvida. Disso

*decorrerá também a vedação das provas obtidas ilicitamente (art. 5º, LVI, CF), não só como afirmação da necessidade de respeito às regras do Direito, mas como proteção aos direitos individuais, normalmente atingidos quando da utilização ilícita de diligência e dos meios probatórios*¹¹.

Nessa senda, vislumbra-se que o Direito Processual Penal Constitucional, munido das garantias individuais supramencionadas, busca atingir a verdade real, absolvendo-se os inocentes e condenando-se os culpados. Nesse cenário, ganha importância a instituição Ministério Público, responsável pelo oferecimento da denúncia penal, devendo para isso basear a *opinio delicti* em fatos relevantes. Dessa forma, para que haja fundamentos concretos capazes de convencerem o Promotor de Justiça de uma futura absolvição ou condenação de um determinado acusado, vislumbra-se a possibilidade de uma pretensa investigação criminal por ele realizada, o que será objeto de análise em momento posterior.

Impende ressaltar, ainda, que da análise da Constituição Federal de 1988 em conjunto com o Código de Processo Penal afere-se, embora haja cizânia doutrinária, que o ordenamento jurídico brasileiro segue o sistema acusatório, uma vez que as funções de acusação e de julgamento estariam reservadas a órgãos distintos, ao Promotor de Justiça e ao Juiz de Direito, respectivamente. Característica marcante do indigitado sistema refere-se à presença da oralidade nos procedimentos, da publicidade dos atos, do princípio do contraditório, da concentração dos atos processuais, da intervenção dos juízes populares e da livre apreciação da prova pelo julgador.

Há quem defenda¹², no entanto, a adoção do sistema misto no Brasil sob o argumento de existir no processo penal duas fases: uma fase de instrução preliminar com elementos do modelo inquisitivo, materializada no ordenamento pátrio

¹¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal, 10ª edição, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2008, p.8

¹² NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal, 3ª edição, São Paulo, RT, 2008, p. 117.

pelo inquérito policial, e outra fase com predominância do sistema acusatório, que no Brasil seria a fase processual propriamente dita.

Não nos parece, com a devida vênia, que este seja o melhor posicionamento sobre o assunto. A fase processual no sistema pátrio só se inicia com o recebimento da denúncia ou queixa, momento em que se deve analisar o modelo processual adotado. Não se olvida que a investigação criminal constitui fase da persecução criminal, porém, não se pode afirmar que se trata de fase processual. A fase investigativa serve apenas para angariar elementos que permitam ao *Parquet* formar sua convicção para o oferecimento ou não de sua peça acusatória, não se falando, portanto, em dialética processual.

3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS

A Constituição Federal de 1.988 traz em seu bojo princípios penais que são o arcabouço do sistema penal brasileiro, alicerçado no Estado Democrático de Direito e no sistema acusatório. Esses princípios, por vezes, estão dispostos na Carta Magna de 88 de maneira expressa, outras vezes, no entanto, aparecem de forma implícita, como consequência lógica do sistema.

Este capítulo tem por finalidade a análise de alguns destes princípios constitucionais, a saber: princípio da legalidade, da *ultima ratio*, fragmentariedade, subsidiariedade, proibição de excesso, proporcionalidade e culpabilidade. Ressalta-se a importância do tema para a análise da possibilidade do Ministério Público conduzir investigações criminais, uma vez que os indigitados princípios constituem garantias dos cidadãos, devendo, portanto, ser observados tanto na fase processual quanto na pré-processual.

3.1 Princípio da Legalidade

A Magna Carta, em 1.215, por imposição dos barões ingleses ao rei João Sem-Terra, foi o primeiro documento a prever o princípio da legalidade. Desde então, sua importância foi reconhecida, consubstanciando-se numa das garantias dos cidadãos, uma vez que consiste na principal arma contra a arbitrariedade estatal.

No Direito brasileiro o princípio da legalidade está previsto como garantia fundamental no artigo 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, que dispõe, *in verbis*: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Importante ressaltar que, segundo a doutrina majoritária, o princípio da legalidade se desdobra em três postulados, a saber: o da reserva legal; o da determinação taxativa; e o da irretroatividade.

Nas palavras de Francesco C. Palazzo:

“O princípio da legalidade formal, presente em todas as Constituições liberal-democráticas dos países de civil Law, é uma das mais típicas expressões, juntamente com o princípio da culpabilidade, nos seus três corolários da reserva legal, do princípio da taxatividade-determinação e da irretroatividade”.¹³

3.1.1 Reserva legal

O postulado da reserva legal está claramente prescrito no artigo 5º, XXXIV, da Constituição Federal e consiste na não existência de crime se não houver lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Assim, só haverá crime e pena se a lei assim dispuser.

Salienta-se que a doutrina diferencia a reserva legal absoluta da reserva relativa. A primeira dispõe que somente a lei, no sentido estrito da palavra, emanada e aprovada pelo Poder Legislativo, por meio de procedimento adequado, poderá criar tipos e impor penas. Enquanto que a reserva relativa consiste na possibilidade da lei em sentido estrito prever normas gerais, cabendo ao Poder Executivo, por ato infralegal, detalhá-las.

Destarte, no direito penal brasileiro aplica-se a reserva legal absoluta, tendo em vista que só a lei em sentido estrito pode dispor sobre tal matéria.

Consequência importante da adoção da reserva legal é, em relação às normas incriminadoras, a proibição de utilizar o direito costumeiro e a analogia como fontes de direito penal. No entanto, frisa-se a possibilidade de aplicação dos costumes e da analogia para o benefício do réu (*in bonam partem*).

Por derradeiro, ressalta-se que

¹³ PALAZZO, Francesco C.. Valores Constitucionais e Direito Penal, tradução Gérson Pereira dos Santos, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1989, p. 43.

“o postulado da reserva legal, além de arginar o poder punitivo do Estado nos limites da lei, dá ao direito penal uma função de garantia, posto que tomando certos o delito e a pena, asseguram ao cidadão que só por aqueles fatos previamente definidos como delituosos, e naquelas penas previamente fixadas pode ser processado e condenado. Daí porque é de indiscutível atualidade a lição de R. Von Hippel quando sustenta que o princípio da reserva legal é um axioma destinado a assegurar a liberdade do cidadão contra a onipotência e a arbitrariedade do Estado e do Juiz.”¹⁴

3.1.2 Taxatividade

Consiste na necessidade da lei descrever o crime em todos os seus pormenores. A descrição da conduta deve ser detalhada e específica. A lei não pode conter expressões vagas e de sentido equívoco. Assim, as leis penais, especialmente as incriminadoras, devem ser claras e o mais possível certas e precisas.

Trata-se, portanto, de um princípio dirigido ao legislador que, ao confeccionar a norma penal, deverá ser objetivo, afastando qualquer tipo de ambigüidade. Esse princípio confere segurança jurídica ao cidadão, uma vez que esse só poderá ser processado por crimes que estejam previstos na lei de forma clara e precisa.

Luiz Luisi, sobre o tema, afirma:

“Embora pesem terem as posições referidas um conteúdo de verdade, o principal fundamento do postulado da determinação taxativa é o de índole política. A exigência de normas penais de teor preciso e unívoco decorre do propósito de proteger o cidadão do arbítrio Judiciário, posto que fixado com a certeza necessária a esfera do ilícito penal, fica restrita a discricionariedade do aplicador da lei.”¹⁵

Destarte, verifica-se que a taxatividade é um pressuposto para que se atinja a finalidade do princípio da legalidade, tendo em vista que em nada

¹⁴ LUISI, Luiz. Os Princípios Constitucionais Penais, 2ª edição, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003,, p. 23.

¹⁵ Ibid., p.24

adiantaria existir uma lei anterior ao fato, se essa não fosse dotada de clareza e certeza. Caso esses dois últimos requisitos não fossem observados haveria grande margem de subjetividade para o intérprete, que poderia incluir num mesmo tipo penal diversas condutas.

É mister ressaltar que a taxatividade é a regra no sistema penal brasileiro. No entanto, não é aplicada aos crimes culposos, porque seria impossível para o legislador pormenorizar todas as condutas humanas que configurariam imprudência, imperícia e negligência. Por essa razão, os crimes culposos são denominados de tipos abertos e excepcionam a taxatividade.

3.1.3 Irretroatividade

O artigo 2º do Código Penal brasileiro, em consonância com o artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal, dispõe que, *in verbis*:

“ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”.

Destarte, o princípio da irretroatividade consiste na impossibilidade de uma nova lei penal incriminadora, ou uma norma penal mais grave, retroagir para abarcar casos concretos ocorridos sob a égide da lei antiga, a qual era mais branda para o criminoso.

Explica Edgard Magalhães Noronha:

“Como decorrência do princípio nullum crimen, nulla poena sine praevia lege, segue-se o da irretroatividade da lei penal. É claro que, se não há

*crime sem lei, não pode esta retroagir para alcançar um fato que, antes dela, não era considerado delito”.*¹⁶

No entanto, permite-se, excepcionalmente, a retroatividade, no caso da denominada “retroatividade benéfica”. Esta verifica-se na possibilidade de uma nova lei que abole o crime, ou melhore as condições do criminoso, ser aplicada ao réu que cometeu o fato típico quando vigia a antiga lei, que lhe era mais gravosa.

Ressalta-se, ainda, que a lei mais benéfica retroage, não só durante a *persecutio criminis*, mas também nos casos em que já há sentença definitiva transitado em julgado. Assim, mesmo se o réu já estiver cumprindo pena, deverá ser aplicada a nova lei com os seus benefícios.

3.2 Princípio da Culpabilidade

O princípio da culpabilidade, tal como hoje é conhecido, foi uma conquista difícil e lenta pela humanidade. Nos primórdios das civilizações a responsabilidade penal era objetiva, uma vez que não se levava em consideração a vontade, a intenção, do agente no cometimento do crime, bastava a existência da conduta típica para o agente ser responsabilizado.

Pode-se dizer que o grande passo para a existência desse princípio foi dado durante o século XIX. Predominava na época uma visão cientificista, que acentuava a compreensão da relação do agente como responsável pelo fato criminoso, como mera relação psicológica.

Nesse diapasão, destacou-se Franz von List que reduziu a culpabilidade ao dolo e a culpa. Porém, com a monografia de R. Frank (“Estrutura do Conceito de culpabilidade”, de 1.907) e a influência de cientistas jurídicos como Berthold Freudental, James Goldschmidt e Edmund Mezger chegou-se a uma

¹⁶ NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal. São Paulo, Saraiva, 2001, p. 77.

“culpabilidade normativa”. Esta era entendida como sinônimo de reprovação, pois o agente agiu, com dolo ou culpa, em desconformidade com a lei, e podia ter agido em conformidade com a mesma, tendo, ou podendo ter, consciência do injusto.

Em um momento posterior, os finalistas elaboraram a teoria normativa pura da culpabilidade, *“segundo a qual o juízo de reprovação tem por objeto um fato injusto, objetivo e subjetivamente típico, em que se pode exigir do agente uma conduta lícita e em que o agente tem ou pode ter consciência da ilicitude. O dolo e a culpa passam a integrar o tipo, e a culpabilidade adquire uma fisionomia exclusivamente normativa”*¹⁷.

Hoje, no ordenamento jurídico brasileiro, predomina a culpabilidade nos moldes da teoria finalista. Assim, o dolo e a culpa são analisados como elementos do fato típico, mais propriamente da conduta, enquanto que na culpabilidade são observados a imputabilidade do acusado, a exigibilidade de conduta diversa e o potencial consciência da ilicitude, que implicam na reprovação da conduta. Os indigitados elementos são apurados, em regra, mediante investigações criminais.

O princípio da culpabilidade pode ser verificado na Constituição Federal brasileira de forma implícita. O artigo 5º, inciso XVII, da Constituição Cidadã, dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Destarte, o termo “culpado”, utilizado no texto constitucional, implica na análise da culpabilidade para que o magistrado profira a sentença penal.

Como salienta Francesco Pallazo:

“Esquemáticamente, pode-se dizer que a virtude constitucional do princípio de culpabilidade é dúplice, inscrevendo-se ora como fundamento da pena e do próprio jus puniendi, ora como limite da intervenção punitiva do Estado. Admitir o princípio de culpabilidade como fundamento da pena significa emprestar a esta caracteres retributivos, compensadores do mal produzido pelo autor, na medida em

¹⁷ LUISI, Luiz, op. cit., p.36.

que esse mal reflete a cattiva volontà do réu. A culpabilidade, como fundamento da pena, projeta o sistema penal numa perspectiva eticizante, no centro da qual está o homem, como sujeito de responsabilidade moral, entendido, pois, em sua característica de auto-determinação para o mal e para o bem.”¹⁸

3.3 Princípio da Intervenção Mínima, da Fragmentariedade e da Subsidiariedade

O princípio da intervenção mínima (*ultima ratio*) consiste na atividade do legislador em selecionar condutas abstratas, penalmente relevantes, que violam bens jurídicos constitucionais, ressaltando-se, ainda, que a tutela penal desses bens deve ser a última opção, ou seja, só serão amparados pelo direito penal aqueles bens que não são suficientemente protegidos pelos outros ramos do Direito.

Destarte, não há como se falar em princípio da *ultima ratio* sem se valer dos princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade. Para que haja a tutela penal é necessário que os outros ramos do Direito não sejam capazes de proteger determinado bem jurídico, de modo que se vislumbra o princípio da subsidiariedade da tutela do direito penal. Ademais, não são todas as lesões que devem ser tuteladas e punidas pelo indigitado ramo do Direito, mas só algumas, um fragmento, delas. Assim, pelo princípio da fragmentariedade apenas as condutas mais graves, que são realmente lesivas a vida em sociedade, que provocam grandes distúrbios na segurança pública e na liberdade individual, devem ser passíveis de tutela penal.

Assim, preocupado com a aplicação desse princípio, Francesco C. Pallazo criou critérios para auxiliar o legislador na criação da norma penal. Em primeiro lugar,

“é necessário que o fato que se pretende criminalizar atinja os valores fundamentais, valores básicos do convívio social, e que a ofensa a esses valores, a esses bens jurídicos, seja de efetiva e real gravidade. E

¹⁸ PALAZZO, Francesco C., op. cit., p. 52 e 53.

*por outro lado, é indispensável que não haja outro meio, no ordenamento jurídico capaz de prevenir e reprimir tais fatos com a mesma eficácia da sanção pena”.*¹⁹

O princípio da *ultima ratio* do direito penal não é encontrado, em regra, de forma expressa nas Constituições contemporâneas, mas decorre do próprio sistema e dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, tratando-se, portanto, de um princípio implícito.

No Brasil, o princípio da intervenção mínima também não está expresso na sua Constituição. No entanto, o seu artigo 5º *caput* dispõe que são invioláveis os direitos à liberdade, à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade, sendo assegurado, ainda, no artigo 1º, inciso III, como fundamento do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana.

Assim, constata-se que a privação ou restrição desses bens constitucionais só se legitima se extremamente necessário para sanção penal, se for o último remédio para garantir os direitos fundamentais aos demais membros da sociedade. Logo, a intervenção mínima é um princípio implícito na Constituição Federal brasileira.

3.4 Princípio da Proporcionalidade e Princípio da Proibição do Excesso

O princípio da proporcionalidade consiste em estabelecer uma sanção compatível com a gravidade da infração, não sendo, portanto, admissível o exagero, nem tampouco a demasiada liberalidade na cominação das penas.

Assim, não é possível, por exemplo, punir com multa uma conduta que configura o crime de latrocínio. O crime em questão tem natureza hedionda, logo,

¹⁹ LUISI, Luiz, op. cit., p. 45.

deve o sujeito ativo ser punido com severidade. Da mesma forma, o autor de um crime de injúria, terá uma pena mais branda, em razão da sua menor lesividade.

Deve-se, ainda, salientar que esse princípio deve ser observado também pelo magistrado ao aplicar a lei ao caso concreto, que deverá fixar a sanção entre a pena mínima e a máxima estabelecida pelo tipo penal, utilizando-se, para isso, como um dos critérios a proporcionalidade, respeitando sempre, obviamente, o sistema trifásico.

Trata-se de um princípio implícito na Constituição Federal brasileira, que ao estabelecer, no artigo 5º, inciso XLVI, as modalidades de penas que a lei ordinária deve adotar, e, ainda, quando prevê, no artigo 1º, inciso III, como fundamento da República Federativa brasileira a dignidade da pessoa, impõe ao legislador, conseqüentemente, a necessidade de adotar o princípio da proporcionalidade no direito penal.

O princípio da proibição do excesso está intrinsecamente ligado com o da proporcionalidade. Assim, de acordo com o primeiro, é proibido ao Estado, na tutela penal, utilizar-se de mecanismos que excedam o necessário para dar uma resposta eficaz à sociedade. Deve-se, assim, tanto na confecção da lei penal quanto na sua aplicação e também na investigação criminal serem utilizados meios moderados, proporcionais, para a tutela penal dos bens jurídicos constitucionais. Pode-se citar como exemplo de aplicação desse princípio a vedação da utilização da tortura como meio para o Estado atingir os seus fins.

4. MINISTÉRIO PÚBLICO E POLÍCIA JUDICIÁRIA

4.1 Origem do Ministério Público no Mundo

É bastante controvertida a origem histórica do Ministério Público, existindo diversos posicionamentos doutrinários sobre a matéria. Tudo indica que a referida Instituição, tal qual hoje é conhecida, resulta de um processo paulatino ao longo da História. Nesse passo, menciona-se o posicionamento de Hélio Tornaghi:

“O Ministério Público, tal como numerosos outros órgãos do Estado, não apareceu de jato, em determinado lugar, nem foi produto de um ato legislativo; foi se formando paulatinamente, foi ajuntando em torno de si várias funções antes espalhadas em diferentes mãos, foi se aperfeiçoando, até que uma lei o encontrou cristalizado e o consagrou”²⁰

Alguns historiadores encontram o embrião do *Parquet* no antigo Egito, há mais de quatro mil anos, na figura do funcionário real, denominado “*magiaí*”, que era considerado como a língua e os olhos do rei. Possuía como funções castigar os rebeldes, reprimir os violentos e proteger os cidadãos pacíficos; acolher os pedidos do homem justo e verdadeiro, perseguindo o malvado e mentiroso; ser o marido da viúva e o pai do órfão; fazer ouvir as palavras da acusação, indicando as disposições legais aplicáveis a cada caso; tomar parte nas instruções para descobrir a verdade.

Outros associam a origem da Instituição à antiga Grécia, com a figura dos “*Tesmóteta*”, os quais eram responsáveis por levar a notícia do crime a Assembléia do Povo, que, por sua vez, designava um cidadão para promover a ação penal. Também há quem se remeta ao Direito Romano para buscar o nascimento do Ministério Público, invocando-se, para isso, o ofício dos *rationales* e dos procuradores, que atuavam na área fiscal e na repressão aos criminosos.

²⁰ TORNAGHI, Hélio. Instituições de Direito Processual Penal, vol. III, Rio de Janeiro, Saraiva, 1977, p. 137.

A maioria dos autores, entretanto, prefere localizá-lo a partir dos advogados e procuradores do rei (lês gens dur roi), na França do Século XVI. Todavia, foi com a Revolução Francesa (1789) que o Ministério Público ganhou estrutura enquanto instituição e seus membros passaram a ter garantias. Interessante destacar que o termo “Parquet”, utilizado constantemente como sinônimo de Ministério Público, advém das origens históricas francesas do instituto, e significa o assoalho das salas de audiência sobre o qual os Promotores de Justiça tinham assento.

Ao tratar da origem histórica do Ministério Público, anota Mauro Fonseca Andrade:

“Enfim, é muito difícil encontrar um antepassado do Ministério Público junto à Idade Antiga, visto que a simples associação a uma ou duas de suas funções atuais não se presta a servir como fundamento válido para a construção de algum vínculo entre o Parquet e qualquer outro funcionário público da antiguidade. Por tudo o que já se viu, o diploma legal que consideramos ser o marco zero de uma investigação criminal presidida pelo Ministério Público, devidamente regulamentada por lei, indubitavelmente foi o Code d’Instruction Criminelle francês de 1808, também conhecido com Código Napoleônico de 1808.”²¹.

4.2 Origem do Ministério Público no Brasil

No Brasil, a origem do Ministério Público está ligada ao Direito lusitano, principalmente à época em que o Brasil foi Colônia de Portugal, vigorando, portanto, a lei da Metrópole. Desse modo, registra-se que as Ordenações Manoelinas (1521) foram as pioneiras em prever obrigações pertinentes ao Promotor de Justiça, ao passo que a Lei de 9 de janeiro de 1609 foi o primeiro texto efetivamente brasileiro a fazer menção ao Ministério Público.

Após a independência do Brasil, constata-se a inserção do *Parquet* na Constituição de 1824 e no Código de Processo Penal do Império, em que

²¹ ANDRADE, Mauro Fonseca, op. cit., p. 38 e 39.

havia uma seção reservada aos Promotores. Como Instituição, o Ministério Público passou ter seus contornos com o Decreto nº 848 de 1890.

No que diz respeito à primeira Constituição Republicana (1891), houve o detalhamento da escolha do Procurador Geral da República entre os Ministros do STF, prevendo-se como sua função a impetração da revisão criminal *pro reo*.

Em 1934, com o advento de uma nova Constituição Federal brasileira, o *Parquet* foi disciplinado de forma mais detalhada, reservando-se um capítulo específico para tratar a respeito de suas funções, garantias e nomeação do Procurador Geral da República.

No entanto, em 1937, a edição da Constituição Federal conhecida como “Polaca” representou um enorme retrocesso para a instituição. As normas que versavam sobre o Ministério Público passaram a ser esparsas, retornando o caráter de livre nomeação e destituição do Procurador Geral da República.

Em 1946, houve a promulgação de uma nova Constituição brasileira, com a inserção do Ministério Público em título próprio e a sua organização em carreira, assegurando-se a seus membros estabilidade e inamovibilidade relativa.

Durante o período de ditadura militar no Brasil, foi editada a Constituição Federal de 1967, a qual incluiu as normas relativas ao Ministério Público no capítulo reservado ao Poder Judiciário. As prerrogativas de estabilidade e inamovibilidade foram mantidas, com nomeação do Procurador Geral da República pelo Presidente da República, após aprovação pelo Senado.

Em 1969, adveio Emenda Constitucional alterando as disposições da Carta de 1967, inserindo-se as disposições referentes ao *Parquet* dentro do capítulo reservado ao Poder Executivo. Com as alterações, o chefe do Ministério Público da União passou a ser nomeado e exonerado livremente pelo Presidente da República.

Nessa senda, afere-se que a instituição passa ao longo da História por profundas transformações, iniciando suas atribuições na qualidade de braço jurídico do Poder Executivo, àquele tempo constituído essencialmente pelos déspotas, até atingir a moderna postura de independência e autonomia de suas funções. Transformou-se de mero advogado do rei em titular supremo da chamada advocacia pública, na qualidade de legítimo defensor dos interesses da sociedade moderna.

Frisa-se que o *Parquet* brasileiro só passou a ter um perfil nacional mais uniforme, com conceituação, princípios, funções, garantias, vedações, instrumentos e organização básicas comuns, a partir da edição da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei Complementar nº 40) em 1981²².

Impende ressaltar que a Ordem Constitucional promulgada a partir de 1988, no Brasil, definitivamente esculpiu os atuais contornos da instituição. Assim, com a Constituição da República de 1988 o Ministério Público brasileiro, alcançou seu mais considerável crescimento, mais abrangente que o de outros países, sendo difícil à comparação. Foi instituído no Capítulo IV “Das Funções Essenciais à Justiça”, na Seção I, da Carta Magna, o que será objeto de análise em capítulo específico.

4.3 Origem da Polícia no Mundo

O vocábulo “Polícia” teve sua origem na Grécia, “politéia” de polis (cidade), e derivou para o latim na antiga Roma, “politia”, que significou, a princípio, o ordenamento jurídico do Estado, governo da cidade e, até mesmo a arte de governar.

A polícia, como hoje é conhecida, órgão do Estado incumbido de manter a ordem e a tranquilidade pública, surgiu, pelos relatos históricos, na Roma Antiga. Os criminosos aproveitavam-se da falta de iluminação existente na *urbs* para cometer delitos durante a noite, o que dificultava e às vezes tornava impossível

²² MAZZILLI, Hugo Nigro. Ministério Público. 3ª edição, São Paulo, Damásio de Jesus, 2005, p. 25.

identificá-los e puni-los. Para evitar essa situação, os romanos criaram um corpo de soldados que, além das funções de bombeiros, exerciam as de vigilantes noturnos, impedindo, assim, a consumação de crimes.

Salienta-se, ainda, que em Roma, na Antiguidade Clássica, a jurisdição criminal pertencia ao Rei. Dessa forma, com o intuito de reprimir os crimes de lesa pátria e lesa majestade (*perduelliones*) os reis romanos criavam cargos e institutos para diminuir a criminalidade. Nesse contexto, observa-se que em Roma surgiram bases da instituição “Polícia”, como por exemplo, na criação pelo rei Augusto da figura dos “*denuntiatores*”, investigadores em matéria criminal que agiam com o apoio dos “*lictores*”, os quais auxiliavam e prestavam força para deter os culpados. Augusto foi responsável, também, pela instituição do “*curatores urbis*”, ancestral do Comissário de Polícia, subordinado ao Prefeito da Cidade, e do “*praefectus vigilum*”, chefe da polícia preventiva e repressiva dos incêndios, escravos fugidos, furtos, roubos, vagabundos, ladrões habituais, em suma, das classes perigosas.²³

É mister destacar, outrossim, que os egípcios assim como os hebreus também tinham uma polícia extremamente organizada e influenciaram demasiadamente na estruturação da Polícia tal qual hoje é conhecida. O território egípcio era governado pelo monarca e dividido em 42 regiões administrativas, cada uma dirigida por um “*Sab Heri Seker*” (chefe de polícia).

Nas cidades gregas, também é possível vislumbrar um início de atividade policial, exercida pelo Prefeito da Cidade (Intendente de Polícia) que era incumbido de manter a ordem pública e de fazer observar as leis policiais.

Em relação à polícia na antiguidade, João Mendes de Almeida Junior disserta:

“O processo egípcio tinha como uma das bases à polícia repressiva e auxiliar da instrução, a cargo de testemunhas. Os hebreus dividiam suas

²³ JORGE, Higor Vinicius Nogueira. As Raízes da Investigação Criminal, disponível em HTTP: <www.higorjorge.com.br>, acesso em 12 de março de 2009.

idades em quatro partes sendo que cada era inspecionada por um 'Sar Peleck' (Intendente ou Prefeito de Polícia). A partir disto nasceram os 'quartiers', que eram semelhantes aos atuais distritos policiais. Nas cidades Gregas nomeava-se o Prefeito da Cidade (Intendente de Polícia) que era incumbido de manter a ordem pública e de fazer observar as leis policiais. O prefeito da cidade era representado em cada bairro por um 'nomofulaxe' (defensor das leis), nomeado pelos 'Arcontes' (magistrados) e auxiliado pelos curadores, 'sincopatas' e 'safronitas' »²⁴.

4.4 Origem da Polícia no Brasil

No Brasil Colônia, mormente no interstício de seu descobrimento até o ano de 1603, apesar de não existir uma organização Policial estruturada, havia algumas formas de utilização do Poder de Polícia, garantindo direitos mínimos de segurança à população.

As funções típicas atribuídas aos Três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) concentravam-se nas mãos dos governadores gerais, aos quais incumbiam executar as providências policiais cabíveis. Deve-se registrar que o Governador-Geral Mem de Sá, que ficou no poder de 1558 a 1572, editou as primeiras normas concernentes à atividade policial, cujo teor retratava o objetivo de se combater severamente o vício do jogo, bem como fiscalizar a aferição de pesos e medidas, os preços dos comestíveis e a limpeza da cidade.

Nesse período, institui-se, também, a atividade policial noturna, que objetivava precipuamente efetuar prisões daqueles que descumpriam as normas ora descritas, sendo relevante destacar que as detenções eram administradas pelo alcaide, verdadeira espécie de oficial de justiça, designado pelo governador, cuja atividade muitas vezes era acompanhada do tabelião, que dava fé.

²⁴ ALMEIDA JUNIOR, João Mendes. Direito Judiciário Brasileiro. 5ª edição, Rio de Janeiro, livraria Freitas Bastos, 1960, p. 183

Posteriormente, o Ouvidor-Geral Luiz Nogueira de Brito criou uma organização, com pessoas escolhidas entre todos os moradores da localidade, que recebeu a denominação de “quadrilheiros”, que tinha a finalidade de prender malfeitores. Os “quadrilheiros” não eram remunerados, mas possuíam o direito de apossarem-se das armas dos criminosos.

Registra-se que, por iniciativa do Rei de Portugal Dom José I, no dia 16 de janeiro de 1760, criou-se em Portugal o cargo de Intendente-Geral de Polícia da Corte e do Reino, cuja atribuição cingia-se basicamente à manutenção da ordem, segurança e paz pública, contando, para isso, com amplos poderes e ilimitada jurisdição.

Ressalta-se, no entanto, que no Brasil somente após a chegada da família Real houve a instituição do cargo de Intendente-Geral da Polícia do Brasil, por meio do Alvará de 10 de maio de 1808, copiando o modelo existente na Metrópole.

Em 1825, após a proclamação da Independência (1822) e a Constituição do Império (1824), foi criado o cargo de Comissário de Polícia na Província do Rio de Janeiro, o qual tinha como uma de suas funções remeter os relatos dos acontecimentos aos juízes territoriais e ao Intendente Geral.

A Lei de 15 de outubro de 1827, por sua vez, criou o cargo de Juiz de Paz, agente público com atribuições policiais administrativas e judiciárias, e foi mantido no ordenamento jurídico brasileiro pelas disposições do Código de Processo Criminal de 1832. Dentre as funções do indigitado agente público destacava-se a formação de culpa do acusado, devendo, para isso, apresentar provas acerca da suposta conduta ilícita. Destaca-se que qualquer pessoa poderia ser autuada pelo Juiz de Paz, excepcionados aqueles que possuíam foro privilegiado previsto na Constituição.

Em 1841, com a edição da Lei nº 261, o Código de 1832 foi reformado, esvaziando-se as atribuições até então conferidas aos Juízes de Paz e instituindo-se uma estrutura policial hierarquizada, dando-se ênfase ao cargo de Delegado e Subdelegado de Polícia. Nesse momento, surge, no Brasil, a Polícia Judiciária. Frisa-se, entretanto, que só com o advento da Lei 2033 de 1871 separou-se Justiça e Polícia.

Após a Proclamação da República (1889), os Estados-Membros da Federação brasileira passaram a ter competência legislativa sobre Direito Processual, sendo-lhes permitido estruturar suas respectivas Polícias. No entanto, essa possibilidade cessou em 1946, com a promulgação da Constituição Federal, que centralizou na União a competência para legislar sobre Direito Processual.

Hodiernamente, a competência para legislar sobre matéria processual é privativa da União e a Polícia Judiciária está estruturada na Constituição Federal brasileira em Capítulo específico, que versa sobre Segurança Pública, o que será objeto de estudo em momento posterior.

Com o intuito de definir Polícia Judiciária, Julio Fabbrini Mirabete escreve:

“A Polícia, instrumento da Administração, é uma instituição de direito público, destinada a manter e a recobrar, junto à sociedade e na medida dos recursos de que dispõe, a paz pública ou a segurança individual. Segundo o ordenamento jurídico do País, à Polícia cabem duas funções: a administrativas (ou de segurança) e a judiciária. Com a primeira, de caráter preventivo, ela garante a ordem pública e impede a prática que possam lesar ou pôr em perigo bens individuais ou coletivos; com a segunda, de caráter repressivo, após a prática de uma infração penal, recolhe elementos que elucidem para possa ser instaurada a competente ação penal contra os autores do fato. (...) de acordo com a Constituição Federal, às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia

*judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares*²⁵.

²⁵ MIRABETE, Júlio Fabbrini. Processo Penal, 16ª edição, São Paulo, Atlas, 2004, p.73 e 74.

5. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL, MINISTÉRIO PÚBLICO E POLÍCIA JUDICIÁRIA NO ESTRANGEIRO

Antes de iniciar o estudo da investigação criminal e a possibilidade do Ministério Público conduzi-la no Direito brasileiro, é importante, para facilitar a compreensão da matéria, uma breve análise do tema na legislação estrangeira, fundamentalmente porque no Brasil ainda não há entendimento pacífico sobre a perscrutação realizada pelo *Parquet*.

A investigação criminal no exterior assume diferentes características em cada país, estando intrinsecamente relacionada com a tradição histórica e o sistema processual penal adotado por cada um deles.

5.1 Europa

5.1.1 França

Na França, observa-se que a polícia judiciária é encarregada de verificar a ocorrência de infrações penais, colher as provas e buscar seus autores. Todavia, cabe ao Ministério Público a direção da atividade investigativa, devendo a polícia agir sob suas instruções. Desse modo, os policiais devem exercer suas atividades de Polícia Judiciária de acordo com as ordens Ministeriais, tendo, ainda, a obrigação de comunicar ao *Parquet*, imediatamente, notícias de infrações penais do seu conhecimento.

É mister ressaltar que o Ministério Público francês (*magistrature debout* ou *parquet*) integra, juntamente com os Juízes de Direito (*magistrature assise* ou *magistrature de siège*), a Magistratura. Assim, ambas as carreiras fazem parte da

mesma instituição, sendo permitido que os seus membros, ao longo de sua vida profissional, ocupem tanto a função judicante quanto a requerente.

O Código de Instrução do período napoleônico e a Lei de 20 de abril de 1810 conferiram importantes funções ao Ministério Público, tendo os promotores da ação penal atribuições de uma “magistratura especial”, não só quanto à persecução criminal, mas também no que concerne à representação da sociedade e à defesa dos interesses dos incapazes.

Impende ressaltar, ainda, que na França vigora o Juizado de Instrução, exercendo o juiz papel de investigador para decidir sobre o prosseguimento ou não da acusação. Ao tratar da matéria, Valter Foleto Santin explica o funcionamento da persecução criminal francesa:

“Ocorrido um crime, a polícia atende a ocorrência e comunica ao Ministério Público encarregando-se do processo verbal, dirigido pelo parquet. Depois, a Procuradoria da República, por meio de ato de requisição aciona o Juizado de Instrução, nas hipóteses obrigatórias. Ao final da instrução, a pedido do Ministério Público, o Juiz de Instrução decide sobre o prosseguimento da acusação ou determina o arquivamento. Se for decisão de prosseguimento, a instrução é avaliada por uma Câmara de Acusação (Chambre d’ Accusation). Posteriormente, o Ministério Público sustenta a acusação e o julgamento é realizado pelo Judiciário, por órgão diverso do Juiz de Instrução”²⁶.

Frisa-se que esse sistema inquisitivo francês, disciplinado pelo Código Napoleônico, assume feição vetusta e tende a ser alterado, na medida em que compromete a imparcialidade do Magistrado. Assim, provavelmente será adotado o sistema acusatório, vigente no atual contexto europeu e mundial, em que há separação entre os órgãos de acusação, defesa e julgamento, garantindo a aplicação mais justa do direito ao caso concreto.

²⁶ SANTIN, Valter Foleto, op. cit., p. 93.

5.1.2 Alemanha

Na Alemanha, o controle e a direção da investigação criminal competem ao Ministério Público, que tem poderes de perscrutação autônoma e a possibilidade de baixar instruções, cujo teor deve ser cumprido pela Polícia Judiciária. Salienta-se, entretanto, que a maioria dos delitos é investigada pela Polícia Judiciária, uma vez que o Ministério Público tem certa discricionariedade para decidir em quais crimes deve perscrutar.

O caráter discricionário na decisão dos critérios de investigação permite ao *Parquet* traçar metas mais efetivas para combater os delitos, priorizando-se aqueles com maior repercussão social, como os crimes financeiros e aqueles que atinjam interesses comunitários e choquem a opinião pública. Nos demais delitos, constata-se que o Ministério Público dificilmente atua na fase investigativa, utilizando-se, para formar seu convencimento e formalizar a sua acusação, dos elementos probatórios trazidos pela Polícia Judiciária.

Nessa perspectiva, traz-se o posicionamento de Mauro Fonseca Andrade sobre o Ministério Público e a investigação criminal na Alemanha:

“Foi através desta última reforma - ocorrida em 1974, mas que entrou em vigor somente em 1975 – que o Ministério Público alemão, que tem sua origem junto ao direito francês, experimentou uma notável ampliação em suas atribuições. A inovação mais importante foi a retirada da investigação criminal das mãos do juiz-instrutor, entregando-a ao Ministério Público, sobre o fundamento de que deveriam os juízes se manter à margem de toda e qualquer atividade de cunho inquisitivo. Desta forma, prevê a Strafprozeßordnung (StPO), em seus § 160 (1), que a investigação criminal está a cargo do Ministério Público, possuindo ele uma gama enorme de poderes e possibilidades para bem desempenhar esta tarefa, entre as quais se encontram a direção do trabalho da polícia e, em certos casos, a inovação do princípio da oportunidade para sequer dar seguimento a ela (§153)”.²⁷

²⁷ ANDRADE, Mauro Fonseca, op. cit., p. 70 e 71.

Deve-se ressaltar, ainda, que a Polícia não está subordinada ao Ministério Público. Ambos são órgãos de perseguição penal. O que ocorre é a fiscalização do primeiro pelo último de forma a possibilitar a apuração dos fatos, colheita de elementos de prova e a legalidade dos métodos de investigação criminal.

5.1.3 Portugal

O Código de Processo Penal português de 1987, ainda em vigor, que passou por diversas alterações, sendo a última promovida pela Lei nº 52/2008, manteve a figura do juiz de instrução, reduzindo, todavia, sensivelmente as suas atribuições quando comparado com o antigo Diploma de 1929. A sua competência durante a fase investigativa ficou adstrita aos artigos 268²⁸ e 269²⁹ do atual Estatuto. Assim, o juiz de investigação tem, basicamente, as funções de autorizar as medidas

²⁸ **Artigo 268º do Código de Processo Penal Português, *in verbis*:** “Actos a praticar pelo juiz de instrução: 1 - Durante o inquérito compete exclusivamente ao juiz de instrução: a) Proceder ao primeiro interrogatório judicial de arguido detido; b) Proceder à aplicação de uma medida de coacção ou de garantia patrimonial, à excepção da prevista no artigo 196.º, a qual pode ser aplicada pelo Ministério Público; c) Proceder a buscas e apreensões em escritório de advogado, consultório médico ou estabelecimento bancário, nos termos dos artigos 177.º, n.º 3, 180.º, n.º 1, e 181.º; d) Tomar conhecimento, em primeiro lugar, do conteúdo da correspondência apreendida, nos termos do artigo 179.º, n.º 3; e) Declarar a perda, a favor do Estado, de bens apreendidos, quando o Ministério Público proceder ao arquivamento do inquérito nos termos dos artigos 277.º, 280.º e 282.º; f) Praticar quaisquer outros actos que a lei expressamente reservar ao juiz de instrução. 2 - O juiz pratica os actos referidos no número anterior a requerimento do Ministério Público, da autoridade de polícia criminal em caso de urgência ou de perigo na demora, do arguido ou do assistente. 3 - O requerimento, quando proveniente do Ministério Público ou de autoridade de polícia criminal, não está sujeito a quaisquer formalidades. 4 - Nos casos referidos nos números anteriores, o juiz decide, no prazo máximo de vinte e quatro horas, com base na informação que, conjuntamente com o requerimento, lhe for prestada, dispensando a apresentação dos autos sempre que a não considerar imprescindível”.

²⁹ **Artigo 269º do Código de Processo Penal Português, *in verbis*:** “Actos a ordenar ou autorizar pelo juiz de instrução 1 - Durante o inquérito compete exclusivamente ao juiz de instrução ordenar ou autorizar:

a) A efectivação de perícias, nos termos do nº 2 do artigo 154º; b) A efectivação de exames, nos termos do nº 2 do artigo 172º; c) Buscas domiciliárias, nos termos e com os limites do artigo 177.º; d) Apreensões de correspondência, nos termos do artigo 179.º, n.º 1; e) Intercepção, gravação ou registo de conversações ou comunicações, nos termos dos artigos 187.º e 190.º; f) A prática de quaisquer outros actos que a lei expressamente fizer depender de ordem ou autorização do juiz de instrução. 2 - É correspondentemente aplicável o disposto nos n.os 2, 3 e 4 do artigo anterior”.

cautelares requeridas pelo *Parquet* e presidir a colheita de provas antecipadas, que serão futuramente submetidas ao contraditório (contraditório diferido).

O referido diploma legal atribuiu, ainda, a condução da investigação criminal ao Ministério Público, conferindo-lhe poderes para praticar todos os atos necessários à efetivação de diligências e à produção de provas úteis à verificação da existência de crime. O instrumento por meio do qual essa atividade investigativa é realizada denomina-se, tal como no Brasil, de inquérito.

É mister mencionar que o *Parquet* português tem a faculdade de delegar à Polícia Judiciária a realização de certas diligências ou até mesmo de toda a investigação, não estando, portanto, obrigado a investigar a ocorrência de todo e qualquer delito.

Ao tratar da investigação criminal em Portugal, José Reinaldo Guimarães Carneiro ressalta:

“O sistema processual penal português adotado é o acusatório e admite a possibilidade da participação direta do Ministério Público na fase de investigação; seus agentes podem praticar todos os atos necessários à efetivação de diligência e à produção de provas úteis à verificação da existência de crime. A investigação conduzida durante a fase de inquérito policial é, de fato, dirigida pelo Ministério Público, mediante auxílio da polícia criminal, a qual desempenha suas funções sob orientação e subordinação a esta instituição, fato que revela sua subordinação ao Ministério Público”³⁰.

5.1.4 Itália

O Código de Processo Penal italiano de 1988 extinguiu a figura do juiz de instrução, e em seu lugar adotou o sistema acusatório, conferindo a direção da investigação criminal, a denominada “*indagini preliminari*”, ao Ministério Público. Desse modo, o *Parquet* italiano tem como atribuição conduzir as investigações preliminares,

³⁰ CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães, op. cit., p. 72.

com auxílio da Polícia, a qual deve comunicá-lo, imediatamente, por escrito os elementos essenciais do fato e suas fontes de prova, com a entrega da respectiva documentação. Esse novo panorama instituído pelo supramencionado Código, concretiza o intento de Carnelutti, no começo da década de sessenta, que presidiu uma comissão de juristas e redigiu um frustrado anteprojeto de reforma processual.

Ainda em relação ao Ministério Público, importante destacar que ele integra a Magistratura italiana, pois junto aos Juízes de Direito (*magistrati giudicanti*) encontram-se os Promotores de Justiça (*magistrati requirente*), não havendo separação de carreiras. As suas atribuições estão disciplinadas no *Ordenamento Giudiziario* e no Código de Processo Penal italiano.

No que tange à investigação criminal frisa-se que a Polícia é responsável pela primeira intervenção, momento em que tomará conhecimento do delito e colherá os elementos probatórios. Ao dissertar sobre as atribuições da Polícia e do Ministério Público italiano, Valter Foleto Santin traz a tradução para o português de alguns artigos do Código de Processo Penal italiano, os quais elucidam as atribuições das referidas instituições e corroboram o aqui exposto:

“A polícia é obrigada a comunicar sem demora e por escrito ao Ministério Público os elementos essenciais do fato, indicando as fontes de prova e as atividades completas, com a entrega da respectiva documentação (art. 347.1, CPPI)

O Ministério Público italiano completa pessoalmente cada atividade de investigação e pode se valer da polícia judiciária para o cumprimento de atividade de investigação e de outros atos especificamente delegados (art. 370. 1, CPPI)

Mesmo depois de iniciada a atribuição investigatória do Ministério Público pela comunicação do fato delituoso a polícia pode continuar a investigar subsidiariamente os fatos e assegurar as novas fontes de prova, encaminhando prontamente os novos dados ao Ministério Público (art. 377. 3, CPPI)”³¹.

³¹ SANTIN, Valter Foleto, op. cit., p. 115.

5.1.5 Inglaterra

Na Inglaterra, diferentemente dos demais países até aqui analisados, a Polícia exerce as funções de conduzir a investigação criminal e também de ajuizar a ação penal ou pedir o arquivamento das investigações policiais. Cabe lembrar que, teoricamente, é possível no sistema processual inglês a ação penal ser ajuizada pela vítima ou qualquer cidadão, no entanto, na prática, dificilmente ocorre, sendo o responsável pela ação penal, na maioria das vezes, a Polícia.

Na fase investigativa, com o intuito de controlar a atividade policial, há a supervisão do juiz de paz, normalmente magistrado não profissional, o qual deve fiscalizar determinados atos da polícia e expedir mandados de busca, apreensão e arresto.

É mister salientar a existência de um órgão denominado *Crown Prosecution Service* (Serviço Real de Persecução), criado pelo *Prosecution of Offence Act*, de 1985, que tem por atribuição atuar após o início da ação penal, exercendo atividade de controle, podendo assumir a função acusatória ou impedir o seu prosseguimento. Dessa forma, na persecução penal inglesa existem dois órgãos distintos: A polícia, incumbida da investigação policial, e o *Crown Prosecution Service*, voltado à atuação em nível processual, promovendo a acusação criminal.

Nessa senda, vislumbra-se que o órgão “*Crown Prosecution Service*” é o mais próximo da figura do Ministério Público, tal como é conhecido no Brasil. Frisa-se, desde logo, não merecer guarida o fundamento de não se admitir a investigação criminal no Brasil com base na perscrutação no direito inglês, por dois motivos.

Em primeiro lugar, o Direito britânico é fundado no *commom law* (direito consuetudinário), não sendo possível atribuir uma característica pertencente ao ordenamento jurídico do povo inglês, que adveio de usos e costumes próprios (a

investigação criminal conduzida, exclusivamente, pela Polícia Judiciária), ao Direito brasileiro que tem outros usos e costumes, sendo seu sistema jurídico vinculado ao *civil law* (direito codificado).

O outro motivo reside no fato do Ministério Público brasileiro ser uma instituição consolidada há anos no país, ao revés do que ocorre na Inglaterra, que a instituição equiparada ao *Parquet* foi instituída apenas em 1985. Mauro Fonseca Andrade assevera:

“A soma de todos estes fatores poderia fazer com que o sistema inglês fosse visto como resposta à impossibilidade do Ministério Público realizar sua investigação criminal. No entanto, ele não se presta a servir de parâmetro ou argumento para negar-lhe a possibilidade de investigar criminalmente. Isto porque, até 1985 o direito inglês não previa a existência do Ministério Público ou de qualquer outro acusador público com esta estrita incumbência. (...)

(...)Não bastasse isso, atualmente o direito inglês vem adotando a mesma sistemática de relacionamento entre polícia judiciária e Ministério Público encontrada em vários países europeus, ou seja, apesar de não dirigir o trabalho policial, o acusador público inglês possui, como atribuição, aconselhar a polícia e revisar a decisão de indiciamento por ela tomada. Isto só vem a demonstrar que, na realidade, o processo penal inglês caminha para a adoção do modelo adotado pelo sistema continental” ³².

5.1.6 Espanha

Na Espanha vigora o sistema acusatório misto, caracterizado pela existência de Juizado de Instrução e de fase com exercício do contraditório. Assim, a investigação criminal espanhola é realizada pelo juiz de instrução. Entretanto, nos últimos vinte anos, em razão da influência da reforma alemã ocorrida em 1975, o legislador espanhol vem aumentando as atribuições do Ministério Público, com a substituição gradativa do juiz de instrução pela figura do Fiscal Instrutor.

³² ANDRADE, Mauro Fonseca, op. cit., p. 67 e 69.

Desse modo, passaram a ser incumbência do *Parquet* a direção das investigações criminais no procedimento abreviado, a delimitação e a fiscalização da investigação realizada pelo juiz-instrutor nos demais procedimentos. Nessa senda, verifica-se que a Espanha vem progressivamente abandonando o sistema inquisitivo para adotar o acusatório, de modo a se amoldar ao atual contexto mundial.

No que concerne à ação penal, a sua titularidade é exclusiva do Ministério Público, cabendo a Polícia cumprir suas determinações e trazer ao seu conhecimento, imediatamente, a existência de delitos de ação penal pública.

Impende ressaltar, ainda, que o Ministério Público espanhol é denominado de “Ministério Fiscal”, sua definição e regulamentação encontram-se na Constituição Federal espanhola de 1978, mais especificamente nos artigos 124, 125 e 126³³. Desse modo, verifica-se que o Ministério Fiscal exerce suas funções por intermédio de órgãos próprios, sujeitando-se aos princípios da legalidade e da imparcialidade, devendo promover a defesa dos cidadãos e dos interesses públicos tutelados por lei, bem como velar pela independência dos Tribunais e buscar, perante estes, a preservação dos interesses sociais.

³³ **Artigo 124 da Constituição Espanhola de 1978, in verbis:** “1. El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social. 2. El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad. 3. La Ley regulará el estatuto orgánico del Ministerio Fiscal. 4. El Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial”.

Artículo 125 da Constituição Espanhola de 1978, in verbis: “Los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la Ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales”.

Artículo 126 da Constituição Espanhola de 1978, in verbis: “La policía judicial depende de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la Ley establezca”.

Urge mencionar a cizânia na doutrina espanhola a respeito da natureza jurídica do “Ministério Fiscal”, havendo argumentos para defini-lo como órgão judicial, e argumentos que o instituem como órgão governamental não integrante do Poder Judiciário. Ao tratar do tema, José Reinaldo Guimarães Carneiro disserta sobre os indigitados posicionamentos:

“O tratamento constitucional destinado ao Ministério Público espanhol, que o inclui no título referente ao Poder Judiciário, resultou no posicionamento segundo o qual o Ministério Público seria um órgão estatal dotado de natureza judicial. (...) O Estatuto Orgânico do Ministério Fiscal, aprovado pela Lei 50/1981, em seu artigo 2º, também definiu a Instituição como sendo integrante do Poder Judiciário, sem, contudo, retirar-lhe a autonomia funcional. Importante ressaltar, entretanto, que a matéria referente à natureza jurídica do Ministério Público espanhol não é pacífica. Parte da doutrina espanhola considera o Ministério Fiscal como sendo uma instituição governamental não integrante do Poder Judiciário. Sustentam os partidários desta corrente que a Constituição espanhola, em seu artigo 117, dispôs que o Poder Judiciário seria integrado exclusivamente por juízes e magistrados, argumentando-se, ainda, que o artigo 122, do referido diploma, não inclui o Ministério Fiscal entre os membros do Conselho Geral do Poder Judiciário”³⁴.

5.2 América

5.2.1 Estados Unidos

Nos Estados Unidos da América, o processo penal é composto por duas fases: a preparatória e a de julgamento. A primeira consiste na investigação criminal, realizada tanto pela Polícia quanto pelo Ministério Público.

A segunda fase, a de julgamento, é presidida por um juiz ou pelo júri, sendo assegurados os princípios da publicidade, do contraditório, da ampla defesa,

³⁴ CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães, op. cit., p. 70 e 71.

da concentração e da imediação. Em razão dos objetivos deste trabalho, focar-se-á a fase preliminar.

É mister ressaltar que não há no direito norte-americano o monopólio da investigação penal, cabendo a indigitada atribuição ora à Polícia, ora ao *Parquet*, atuando muitas vezes as referidas instituições em conjunto. Desse modo, verifica-se, em termos práticos, uma relação de interdependência entre as duas instituições (Polícia e Ministério Público), o que só é possível, segundo John Anthony Simon (Assistente da Direção do Ministério Público do Estado de Illinois), porque:

“a) não temos a figura do delegado de polícia e não trabalhamos com inquéritos policiais, ou seja, a polícia não tem formação em Direito; b) a Polícia não pode efetuar, por conta própria, uma busca ou, mesmo, expedir uma intimação; para fazê-lo, necessita de autorização judicial; c) o promotor sempre pode orientar o policial no levantamento de provas; d) o promotor tem plena liberdade para apreciar esses elementos de investigação, ou seja, pela sua formação jurídica, sabe se deve ou não oferecer a denúncia, solicitar mais diligências ou, simplesmente, encerrar o caso”³⁵.

Nessa senda, afere-se que o Promotor de Justiça norte-americano orienta e participa ativamente da fase preparatória. Impende salientar, ainda, a discricionariedade que possui o membro do *Parquet* estadunidense no âmbito da ação penal, uma vez que não vigora o princípio da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação. Com efeito, o órgão de execução do Ministério Público pode negociar com a defesa para a retirada total ou parcial da acusação como política de efetivo combate à criminalidade. Esse sistema de transação que vigora nos Estados Unidos é conhecido como “*plea bargaining system*”.

O Ministério Público estadunidense pode, portanto, de acordo com *plea bargaining system*, inviabilizar o início da investigação criminal, ou até interrompê-la, de acordo com as prioridades do caso concreto, sempre atendendo ao interesse público.

³⁵ SIMON, John Anthony. Considerações sobre o Ministério Público norte-americano in Revista dos Tribunais, nº 640. São Paulo, RT, fevereiro de 1989, p.16.

5.2.2 Argentina

Na Argentina, o processo penal é regulado pelo Código Nacional argentino de 1991, com suas alterações, sendo a última efetivada pela Lei 26472/2009, e também por Códigos Provinciais. Ocorre que o Código Nacional prevê o juizado de instrução, sendo o juiz de instrução responsável pela investigação criminal, podendo, entretanto, delegá-la ao Ministério Público. De acordo com o referido diploma vigoraria o sistema misto na Argentina, uma vez que existiria um juizado de instrução e, logo após, uma fase judicial, presidida por um magistrado, assegurando-se o contraditório, sendo as funções de acusação, defesa e julgamento exercidas por órgãos distintos.

Nada obstante, os Códigos Provinciais de Tucumã, Córdoba e Santiago Del Estero prevêem uma fase investigativa conduzida pelo Ministério Público, sem juizado de instrução. Ressalta-se também a reforma provincial em Buenos Aires que possibilitou ao *Parquet* dirigir a polícia em função judicial e praticar a investigação penal preparatória³⁶.

Diante disso, vislumbra-se, de acordo com a juíza argentina Rita Mill de Pereyra, que

“A tendência argentina é a transferência da investigação prévia ao Ministério Público, com a supressão do juizado de instrução, na busca de adoção do processo acusatório (...) O Ministério Público deverá dirigir a investigação preliminar, com a colaboração da polícia. O juiz supervisionará a etapa preliminar, resguardando as garantias individuais e controlando o respeito ao princípio da legalidade por parte do Ministério Público”³⁷.

³⁶ **Artigo 56 do Código Processual Penal da Província de Buenos Aires, *in verbis*:** “*Funciones, Facultades y Poderes. El Ministerio Público Fiscal promoverá y ejercerá la acción penal, en la forma establecida por la ley, dirigirá a la Policía en función judicial y practicará la investigación penal preparatoria. (...)*”

³⁷ Rita Mill de Pereyra, “Juicio oral: nuevo rol de los sujetos procesales”, in *Derecho Penal- Derecho Procesal Penal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 292 apud Santin, Valter Foleto, *O Ministério Público na Investigação Criminal*, 2ª edição, Bauru, SP, Edipro, 2007, p.111.

5.2.3 México

No México, a investigação criminal é realizada pela Polícia, devendo praticar diligências investigatórias necessárias, sob a direção do Ministério Público. O *Parquet* mexicano tem por incumbência tutelar os direitos fundamentais constantes da Carta Magna, defender o Estado de Direito e o cumprimento das regras constitucionais. Afere-se que a investigação e persecução penal dos delitos consistem, no México, em garantias individuais do cidadão, conforme dispõe o artigo 21, caput, da Carta Magna Mexicana, situado no Capítulo das Garantias Individuais³⁸.

³⁸ **Artigo 21 da Constituição Mexicana, *in verbis*:** “*La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público , el cual se auxiliara con una policía que estará bajo su autoridad y manso inmediato(...)*”.

6. PROCEDIMENTOS INVESTIGATÓRIOS NO BRASIL

6.1 Inquérito Policial

6.1.1 Breve enfoque histórico

A Lei de 15 de outubro de 1827 e o Código de Processo Criminal de 1832 atribuíram aos Juízes de Paz a formação da culpa do delinqüente, por meio de provas da materialidade do crime e indícios de autoria.

Com a reforma do Código de Processo Criminal, pela Lei nº 261 de 3 de dezembro de 1841, a indigitada atribuição deixou de ser dos Juízes de Paz, passando a ser dos Delegados e Subdelegados de Polícia. Salienta-se que, nessa época, surgiu a obrigatoriedade da escrituração das averiguações realizada pela autoridade. Assim, todo e qualquer ato de formação de culpa deveria ser escrito e as peças autuadas.

Nada obstante, o inquérito policial, com essa denominação, surgiu somente com o Decreto nº 4.824, de 22 de novembro de 1871, que o instituiu como função auxiliar da formação da culpa. Tinha por objetivo apurar a existência da infração penal e descobrir suas circunstâncias e autoria. Interessante trazer a definição de inquérito policial que constava no artigo 42 da Lei nº 2.033 de 20 de setembro de 1871, regulamentada pelo Decreto-Lei nº 4.824 de 28 de outubro de 1871, *in verbis*:

“O Inquérito Policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e de seus autores e cúmplices, devendo ser reduzido a instrumento escrito”.

Com a promulgação do Código de Processo Penal, em 3 de outubro de 1941, e até hoje em vigor, o inquérito policial foi mantido, sendo regulamentado nos artigos 4º a 23 do indigitado diploma legal.

O então Ministro da Justiça, Francisco Campos, relator do projeto do Código de Processo Penal, sustentou, na Exposição de Motivos, a necessidade de se manter o inquérito em virtude das diferenças sociais e a dimensão continental do País. Nesse sentido, o item IV da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, *in verbis*:

“Foi mantido o inquérito policial como processo preliminar ou preparatório da ação penal, guardadas as suas características atuais. O ponderado exame da realidade brasileira, que não é apenas a dos centros urbanos, senão também a dos remotos distritos das comarcas do interior, desaconselha o repúdio do sistema vigente. O preconizado juízo de instrução, que importaria limitar a função da autoridade policial a prender criminosos, averiguar a materialidade dos crimes e indicar testemunhas, só é praticável sob a condição de que as distâncias dentro do seu território de jurisdição sejam fácil e rapidamente superáveis. Para atuar proficuamente em comarcas extensas, e posto que deve ser excluída a hipótese de criação de juizados de instrução em cada sede do distrito, seria preciso que o juiz instrutor possuísse o dom da ubiquidade”.

A Constituição Federal de 1988 também adotou o inquérito policial como método de investigação na fase pré-processual. Isso porque se referiu ao indigitado instrumento em seu artigo 129, inciso VIII,³⁹ nas funções institucionais do Ministério Público, e, implicitamente, no artigo 144, parágrafo 4º,⁴⁰ que trata das atribuições da Polícia Civil.

6.1.2 Definição e Finalidade

³⁹ Artigo 129, *caput* e inciso VIII, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*: “São funções institucionais do Ministério Público: VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais”.

⁴⁰ Artigo 144, § 4º, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*: “às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”.

Ressalta-se que nos sistemas democráticos de governo e, especificamente, no Brasil, o poder-dever de punir (*jus punendi*) pertence ao próprio Estado e nasce no momento em que uma norma penal é violada.

Para que o *jus puniendi* se perpetue necessário se faz, de início, a atuação da Polícia Judiciária, consubstanciada em colher os elementos de prova quanto à materialidade e autoria da infração penal, possibilitando, posteriormente, que o titular da ação penal, seja o Ministério Público nos crimes de ação penal pública ou o particular nos delitos de ação privada, disponha de elementos mínimos e suficientes para propor a ação penal própria. Frisa-se que a Polícia Judiciária realiza esse *múnus* por meio do Inquérito Policial, em conformidade com o disposto nos artigos 4º a 23 do Código de Processo Penal.

Nessa senda, afere-se que o inquérito policial tem como finalidade apurar a ocorrência de uma infração penal, identificando sua materialidade delituosa e o seu autor, proporcionando, dessa forma, elementos mínimos necessários ao titular da ação penal para propô-la.

Ao tratar da matéria, Julio Fabbrini Mirabete entende que “o *inquérito policial visa à apuração de fato que configura infração penal e respectiva autoria, para servir de base à ação penal ou providenciar cautelares*”⁴¹.

Ante o exposto, verifica-se que Inquérito Policial pode ser definido como o conjunto de diligências realizadas pela Polícia Judiciária com escopo de apurar os indícios de autoria e a prova da materialidade delitiva.

Na mesma linha de raciocínio, Guilherme de Souza Nucci, define inquérito policial como: “*um procedimento preparatório da ação penal, de caráter*

⁴¹ MIRABETE, Julio Fabbrini, op. cit., p.82.

*administrativo, conduzido pela polícia judiciária e voltado à colheita preliminar de provas para apurar a prática de uma infração penal e sua autoria*⁴².

Na mesma esteira, Fernando da Costa Tourinho Filho o conceitua como: *“o conjunto de diligências realizadas pela polícia visando a investigar o fato típico e a apurar a respectiva autoria”*⁴³.

Por fim, para Julio Fabbrini Mirabete inquérito policial é *“uma instrução provisória, preparatória, informativa, em que se colhe elementos por vezes difíceis de obter na instrução judiciária, como auto de flagrante, exames periciais etc”*⁴⁴.

6.1.3 Características

É mister destacar as características preponderantes do inquérito policial, uma vez que se trata de procedimento preparatório da ação penal, não existindo ainda, portanto, uma relação processual propriamente dita, vigendo, dessa forma, regras e princípios próprios.

Em primeiro lugar, ressalta-se a *oficialidade*, pela qual o inquérito policial somente pode ser executado por órgão oficial, no caso, a Polícia Judiciária. Salienta-se, também, o seu caráter *inquisitorial*, já que não se aplicam os princípios da ampla defesa e do contraditório ao inquérito policial, uma vez que as atividades persecutórias concentram-se nas mãos de uma única autoridade, o Delegado de Polícia⁴⁵.

⁴² NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal, 3ª edição, São Paulo, RT, 2008, p. 143.

⁴³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de Processo Penal Comentado. 8ª edição, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 184.

⁴⁴ MIRABETE, Julio Fabbrini, op. cit., p.82

⁴⁵ Ressalta-se, entretanto, a exceção consubstanciada na Lei 6.815/80, artigo 71, Estatuto do Estrangeiro, em que o contraditório é obrigatório.

Outra característica refere-se à *indisponibilidade*, que consiste na impossibilidade da autoridade policial, depois de ter instaurado o inquérito, desistir, por iniciativa própria, de lhe dar prosseguimento⁴⁶. Trata-se, outrossim, de procedimento *sigiloso*, na medida em que a autoridade policial poderá assegurar ao inquérito policial o sigilo necessário à elucidação do fato quando exigido pelo interesse da sociedade ou em outras situações em que sua publicidade possa atrapalhar o curso das investigações⁴⁷.

O inquérito policial deve, ainda, ser escrito, não sendo admitida outra forma para sua concepção, tendo em vista a sua finalidade de trazer subsídios para uma futura ação penal. Por fim, elenca-se a *oficiosidade*, que consiste na instauração *ex officio*, pela autoridade policial, do inquérito, ou seja, não é necessária a provocação das partes, sempre que o Delegado de Polícia tiver conhecimento de uma prática delituosa, em que se configure um crime de ação penal pública incondicionada.

6.2 Outros procedimentos investigatórios

De acordo com o parágrafo único do artigo 4º do Código de Processo Penal, a atividade investigatória não é exclusividade da Polícia Judiciária, outros órgãos administrativos poderão realizá-la, dentro de suas atribuições legais. Colaciona-se a dicção do artigo 4º e de seu parágrafo único, *in verbis*:

“Art. 4º. A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e de sua respectiva autoria.

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

⁴⁶ O artigo 17 do Código de Processo Penal é expresso em proibir a autoridade policial de arquivar os autos do inquérito policial. Artigo 17 do Código de Processo Penal, *in verbis*: “A autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito”.

⁴⁷ Salienta-se que sigilo do inquérito policial não abarca o Juiz, o representante do Ministério Público e nem o advogado do indiciado

6.2.1 Inquérito civil

O inquérito civil foi introduzido no ordenamento jurídico do Brasil por meio da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e se encontra atualmente consagrado no artigo 129, inciso III, da Constituição Federal de 1988⁴⁸.

Trata-se o inquérito civil de um procedimento administrativo investigatório, de caráter inquisitivo, instaurado e conduzido pelo Ministério Público, com o escopo de apurar fatos que, em tese, violam interesses transindividuais, coletando elementos de convicção que autorizem o ajuizamento da ação civil pública.

Nas palavras de Hugo Nigro Mazzilli, a definição de inquérito civil:

*“O inquérito civil é uma investigação administrativa a cargo do Ministério Público, destinada basicamente a colher elementos de convicção para eventual propositura de ação civil pública”*⁴⁹.

Deve-se ressaltar, ainda, que o inquérito civil tem como uma de suas principais características a sua dispensabilidade. Com efeito, caso o Ministério Público possua os elementos suficientes para propositura da ação civil pública, não haverá necessidade do indigitado instrumento.

Destarte, trata-se de um procedimento de realização facultativa, uma vez que a ação civil pública poderá ser ajuizada independentemente da realização prévia do inquérito civil, desde que o Ministério Público possua em mãos elementos suficientes que permitam o ajuizamento direto da ação civil pública.

⁴⁸ Artigo 129, caput e inciso III, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*: “São funções institucionais do Ministério Público: III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

⁴⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 20ª edição, São Paulo, Saraiva, 2007, p.421.

Impende salientar, também, que o inquérito civil é instaurado de ofício pelo Promotor de Justiça, por meio de portaria ou de despacho. Durante o seu curso, o Ministério Público tem todos os poderes de investigação, podendo, assim, tomar depoimentos, requisitar perícias, diligências, documentos e informações de órgãos públicos e empresas privadas.

Ao término do inquérito civil, o Ministério Público, verificando a necessidade de defesa a interesse coletivo ou difuso, proporá a ação civil pública ou tomará compromisso de ajustamento de conduta. Caso, no entanto, concluída a investigação, o órgão de execução do Ministério Público entenda inexistir lesão a interesse metaindividual, deverá promover diretamente o arquivamento do inquérito civil, mas essa decisão estará sujeita ao controle do Conselho Superior do Ministério Público.

6.2.2 Inquérito Judicial

O inquérito judicial surgiu no ordenamento jurídico pátrio com o Decreto-Lei 7.661/1945 (Lei de Falências), perdurando até 9 de fevereiro de 2005, momento em que foi extinto em virtude da promulgação da Lei 11.101 (Nova Lei de Falências).

Urge destacar que o inquérito judicial consistia em um instrumento processual específico da falência, que tinha por intuito angariar elementos que demonstrassem a prática de comportamento delituoso pelo falido, possibilitando ao representante do Ministério Público concluir pela ocorrência ou não de eventual crime falimentar.

Ao tratar do tema, Fábio Ulhoa Coelho definiu o inquérito judicial como:

“(...) medida processual típica de falência, que objetiva a reunião dos elementos referentes à análise do comportamento do falido sob o ponto de vista do direito penal. O objetivo do inquérito judicial é possibilitar ao representante do Ministério Público definir-se quanto à ocorrência ou não de crime falimentar pelo falido. É o correspondente ao inquérito policial dos crimes em geral”⁵⁰.

Com o advento da Lei 11.101/05 e o fim do inquérito judicial, o Ministério Público, após de intimado da sentença que decreta a falência ou que concede a recuperação judicial, verificando a necessidade de se investigar condutas supostamente criminosas do falido, requisitará a abertura de inquérito policial, conforme disciplina o artigo 187 da Lei 11.101/2005⁵¹.

O inquérito judicial, embora não faça mais parte do ordenamento jurídico brasileiro, foi objeto de análise neste trabalho para demonstrar a existência, por muitos anos, de mais um meio, previsto em lei, de investigação criminal distinto do inquérito policial.

6.2.3 Comissão Parlamentar de Inquérito

A Comissão Parlamentar de Inquérito surgiu no ordenamento jurídico pátrio na Constituição Federal de 1934, sendo, inicialmente, prevista apenas para a Câmara dos Deputados. Frisa-se que foi somente com a promulgação da Constituição de 1946 que passou a existir para as duas Casas (Câmara e Senado). Na Constituição Federal de 1988, foi regulamentada pelo artigo 58, parágrafo 3º, *in verbis*:

“As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para apuração

⁵⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial. 13ª edição, São Paulo, Saraiva, 2002, p. 334.

⁵¹ Art. 187. da Lei 11101/05, *in verbis*: “Intimado da sentença que decreta a falência ou concede a recuperação judicial, o Ministério Público, verificando a ocorrência de qualquer crime previsto nesta Lei, promoverá imediatamente a competente ação penal ou, se entender necessário, requisitará a abertura de inquérito policial”.

de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores”.

O Poder Legislativo, além de sua função de legislar, tem outras atribuições previstas expressamente na Constituição Federal, são as chamadas “funções atípicas”. Dentre elas destacam-se os poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, que lhe foram conferidos com o intuito de fiscalizar e, assim, garantir o desempenho e cumprimento das suas atribuições fixadas na Constituição Federal. Frisa-se que toda deliberação da Comissão Parlamentar de Inquérito deve ser motivada, nos termos do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Ressalta-se, entretanto, que as Comissões Parlamentares de Inquérito não são dotadas de poderes universais de investigação. Deve-se respeitar o postulado da reserva constitucional da jurisdição, ou seja, há certos atos que só podem emanar de decisão de Magistrados, em virtude de determinação constante na Carta Magna. Destarte, a Comissão Parlamentar de Inquérito não poderá determinar a prática de atos que sejam exclusivos do Poder Judiciário, como, por exemplo: diligência de busca domiciliar, quebra do sigilo das comunicações telefônicas e ordem de prisão (com exceção da prisão em flagrante).

A Comissão Parlamentar de Inquérito deve finalizar seus trabalhos em 120 dias, prazo prorrogável tantas vezes quanto for necessário dentro da mesma legislatura. Desse modo, afere-se que as indigitadas Comissões são criadas para atuação por prazo determinado, existindo, entretanto, a possibilidade de prorrogações, desde que não seja ultrapassado o período de duração de uma legislatura (quatro anos).

É mister destacar que a Comissão Parlamentar de Inquérito não julga, apenas investiga. Com o término das investigações, as conclusões obtidas devem ser encaminhadas ao Ministério Público para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

7. CRIMINALIDADE MODERNA

Com o passar dos anos, o predomínio das sociedades democráticas e o advento do fenômeno da globalização, a criminalidade passou por algumas mudanças, deixando de ser o crime tradicional, denominado microcriminalidade, a única modalidade delituosa existente.

Passou a existir, também, a chamada macrocriminalidade, em que os delinqüentes se organizam e se profissionalizam na atividade criminosa, com o principal objetivo de auferir lucros.

Diante desse quadro, algumas providências devem ser tomadas de modo a neutralizar a criminalidade moderna, sendo que a investigação criminal conduzida pelo Ministério Público pode representar grande auxílio no combate à macrocriminalidade. Desse modo, interessante se faz um estudo mais focado da nova forma de organização dos delinqüentes.

7.1 *Evolução da Criminalidade*

Constata-se que a criminalidade vem crescendo ao longo dos anos, trata-se de fenômeno social que acompanha o aumento populacional e a impunidade de grande número de criminosos. Como ressaltam Newton Fernandes e Valter Fernandes: *“um dos grandes fatores criminógenos parece ser o próprio crime, desde que impunido. Não sendo reprimido o delito, disto promanará não só o descrédito do sistema, mas também do ordenamento jurídico institucional que está atrelado”*⁵²

⁵² FERNANDES, Newton, FERNANDES, Valter. Criminologia Integrada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.504.

O crime tradicional apresentava-se como exceção, um desvio da normalidade social. Nesse sentido, surgiram pensadores que explicavam o crime com base em critérios naturalísticos, definindo o criminoso como ser atávico, dotado de determinados caracteres físicos ou mentais, culminando por último com a teoria cromossômica do crime.

Porém, essas concepções de crime não prosperaram, ao contrário, a criminalidade moderna, em razão da massificação dos delitos, não vê o crime como comportamento raro, mas sim como padrão estatisticamente freqüente de comportamento social.

Antigamente, também se acreditava que o crime era setorial, localizado no contexto social, de modo que as condutas criminosas eram, predominantemente, frutos das condições precárias das classes sociais menos favorecidas economicamente. Entretanto, na criminalidade moderna esse pensamento foi abandonado, uma vez que o crime permeia indistintamente toda a ambientação social, não se restringindo a determinada classe social. Como salienta Juary C. Silva:

“o crime alastrou-se, tornando-se correntio onde outrora era raro, e atingindo pessoas que antes, pela sua posição social, estariam indenas de fato a ele, sob o ponto de vista do cálculo das probabilidades. O crime penetrou nas camadas altas da sociedade, e nas colunas sociais, que se ocupam dele com freqüência, máxime quando envolvidos, como autores ou vítimas, personagens colunáveis”⁵³

Nesse diapasão, interessante se faz a distinção entre micro e macrocriminalidade.

7.2 Micro e Macrocriminalidade

⁵³ SILVA, Juary C. A Macrocriminalidade. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980, p. 7.

A microcriminalidade resulta “do clima de adversidade e mesmo violência que impregna a desvairada sociedade de consumo, suscitando injustiças sociais e desigualdades econômicas, além do taciturno horizonte de niilismo em que a vida perde seu significado maior e pouco ou nada apresenta”⁵⁴. A microcriminalidade representa os crimes cometidos, em todas as classes sociais, no dia-a-dia, violentos ou não, como, por exemplo, os crimes de latrocínio, lesões corporais, homicídio, furto, calúnia, injúria, entre outros.

O microcriminoso é considerado aquele que vive às margens da vida societária, em que a Teoria Pura do Direito se baseia. Por essa razão, muitos equivocadamente acreditam que a microcriminalidade é a única modalidade de delinquência.

A macrocriminalidade, por sua vez, consiste na delinquência em bloco conexo e compacto, apresentando-se na sociedade de modo pouco transparente, sob a rotulagem de atividade lícita. A macrocriminalidade tem como objetivo o lucro e conta como incentivo a certeza, ou quase certeza, da impunidade. Enquadram-se nesta modalidade de delinquência o crime organizado e o terrorismo.

7.2.1 Crime Organizado

A interligação da economia mundial permitiu que o crime organizado também globalizasse as suas atividades, principalmente após a queda do muro de Berlim e a formação da comunidade econômica européia. Com isso, a máfia italiana e a americana, expandiram-se ainda mais. Ressalta-se também o incremento das *Tríades* chinesas e a *Yakuza* japonesa, além de outros bandos criminosos, que amparados pela *Máfia* siciliana, agem no Leste Europeu, França, Grã-Bretanha, Alemanha e Rússia.

⁵⁴ FERNANDES, Newton, FERNANDES Valter, op. cit., p. 505.

Para os norte-americanos, crime organizado consiste na macrocriminalidade que apresenta características de um empreendimento sistemático, como se fosse uma justaposição de atividades econômicas distintas, sob a direção de um chefe.

A multiplicidade da atuação criminosa diversifica-se em vários campos, a saber: tráfico de drogas, usura, prostituição, jogo, extorsão, entre outros. Interessante mencionar a diversificação das atividades, de modo que as organizações criminosas não tendem a se especializar em uma única modalidade delitiva, tendo em vista que isto representaria relativo atraso estrutural além de menores lucros.

O crime organizado, segundo Juary C. Silva,

“constitui, do ponto de vista jurídico, fenômeno da delinquência associativa elevada a seu maior grau, numa sistematização que fica totalmente a cavaleiro das normas usuais sobre o concurso de agentes, normas estas que dependem de prova em juízo para a sua eficácia, tanto mais que o Direito Penal visualiza a questão sob o aspecto da participação no crime, isto é, partindo da prática do crime isolado”⁵⁵.

Destarte, fica evidenciado que as normas de Direito Penal que tratam da microcriminalidade, como, por exemplo, as de concurso de agente, são ineficazes, em princípio, contra a macrocriminalidade, porque essas normas visam a condenar, isoladamente, o indivíduo que pratica a infração, restando impune a organização criminosa, ou seja, a macrocriminalidade.

Assim, observa-se que, em face da macrocriminalidade, faz-se necessário uma dogmática jurídico-penal diferente da microcriminalidade, ou seja, a criação de leis específicas que combatam, por exemplo, o crime organizado, o que vem sendo adotado, progressivamente, em âmbito mundial, acompanhada de métodos de investigação mais eficazes, como, por exemplo, a perscrutação penal conduzida pelo *Parquet*.

⁵⁵ SILVA, Juary C., op. cit., p. 107.

No Brasil, a Lei n.º 9.034/95, modificada pela Lei n.º 10.217/01, dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, estabelecendo três categorias legais: a) bando ou quadrilha (art. 288 do Código Penal), que exige a participação de quatro ou mais pessoas; b) associação criminosa para o tráfico de drogas (art. 35 da Lei n.º 11.343/06), a qual se caracteriza pela participação de, no mínimo, dois agentes, e associação criminosa para cometer genocídio (art. 2º da Lei n.º 2.889/56), que exige a participação de, no mínimo, três pessoas; e c) organização criminosa. No entanto, a lei é omissa, porque deixou a participação em organização criminosa sem tipificação legal.

7.2.2 Terrorismo

O terrorismo, por vezes, tem sua compreensão dificultada em razão de aspectos ideológicos e emotivos, os quais obscurecem a percepção nítida de sua essência criminosa. Contudo, trata-se de um dos crimes mais nefandos e abjetos, a violação mais grave dos Direitos Humanos, constituindo forma típica de macrocriminalidade.

Ressalta-se também que o terrorismo difere da guerrilha, a qual *“é forma embrionária de movimentos políticos armados, que tendem para um estado de beligerância na órbita interna, segundo as normas do Direito Internacional, dela diferindo em que se volta contra alvos indiscriminados, ao passo que esta se cinge a atuar contra as forças do governo legalmente constituído”*.⁵⁶

O terrorismo, da mesma forma que o crime organizado, faz uso de divisão de trabalho e métodos de dissimulação, mas não se limita a atividade lucrativa. O terrorista faz parte de uma estrutura criminosa, em que sua conduta é previamente pensada e articulada, estabelecendo-se, desde logo, lugares para eventual refúgio, assistência médica, quando necessária, o destino de produto de crime, entre outras peculiaridades.

⁵⁶ SILVA, Juary C., op. cit., p. 126.

Existe também uma contabilidade de custos, pois para executar os atos terroristas necessita-se de verbas, de tal forma que a organização deve, de algum modo, obter lucros para se sustentar. É mister salientar que o terrorismo divide-se em nacional e internacional, este de inspiração puramente político-ideológico.

Embora a maioria dos atos terroristas se enquadre em fatos típicos previstos na lei penal comum, deve-se criar lei específica para punir tais condutas, de modo a impedir a conferir tratamento mais severo aos terroristas, os quais não podem ser tratados como criminosos comuns.

O terrorismo é, infelizmente, uma realidade mundial, sendo, inclusive, crime de competência do Tribunal Penal Internacional. Dentre os atos terrorista destacam-se o atentado de 11 de setembro às torres gêmeas nos Estados Unidos, ataques de homens bombas por motivos religiosos e separatistas, ataques às embaixadas de outros países, entre outros.

No Direito brasileiro a Lei 7170/83, Lei de Segurança Nacional, em seu artigo 20⁵⁷ define atos de terrorismo como sendo a prática de condutas nele elencadas com a finalidade de obtenção de recursos para manter organizações políticas clandestinas ou em razão de inconformismo político. Porém, há na doutrina controvérsia sobre a existência do tipo penal que descreva o terrorismo, tendo em vista que o artigo 20 apenas cita o terrorismo, não descrevendo propriamente o crime.

7.3 Macrocriminalidade e os Direitos Fundamentais

⁵⁷ Art. 20 da Lei 7170/83, *in verbis*: “Devastar, saquear, extorquir, roubar, seqüestrar, manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar explosão, praticar atentado pessoal ou atos de terrorismo, por inconformismo político ou para obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas”.

A macrocriminalidade é fruto das sociedades modernas e democráticas, uma vez que para se desenvolver necessita de uma sociedade aberta, pluralista e economicamente evoluída, com mobilidade vertical.

Nota-se que a macrocriminalidade não se desenvolve em países que adotam regimes totalitários, tendo em vista a impossibilidade de se desenvolverem atividades econômicas paralelas, em virtude da produção e circulação de bens e serviços estarem alocadas rigidamente no plano central, e a inviabilidade de dissimulação dos capitais dedicados a fins não previstos no plano, ou a realocação de lucros.

Já, nos sistemas democráticos são assegurados aos indivíduos direitos e garantias fundamentais, o que restringe, de certo modo, o poder do Estado, dificultando a punição dos crimes da macrocriminalidade. Isso porque as garantias concedidas ao cidadão comum são utilizadas pelos macrocriminosos para poderem acobertar as ações ilícitas ou de algum modo se livrarem de sanções penais, já que nesse tipo de criminalidade há profissionalismo, sendo as condutas metódicas e racionais.

Nesse diapasão, sustenta Juary C. Silva que:

“no campo processual, as garantias do indiciado e do réu – que constituem em substância uma minudenciação de preceitos constitucionais ínsitos ao regime democrático – excogitadas em vista do criminoso eventual, e até mesmo do inocente, funcionam como barreiras a proteger o criminoso organizado, dotado de recursos materiais e intelectuais, com amigos que o apóiam, dentro ou fora da prisão, por meios legais ou não”⁵⁸.

Deve-se, no entanto, observar que o fato da macrocriminalidade ser fruto da sociedade moderna, não implica posição contrária à democracia, e muito menos a favor do totalitarismo, o que se diga de passagem seria um retrocesso da humanidade. Trata-se apenas de uma constatação, sendo necessário tomar medidas para reprimir essa modalidade criminosa.

⁵⁸ SILVA, Juary C., op. cit., p 104.

A investigação criminal conduzida pelo Ministério Público pode ser arma poderosa contra a indigitada criminalidade, uma vez que a referida Instituição goza de inúmeras garantias constitucionais (que serão objeto de futura análise) e de profissionais preparados, os quais atuando em conjunto com a Polícia Judiciária podem colaborar para a responsabilização penal dos macrocriminosos e para a diminuição dessa nova espécie de criminalidade.

Salienta-se, ainda, o cuidado que se deve ter ao adotar medidas de repressão, já que se pode tentar excluir todas as garantias fundamentais dos macrocriminosos, o que acarretaria em instituí-los como inimigos do Estado, adotando-se, assim, o Direito Penal do Inimigo, o qual parece ir contra aos fundamentos de um Estado Democrático de Direito.

8. ASPECTOS CONSTITUCIONAIS

Com a prática de um fato definido em lei como infração penal (crime ou contravenção), surge para o Estado o poder-dever de punir, o chamado “*jus puniendi*”, que é exercido com exclusividade pelo Poder Público. De acordo com Fernando da Costa Tourinho Filho:

“quando ocorre uma infração penal, quem sofre a lesão é o próprio Estado, como representante da comunidade perturbada pela inobservância da norma jurídica e, assim, corresponde ao próprio Estado, por meio de seus órgãos, tomar a iniciativa motu próprio, para garantir, com sua atividade, a observância da lei penal, quem sofre a lesão é o próprio Estado, a par da lesão sofrida pela vítima”⁵⁹.

Dessa forma, o Estado para exercer seu poder-dever de punir, utiliza-se dos órgãos da Polícia Judiciária do Ministério Público e da Magistratura. Em regra, a primeira etapa da persecução penal, que é a investigação criminal, cabe à Polícia Judiciária, que a faz por meio do inquérito policial, com o escopo de apurar a infração penal e sua respectiva autoria.

A segunda etapa, nos casos de ação penal pública, é atribuída ao Ministério Público que, tendo os elementos necessários (indícios de autoria e prova materialidade delitiva), proporá a ação penal. Destaca-se que nos casos de crime de ação penal privada a iniciativa cabe ao querelante, mas isso não retira do Estado o *jus puniendi*, uma vez que o querelante atua em legitimidade extraordinária, ou seja, em nome do Estado, que ao final aplicará a pena ao réu condenado.

A última fase consiste na fase processual, que se inicia com o recebimento da peça acusatória pelo Juiz de Direito, que ao final se pronunciará sobre a eventual absolvição ou condenação do réu, fixando, neste último caso, a pena correspondente.

⁵⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal, vol. I. 23ª edição, São Paulo, Saraiva, 2001, p. 12.

Diante do intuito deste trabalho de verificar a plausibilidade do Ministério Público conduzir a investigação criminal, necessário se faz a análise da Constituição Federal de 1988 no que tange à disciplina da Polícia e do Ministério Público, dando ênfase aos dispositivos que aludem à persecução criminal.

8.1 Constituição Federal de 1988 e a Polícia

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 144⁶⁰, elencou como órgãos constitucionais de segurança pública a Polícia Federal, a Polícia Rodoviária Federal, as Polícias Cíveis, as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares. O indigitado artigo instituiu, ainda, em seu § 8º⁶¹ a possibilidade dos Municípios criarem guardas municipais.

Afere-se, a partir da análise dos parágrafos do artigo 144 da Constituição Federal, que a atividade policial está dividida em funções administrativas e judiciais. A Polícia Administrativa relaciona-se com a idéia de prevenção, de modo que os agentes policiais tem por finalidade evitar a ocorrência de infrações penais.

A Polícia Judiciária, por sua vez, visa à repressão da conduta delituosa, atuando após o cometimento de um crime que a Polícia Administrativa não conseguiu evitar, investigando e colhendo elementos probatórios para eventual responsabilização do suposto autor de delito. É mister ressaltar que a Polícia é classificada como Administrativa ou Judiciária pela função que é desenvolvida e não em razão do órgão público que a exerce.

⁶⁰ Art. 144 da Constituição Federal de 1988, *in verbis*: “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I - polícia federal; II - polícia rodoviária federal; III - polícia ferroviária federal; IV - polícias cíveis; V - polícias militares e corpos de bombeiros militares”.

⁶¹ §8º do art. 144 da Constituição Federal de 1988, *in verbis*: “Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei”.

Nessa senda, verifica-se que a Polícia Federal, órgão mantido pela União, tem função de Polícia Judiciária, uma vez que o § 1º inciso I e o IV do artigo 144 prevêm como sua atribuição a investigação de alguns crimes. Assim, destacam-se as indigitadas disposições legais, *in verbis*:

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

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

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

Na mesma linha, o 4º do artigo 144 prevê a função de Polícia Judiciária para a Polícia Civil, *in verbis*:

“§4º- às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”.

Desse modo, fica claro que a Constituição Federal atribui a função de investigar (Polícia Judiciária) aos órgãos da Polícia Federal e da Polícia Civil, os quais devem instaurar o inquérito policial e colher provas da materialidade delitiva e dos indícios da autoria, que servirão de base para uma eventual ação penal.

Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci:

“Portanto, cabe aos órgãos constituídos das polícias federal e civil as investigações necessárias, colhendo provas pré-constituídas e formar o inquérito, que servirá de base de sustentação a uma futura ação penal. O nome polícia judiciária tem sentido na medida em que não se cuida de uma atividade policial ostensiva(típica da polícia militar para garantia da segurança nas ruas), mas investigatória, cuja função se volta a colher

*provas para o órgão acusatório e, na essência, para que o Judiciário avalie no futuro*⁶².

No mesmo sentido, posiciona-se Ada Pellegrini Grinover:

*“Não tenho dúvida de que o desenho constitucional atribuído à função de Polícia Judiciária e a apuração das infrações penais à Polícia Federal e às Polícias Civis, sendo que a primeira exerce, com exclusividade, as funções de Polícia Judiciária da União (art. 144)”*⁶³.

No entanto, salienta-se que a Polícia Militar, embora atue, na maioria das vezes, como Polícia Administrativa, também pode exercer a função de Polícia Judiciária. Essa hipótese restringe-se à investigação dos crimes militares, em que cabe à Polícia Militar a instauração de inquérito para apuração dos indigitados delitos⁶⁴, já que a Constituição Federal foi expressa em retirar referida atribuição da Polícia Civil.

8.2 Constituição Federal de 1988 e o Ministério Público

A Constituição Federal de 1988 concedeu ao Ministério Público uma organização diferenciada e inovadora em relação às disposições até então existentes nas Constituições brasileiras, representando a consolidação da Instituição no ordenamento jurídico pátrio.

⁶² NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal, 3ª edição, São Paulo, RT, 2008, p.145.

⁶³ GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover. Investigações Pelo Ministério Público. BOLETIM INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. São Paulo, IBCCRIM – Ano 12 – nº145, dezembro de 2004.

⁶⁴ Nesse sentido, o artigo 8º do Código de Processo Penal Militar, *in verbis*: “Art. 8º Compete à Polícia judiciária militar: a) apurar os crimes militares, bem como os que, por lei especial, estão sujeitos à jurisdição militar, e sua autoria; b) prestar aos órgãos e juízes da Justiça Militar e aos membros do Ministério Público as informações necessárias à instrução e julgamento dos processos, bem como realizar as diligências que por eles lhe forem requisitadas; c) cumprir os mandados de prisão expedidos pela Justiça Militar; d) representar a autoridades judiciárias militares acerca da prisão preventiva e da insanidade mental do indiciado; e) cumprir as determinações da Justiça Militar relativas aos presos sob sua guarda e responsabilidade, bem como as demais prescrições deste Código, nesse sentido; f) solicitar das autoridades civis as informações e medidas que julgar úteis à elucidação das infrações penais, que esteja a seu cargo; g) requisitar da polícia civil e das repartições técnicas civis as pesquisas e exames necessários ao complemento e subsídio de inquérito policial militar; h) atender, com observância dos regulamentos militares, a pedido de apresentação de militar ou funcionário de repartição militar à autoridade civil competente, desde que legal e fundamentado o pedido”.

A Carta Magna de 1988 institui um Capítulo, denominado “Das Funções Essenciais à Justiça”, em que na sua Seção I trata da organização, das atribuições e das garantias do *Parquet*. Logo, fica evidente a intenção do Constituinte em desvincular o Ministério Público de qualquer um dos três Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), uma vez que foi previsto em Capítulo à parte.

Nessa perspectiva, observa-se que o Ministério Público constitui um órgão do Estado, que exerce função tipicamente administrativa e possui algumas garantias efetivas de Poder⁶⁵, no entanto, não integra nenhum dos três Poderes. Hugo Nigro Mazzilli manifesta-se sobre o assunto:

*“A natureza jurídica do Ministério Público é de órgão do Estado, não do Poder Executivo ou do governo; entretanto, como não legisla nem presta jurisdição, sua natureza é tipicamente administrativa, embora a Constituição Federal lhe tenha concedido garantias efetivas de Poder (...)”*⁶⁶.

No que tange ao conceito do órgão em estudo, é mister ressaltar que a própria Carta Magna trouxe, em seu artigo 127, *caput*, a definição de Ministério Público, a saber:

“O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Trata-se, portanto, de Instituição permanente, na medida em que não pode ser abolida por reformas constitucionais promovidas pelo Poder Constituinte Derivado. O seu caráter essencial à função jurisdicional relaciona-se com a necessidade de atuar, nos processos em que tem atribuição, para garantir a aplicação da lei em busca do justo, com o intuito de garantir aos cidadãos os princípios e garantias constitucionais.

⁶⁵ Cita-se, a título de exemplo, a sua autonomia administrativa, financeira e funcional; a investidura do Procurador Geral por tempo certo e determinado; possui iniciativa de lei sobre sua organização, suas atribuições, seu estatuto, criação de cargos e fixação dos respectivos subsídios; os seus membros possuem garantias e vedações similares ao dos membros do Poder Judiciário, entre outras.

⁶⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. Ministério Público. 3ª edição, São Paulo, Damásio de Jesus, 2005, p. 32.

A Instituição, de acordo com o texto constitucional, é incumbida da defesa da ordem pública, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. A ordem pública consubstancia-se na paz social, de modo que o *Parquet* deve zelar pelo cumprimento das leis e pela responsabilização dos infratores. A defesa do regime democrático relaciona-se com a proteção da participação do povo nas esferas de governo, assegurando dessa forma os preceitos expressos na Constituição Cidadã, zelando, também, pelo equilíbrio entre os Poderes.

Por fim, salienta-se o dever do Ministério Público proteger direitos indisponíveis do cidadão, o que engloba todos os direitos sociais e alguns individuais (como, por exemplo, direitos da personalidade).

Nessa senda, afere-se que o Ministério Público, além de figurar como parte em processo, possui também a atribuição de fiscal da lei e da Constituição, de modo a fazer valer as garantias e os direitos fundamentais assegurados na Carta Magna de 1988, para, assim, buscar a paz e a justiça social. Impende salientar que o *Parquet* atua como *custos legis* em todos os ramos do Direito, inclusive no Processo Penal, como se verifica, a título ilustrativo, na hipótese de pedido da acusação, em alegações finais, de absolvição do réu, por entender que o acusado é inocente.

8.2.1 Princípios e Funções Institucionais do Ministério Público

A Constituição Federal, em seu artigo 127, § 1º, dispõe que “*são princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional*”.

De acordo com o princípio da unidade, os membros do Ministério Público integram um único órgão, e exercem suas funções em nome da Instituição,

sujeitando-se a mesma chefia. Porém, frisa-se que a unidade existe dentro de certos limites, mais precisamente no âmbito de cada Ministério Público. A unidade nacional do *Parquet* só se vislumbra abstratamente na lei, no momento em que a Carta Magna atribui funções a todos os Ministérios Públicos.

A indivisibilidade, por sua vez, refere-se à possibilidade de um membro do Ministério Público substituir o outro, ainda que nos mesmos autos, já que exercem a mesma função. Salienta-se que essa substituição não pode ser arbitrária, devendo sempre ser respeitada a forma estabelecida em lei.

Ao tratar da matéria, Hugo Nigro Mazzilli afirma:

“Unidade significa que os membros de cada Ministério Público integram um só órgão, sob uma só direção; indivisibilidade quer dizer que seus membros podem ser substituídos uns pelos outros na forma estabelecida na lei. Entretanto, cada instituição tem sua unidade: sendo federado nosso Estado, o Ministério Público de cada Estado-membro é uno; e até mesmo cada um dos ramos do Ministério Público da União também tem sua própria unidade. Uma unidade nacional do Ministério Público só existe abstratamente na lei, quando esta, por exemplo, confere uma atribuição à instituição, como ao lhe cometer a promoção da ação penal pública. Mas, funcionalmente, cada um dos diversos Ministérios Públicos brasileiros tem sua própria unidade (autonomia), e as substituições de seus membros só podem ser feitas dentro de cada um deles, sempre por integrante da respectiva carreira, e apenas nas hipóteses previstas em lei”⁶⁷.

Destaca-se, outrossim, que o Ministério Público, segundo o artigo 128 da Constituição Federal, abrange o da União e os dos Estados. O primeiro é integrado pelos Ministérios Públicos Federal, do Trabalho, Militar e pelo do Distrito Federal e Territórios. O Ministério Público Estadual, por seu turno, refere-se à existência do indigitado órgão em cada Estado-membro, sendo que a Lei Federal nº 8.625/93 dispôs sobre as normas gerais para a sua organização, existindo, ainda, em cada

⁶⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses, 20ª edição, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 355.

unidade federativa uma norma complementar de organização da instituição, em harmonia com a supracitada Lei Federal.

Cabe analisar, ainda, a independência funcional do *Parquet*. Esse princípio confere a cada membro e a cada órgão do Ministério Público a independência para exercer suas funções, podendo, assim, cada um deles tomar as medidas, dentre as disponibilizadas pela Constituição Federal e pela Lei, que achar necessárias para alcançar sua atividade fim, sem estar sujeito às ordens de outros membros e órgãos da instituição.

Importante frisar que a independência funcional distingue-se da autonomia funcional, na medida em que aquela se refere à liberdade que cada órgão ou membro do Ministério Público tem para atuar dentro da instituição, enquanto essa implica na liberdade que a instituição Ministério Público tem em relação aos outros órgãos do Estado. Nas palavras de Hugo Nigro Mazzilli:

*“A independência funcional distingue-se da autonomia funcional; essa última é liberdade que o Ministério Público tem, como instituição, para, em face de outros órgãos ou instituições do Estado, tomar suas decisões sem ater-se a instruções ou decisões de outros órgãos ou Poderes do Estado, estando somente subordinado à Constituição Federal e à lei”*⁶⁸.

Por fim, salienta-se a existência do princípio constitucional, implícito, do Promotor natural, que consiste em designar previamente, com base na Lei, os membros do Ministério Público com suas atribuições, vedando-se, assim, a figura do “promotor de encomenda”, aquele designado após a ocorrência de um fato, para atuar em caso específico. Como observa José Reinaldo Guimarães Carneiro:

“O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, reconheceu, ainda, a vigência do princípio do promotor natural no direito pátrio. Referido princípio impede a designação de membros do Ministério Público para atuarem em casos específicos, vale dizer, após a ocorrência de determinado fato. Visa-se, com a manutenção deste preceito, a que ao

⁶⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. Ministério Público. 3ª edição, São Paulo, Damásio de Jesus, 2005, p. 37.

*Ministério Público seja permitida a atuação absolutamente imparcial, de forma que as funções desempenhadas pela Instituição busquem, exclusivamente, a defesa dos interesses tutelados pela Constituição Federal e pelas leis infraconstitucionais, evitando-se a utilização da Instituição para satisfação de interesses pessoais, políticos etc*⁶⁹.

No que tange às funções institucionais do Ministério Público, verifica-se que a Constituição Federal de 1988, no seu artigo 129⁷⁰, as elencou em um rol exemplificativo. Isso porque o referido artigo estabeleceu, no seu inciso IX, uma norma de encerramento que põe a cargo do Ministério Público outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade.

Destarte, a Lei pode conferir ao Ministério Público atribuições que não estão elencadas no artigo 129 da Carta Magna, mas, para isso, é imprescindível o respeito ao interesse público primário e aos objetivos da Instituição.

Em razão dos objetivos deste trabalho, verificar a possibilidade do Ministério Público conduzir investigação criminal, é mister mencionar que o *Parquet* tem por funções institucionais: promover, privativamente, a ação penal pública; promover o inquérito civil e a ação civil pública em defesa dos interesses públicos, dos interesses difusos e coletivos e, ainda, dos interesses individuais indisponíveis; requisitar a instauração de inquérito policial, bem como as diligências necessárias à colheita dos elementos necessários ao oferecimento da denúncia em juízo.

⁶⁹ CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães, op. cit., p. 87

⁷⁰ Art. 129 da Constituição Federal de 1988, in verbis: “São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição; V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva; VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior; VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais; IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”.

As diferentes interpretações dos indigitados preceitos constitucionais permitiram o surgimento do debate acerca da exclusividade da investigação criminal pela Polícia Judiciária e da legitimidade do Ministério Público realizar suas próprias investigações criminais. O tema é, sem dúvida, um dos mais controversos no processo penal, havendo diversos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais a respeito, os quais serão tratados de forma pormenorizado no decorrer deste trabalho.

9. POSSIBILIDADE DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Tradicionalmente referida atuação investigatória estaria adstrita à Polícia Judiciária. No entanto, a análise mais detida do sistema jurídico brasileiro, aliada à grande contingência de crimes no país, permite ao estudioso indagar se ao *Parquet* caberia apenas o controle externo da Polícia, com a conseqüente prerrogativa funcional de requisição de instauração de inquérito policial e de diligências necessárias para oferecimento da denúncia.

Adiantamos desde já nosso posicionamento favorável à sobredita perscrutação criminal, no que pese haver entendimento contrário, calcado em argumentos sólidos, mas dos quais não compartilhamos e procuraremos, doravante, refutá-los.

Inicialmente listar-se-ão os argumentos contrários à possibilidade de investigação criminal pelo Ministério Público, momento em que serão estabelecidos alguns comentários com o fito de elidi-los e dar força ao nosso posicionamento. A *posteriori*, adentrar-se-á propriamente na linha de defesa do presente trabalho, elencando-se os argumentos favoráveis à investigação criminal do *Parquet*, incluindo citações jurisprudências do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

9.1 Argumentos Contrários

De início, na análise dos argumentos contrários à possibilidade do órgão de execução do Ministério Público conduzir investigação criminal, sustenta-se que à Polícia Judiciária incumbe a instauração da *informatio delicti*, com a atribuição de efetuar a atividade investigatória no que tange à prática de infração penal e respectiva autoria. Ao Ministério Público, por sua vez, caberia, apenas, determiná-la, mediante requisição, e de fiscalizá-la, visando à formação da sua *opinio delicti*.

Fundamenta-se o referido posicionamento, do qual não compartilhamos, na interpretação do artigo 144, inciso IV e § 4º⁷¹, que regem a atuação das polícias civis, e no artigo 129, incisos VII e VIII, referentes às funções institucionais do Ministério Público, mais especificamente ao controle externo da atividade policial e à requisição de diligências investigatórias e de instauração de inquérito policial⁷².

O artigo 144, § 1º, inciso IV, também é utilizado como argumento contrário à perscrutação criminal conduzida pelo Promotor de Justiça, na medida em que conferiria à Polícia Judiciária a exclusividade da investigação criminal ao dispor que *“A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a exercer, **com exclusividade**, as funções de polícia judiciária da União”* (grifo nosso).

Nessa senda, a partir da leitura dos supracitados dispositivos legais, há quem defenda⁷³ a impossibilidade do órgão de execução do Ministério Público promover investigação criminal, utilizando-se do brocardo jurídico *in claris cessat interpretatio*, uma vez que por uma interpretação literal das referidas normas jurídicas verifica-se a atribuição de cada uma das instituições (Polícia e Ministério Público).

Nas palavras de Rogério Lauria Tucci:

“Em suma, os referenciados regramentos constitucionais determinam, destacadamente, os campos de atuação de cada uma dessas

⁷¹ Artigo 144, *caput*, inciso IV e § 4º, da Constituição Federal, *in verbis*: “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: IV - polícias civis. § 4º - às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”.

⁷² Artigo 129, incisos VII e VIII, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*: “São funções institucionais do Ministério Público: VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior; VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais”.

⁷³ Nesse sentido, observa-se o posicionamento de Rogério Lauria Tucci, em seu livro *Ministério Público e Investigação Criminal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 28 e 29.

*instituições estatais atuantes na persecutio criminis, distinguindo entre a atividade investigatória, atribuída à Polícia Judiciária, e dela provocatória e supervisora, concedida ao Ministério Público*⁷⁴.

Argumenta-se, também, a falta de estrutura do Ministério Público para promover investigações criminais, carecendo de condições técnicas e estruturais para realizá-las, não sendo possível arcar com o grande número de inquéritos policiais que rotineiramente são instaurados pela Polícia Civil.

Outro ponto ressaltado pela doutrina versa sobre a falta de previsão específica, no ordenamento jurídico brasileiro, da possibilidade do *Parquet* promover investigação criminal. Afirmar-se que o artigo 129, VIII, da Carta Magna de 1988, e o artigo 26, inciso IV, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625/93)⁷⁵, apenas possibilitaram ao Ministério Público requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial⁷⁶.

Dessa forma, inexistindo previsão legal, sustenta-se que seria inadmissível ampliar a atribuição do Ministério Público para abarcar a função de investigação criminal, devendo-se, portanto, ater-se à literalidade do texto Constitucional. Marco Antonio Marques da Silva ao tratar do tema afirma:

“A norma constitucional não contemplou ao órgão ministerial as funções de realização e presidência de inquéritos policiais, ainda que instaurados em face de uma necessária investigação de autoridade policial.(...)”

*Assim, clara a Constituição Federal, quando trata de modo específico dos limites de atuação do Ministério Público no Inquérito Policial, incluindo a este a possibilidade de ‘requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial’.”*⁷⁷

⁷⁴ TUCCI, Rogério Lauria. Ministério Público e Investigação Criminal, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 30.

⁷⁵ Artigo 26, caput e inciso IV, da Lei 8.625/93, *in verbis*: “No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá: IV - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, observado o disposto no art. 129, inciso VIII, da Constituição Federal, podendo acompanhá-los”.

⁷⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional, 3ª edição, São Paulo, RT, p. 254 e 255.

⁷⁷ SILVA, Marco Antonio Marques da. Processo Penal e Garantias Constitucionais, São Paulo, Quartier Latin, 2006, p 472 e 473.

Salienta-se, ainda, que o Promotor de Justiça deve ser imparcial, de modo a formular uma acusação clara e fiel à prova, o que consubstancia uma garantia do acusado. Com intuito de corroborar esse raciocínio, evidencia-se, de acordo com o Código de Processo Penal, a possibilidade de se argüir a suspeição, impedimento, ou outra incompatibilidade do acusador público com determinada causa penal.

Com efeito, há quem entenda que *“dirigir a investigação criminal e a instrução preparatória, no sistema vigente, pode comprometer a imparcialidade. Desponta o risco da procura orientada de provas, para alicerçar certo propósito, antes estabelecido; com abandono, até do que interessa ao envolvido”*⁷⁸.

Prosseguindo-se nesse pensamento, observa-se, nas palavras de Marco Antonio Marques da Silva:

“(...) um restabelecimento da posição de verdadeiro ‘inquisidor’ ao Ministério Público que, no exercício da investigação e posterior apresentação da acusação, privilegiando o que quer investigar, selecionando as provas colhidas, exercendo verdadeiro ‘poder sem controle’ ou fiscalização de outros órgãos institucionais, agiria de forma ilegal e inconstitucional, como já destacado”.⁷⁹

Por derradeiro, sustenta-se que a investigação criminal promovida pelo órgão de execução do Ministério Público violaria o princípio da igualdade, uma vez que a acusação teria tratamento privilegiado, podendo colher provas e decidir sobre a sua utilização no processo, conforme melhor lhe convir, ocasionando desequilíbrio quando comparado com a defesa. Nesse diapasão, o *Parquet* seria dotado de prerrogativas e poderes que exorbitariam os da defesa.

⁷⁸ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Procedimento Administrativo Criminal, realizado pelo Ministério Público. Boletim Do Instituto Manoel Pedro Pimentel, n. 22, 2003, São Paulo.

⁷⁹ SILVA, Marco Antonio Marques da, op. cit., p.484.

9.2 Argumentos Favoráveis

No que concerne ao estudo dos argumentos favoráveis para perscrutação criminal do Ministério Público, antes de adentrar especificamente nos indigitados pontos argumentativos, faz-se imprescindível tecer alguns comentários acerca dos pontos destacados no item anterior.

Com a devida vênia, os argumentos sustentados pela doutrina, que afastam a viabilidade da investigação criminal pelo *Parquet*, não devem ser acolhidos, conforme doravante será explicado.

Em primeiro lugar, no que diz respeito ao termo “exclusividade”, utilizado no artigo 144, § 1º, inciso IV ⁸⁰, afere-se que o referido lexema objetiva diferenciar as atribuições da Polícia Federal e da Polícia Civil Estadual, conferindo apenas àquela a atribuição para a perscrutação dos ilícitos que afetem interesses da União, como por exemplo, o crime de tráfico internacional de drogas.

Desse modo, o mencionado inciso Constitucional cria apenas critérios para distinguir a atuação da Polícia Federal e Estadual, não estabelecendo quaisquer parâmetros fixos para restringir a atuação Ministerial, pelo que se afigura descabida a sustentação de posicionamento contrário.

Para reforçar o posicionamento ora sustentado, ressalta-se, ainda, que no § 4º do artigo Constitucional em estudo ⁸¹, em nenhum momento foi conferido o monopólio da investigação criminal à polícia judiciária. A corroborar essa linha de

⁸⁰ Artigo 144, *caput*, § 1º e seu inciso IV, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*: “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: § 1º 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”.

⁸¹ Artigo 144, § 4º, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*: “As polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”.

raciocínio, urge trazer à baila as palavras do Promotor de Justiça Mauro Fonseca Andrade:

“(...) passemos então à análise do regramento constitucional dado à Polícia Civil. E, ao assim procedermos, a primeira coisa que nos chama a atenção é que o § 4º do art. 144 da Constituição Federal em nenhum momento se utilizou da palavra exclusividade – e muito menos monopólio – à hora de definir as funções das polícias civis, tal como anteriormente havia feito em relação à Polícia Federal. Da mesma forma, o legislador constituinte tampouco afirmou que a Polícia Civil seria titular da função investigatória nos crimes de competência dos Estados, manejando uma expressão que anteriormente havia utilizado – no próprio texto constitucional – para referir que, dentro dos prazos processuais que lhe são conferidos, o Ministério Público é o único que pode acusar em relação às ações penais públicas. Por esse motivo, não encontramos uma razão técnica que justifique a existência de manifestações apregoando que a Constituição Federal teria conferido a dita exclusividade ou monopólio à Polícia Civil (...)”⁸².

Nesse mesmo diapasão, Sergio Demoro Hamilton afirma que

“(...) a Constituição Federal não conferiu exclusividade à Polícia Civil para a investigação criminal. O art. 144, § 4º da Lei Maior limitou-se a explicitar a competência da Polícia Civil (art. 144, § 4º), tendo em vista peculiaridades próprias dos Estados do Norte e Nordeste, onde cabos e sargentos da PM normalmente exerciam as funções de delegado de polícia”⁸³

No que tange à falta de estrutura do Ministério Público para promover investigação criminal, o argumento pode ser considerado frágil. Isso porque o que se busca é apenas o reconhecimento da legitimidade investigatória do *Parquet*, sem se retirar nenhum poder investigatório das autoridades que já o possuem. Assim, o órgão de execução do Ministério Público somente realizaria as investigações que realmente pudesse, *de per si*, levar a cabo.

Em relação ao argumento da ausência de previsão legal da condução pelo Ministério Público da investigação criminal, também não merece guarida.

⁸² ANDRADE, Mauro Fonseca, op. cit., p.105 e 106.

⁸³ HAMILTON, Sergio Demoro. Temas de Processo Penal. 2ª edição, Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2004, p. 213.

Trata-se de atividade prevista em lei e compatível com a finalidade do *Parquet*, amparada pelo artigo 129, IX, da Constituição Federal, o qual dispõe que são funções institucionais do Ministério Público, além daquelas dispostas nos incisos anteriores, exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Dessa forma, infere-se que o rol de funções destinadas ao *Parquet* pela Carta da República é exemplificativo, tendo em vista a possibilidade de existência de normas infraconstitucionais que fixam e disciplinam outras atribuições referentes à Instituição.

Nesse sentido, José Reinaldo Guimarães Carneiro argumenta:

“Sendo certo que o citado artigo 129 estabelece rol exemplificativo de funções referentes ao Ministério Público, cumpre-nos concluir que as finalidades institucionais às quais a Constituição Federal subordina a hipótese de criação de novas funções à Instituição somente poderão ser aquelas fixadas no caput do artigo 127, do texto constitucional. Portanto, poderá a lei conferir ao Ministério Público funções que sejam compatíveis com as finalidades reservadas à Instituição, sendo elas: a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, caput, da CF)”⁸⁴.

Destarte, verifica-se que a Carta Magna autorizou, implicitamente, a investigação criminal conduzida pelo Promotor de Justiça, tendo em vista que se coaduna com a finalidade de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

A Carta da República⁸⁵ também conferiu ao *Parquet*, entre outras garantias, a inamovibilidade, conferindo segurança jurídica à sua atuação, já que não

⁸⁴ CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães, op. cit., p. 105.

⁸⁵ Artigo 128, § 5º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, in verbis: “§ 5º - Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros: I - as seguintes garantias: a) vitaliciedade, após dois anos de exercício, não podendo perder o

pode ser afastado das suas funções por simples conveniência política ou interesse de terceiros. Nesse diapasão, verifica-se a grande contribuição que o Ministério Público poderia proporcionar à investigação criminal, uma vez que a indigitada garantia não é constitucionalmente prevista para a autoridade policial.

Em âmbito infraconstitucional, alguns dispositivos legais regulamentam a investigação criminal. A Lei Complementar nº 75/93 (Estatuto do Ministério Público da União) prevê, sem restringi-las ao âmbito civil, diversas atividades investigatórias do *Parquet*⁸⁶. O Estatuto da Criança e do Adolescente⁸⁷ e o Estatuto do Idoso⁸⁸ estabelecem textualmente a possibilidade do órgão de execução do Ministério Público instaurar sindicâncias para apurar ilícitos penais.

No que concerne à alegação de parcialidade das investigações realizadas pelo *Parquet*, sob o fundamento de que visariam apenas a coligir provas tendentes a uma futura condenação, não deve ser acolhida. Isso porque a prova da fase investigatória serve, apenas, para o recebimento da ação penal, devendo ser reproduzida em juízo, com exceção da prova técnica.

cargo senão por sentença judicial transitada em julgado; b) inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, assegurada ampla defesa; c) irredutibilidade de subsídio, fixado na forma do Art. 39, § 4º, e ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 150, II, 153, III, 153, § 2º, I,º.

⁸⁶ Artigo 8º da Lei Complementar nº 75/93, *in verbis*: “Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência: I - notificar testemunhas e requisitar sua condução coercitiva, no caso de ausência injustificada; II - requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta; IV - requisitar informações e documentos a entidades privadas; V - realizar inspeções e diligências investigatórias; VI - ter livre acesso a qualquer local público ou privado, respeitadas as normas constitucionais pertinentes à inviolabilidade do domicílio; VII - expedir notificações e intimações necessárias aos procedimentos e inquéritos que instaurar; VIII - ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública; IX - requisitar o auxílio de força policial”.

⁸⁷ Artigo 201, caput e inciso VII, da Lei nº 8.069/90, *in verbis*: “Compete ao Ministério Público: VII - instaurar sindicâncias, requisitar diligências investigatórias e determinar a instauração de inquérito policial, para apuração de ilícitos ou infrações às normas de proteção à infância e à juventude”.

⁸⁸ Artigo 74, caput e inciso VI, da Lei nº 10.741/03: “Compete ao Ministério Público: VI – instaurar sindicâncias, requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, para a apuração de ilícitos ou infrações às normas de proteção ao idoso”.

Ademais, vislumbra-se descabida a utilização do termo “imparcialidade” para se referir ao Órgão Ministerial. Como é sabido, referida expressão é exclusiva para se referir à eventual atuação viciosa do Poder Judiciário, de sorte que, no máximo, a atuação tendenciosa do Ministério Público poderia ser qualificada como impessoal, o que, outrossim, jamais poderia ser encarada como uma presunção absoluta, tendo em vista que o *Parquet* é visto como uma Instituição, atuando em prol do interesse público e não dos interesses pessoais de seus membros.

Salienta-se, também, que o Ministério Público já possui atuação significativa na investigação delitiva, haja vista seu contato constante com a autoridade policial, devendo esta atender as suas requisições. Além disso, não há qualquer critério lógico para sustentar eventual distorção dos fatos em maior escala pelo Promotor de Justiça; fazê-lo significaria dizer que o grau de corrupção do Ministério Público é maior do que na Polícia Judiciária.

Nesse contexto, não há espaço para a figura do Promotor “inquisidor”, uma vez que as provas colhidas na fase pré-processual serão reproduzidas em juízo, devendo passar pelo crivo do Magistrado, que analisará a sua legalidade.

Frisa-se, ainda, que a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXV, estabelece que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”, de sorte que qualquer abuso do órgão de execução do Ministério Público durante eventual investigação criminal estará sujeito a análise do Poder Judiciário

Ao tratar do tema, Mauro Fonseca Andrade assevera:

“Com efeito, quando a doutrina estrangeira qualifica a investigação ministerial como uma possível volta ao sistema inquisitivo, não podemos perder de vista que os defensores dessa posição vivem na Espanha – país ainda dominado pelo juizado de instrução - onde o juiz instrutor possui amplos poderes para determinar a prisão do investigado, a realização de busca e apreensão, de interceptação telefônica, entre tantas outras quebras de direitos fundamentais do investigado. Assim, se fizermos uma leitura mais atenta dos motivos que levaram os autores

*estrangeiros a realizarem esse vínculo com o sistema inquisitivo, será possível observar que, em realidade, não se insurgem eles propriamente contra a concessão de legitimidade investigatória ao Ministério Público, mas sim contra a possibilidade de que ao Parquet lhe sejam concedidos esses mesmos poderes para ordenar a quebra de certos direitos fundamentais do investigado, que hoje se encontram exclusivamente nas mãos do juiz-instrutor*⁸⁹.

Traz-se, ainda, o entendimento de Eugênio Pacelli de Oliveira que sustenta a impossibilidade de se acolher o argumento da violação da imparcialidade do Ministério Público, a saber:

*“Em primeiro lugar, porque, ainda que se admitisse a contaminação, bastaria o afastamento do membro do parquet que dirigiu a investigação, isto é, bastaria distinguir, NO ÂMBITO DA PRÓPRIA INSTITUIÇÃO, as funções de investigação e de acusação. Em segundo lugar, porque a violação da imparcialidade está ligada à existência de fatos e/ou circunstâncias que possam revelar comprometimento prévio do órgão, seja em relação à causa, seja em relação às pessoas. É dizer, fatos e/ou circunstâncias que possam influenciar, para além das pré-concepções presentes em todo ser humano, o agir do Ministério Público nas fases subseqüentes. De se notar, então, que a investigação empreendida pelo parquet não lhe impõe, previamente, determinada convicção. Ou seja. Uma vez encerrada a investigação, tanto pode o MP requerer o arquivamento, quanto o oferecimento da denúncia. Nada há que lhe condicione o agir, desta ou daquela maneira. Nesse sentido, se parcial fosse, tanto seria para o juízo negativo, quanto para o juízo positivo de acusação, o que parece suficiente a demonstrar a inexistência da parcialidade*⁹⁰.

Dessa forma, diante do exposto, observa-se que não há o comprometimento da imparcialidade do Promotor de Justiça pela condução da investigação criminal.

Não há que se falar, também, em desrespeito ao Princípio da Igualdade. Ao revés, a paridade de armas, entre as partes, deve ser analisada durante toda a persecução penal, ou seja, na fase pré-processual e na processual.

⁸⁹ ANDRADE, Mauro Fonseca, op. cit., p. 109.

⁹⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, op. cit., p. 73.

Na primeira, vislumbra-se que o Estado e a própria vítima estão colocadas em situação de desvantagem em relação ao criminoso, o qual é o responsável pela ação delituosa, controlando o modo de agir da forma e no tempo que lhe aprouver. Dessa forma, constata-se que a vítima e o Estado estão à mercê da conduta do criminoso, não possuindo meios, na maioria das vezes, para preveni-la ou afastá-la. Com efeito, é notório que o delinqüente planeja a execução do fato típico, tomando certas precauções que evitam a sua captura, ampliando, ainda mais, a vantagem do criminoso frente ao Estado e à vítima.

Sendo assim, na fase prévia ao processo a situação de desvantagem que se encontra o Estado somente será recuperada com a investigação criminal, com todos os recursos necessários para desvendar o criminoso e as circunstâncias do fato típico. Com isso, a investigação realizada pelo Ministério Público seria um instrumento para trazer ao processo a igualdade das partes e não, como alguns equivocadamente afirmam, afronta ao Princípio Constitucional da Igualdade.

Na fase processual também existem mecanismos pré-fixados para estabelecer entre as partes uma igualdade material, cita-se, a título ilustrativo, a intimação do Ministério Público em caráter pessoal, o que não ocorre em relação ao defensor particular. Assim é que a legislação processual já definiu os mecanismos próprios para equiparar as partes litigantes, de sorte que a mera intervenção do Ministério Público na fase de investigação, conforme exposto anteriormente, salientando ainda a possibilidade do Judiciário corrigir eventuais ilegalidades, não seria capaz de desequilibrar a balança de igualdade cuidadosamente estabelecida pelos preceitos legais.

Desse modo, afere-se que as argumentações encontradas como justificativas para a não atuação do Ministério Público na perscrutação penal baseiam-se em interpretações estritamente literais da lei e que relembram os princípios e as funções institucionais conferidas ao Ministério Público pela Constituição Federal de 1988.

Ultrapassada a argumentação inicial, feita precipuamente para refutar a argumentação expendida por aqueles que são contrários a atuação investigatória do Ministério Público, passa-se, doravante, a tecer os argumentos que corroboram a possibilidade de perscrutação criminal do *Parquet*.

O primeiro argumento a ser destacado junte-se ao conceito da Teoria dos Poderes Implícitos⁹¹, segundo a qual a possibilidade de ingressar com a ação penal pública englobaria por consequência a fase de investigação criminal, já que aquela traduz manifestação de um poder mais amplo do que esta e, por isso, a abrangeria.

Destarte, como manifestação concreta do brocardo jurídico “quem pode o mais pode o menos”, a investigação criminal estaria englobada por um poder maior e subseqüente, qual seja, o da titularidade da ação penal.

Nessa perspectiva, cita-se o posicionamento de Mauro Fonseca Andrade:

*“Em termos práticos, a Teoria dos Poderes Implícitos, também chamada de implied powers, nada mais seria do que a teorização do velho brocardo latino Qui potest maius, potest et minus, ou seja, quem pode o mais pode também o menos, criado por Ulpiano. Somando, pois, o brocardo latino Qui potest maius, potest et minus a essa teoria, e analisando a atual situação constitucional do Ministério Público, à conclusão óbvia chegam seus defensores: se o Ministério Público é o titular da ação penal (o que seria o mais) também poderá ele fazer suas próprias investigações (o que seria o menos), a fim de que possa melhor exercer essa titularidade e se convencer sobre o oferecimento ou não da acusação”.*⁹²

⁹¹ Referida teoria surgiu nos Estados Unidos, sendo aplicada a primeira vez em 1.819, no julgamento do caso *McCulloch VS. Maryland*. Em âmbito nacional, teve maior destaque na obra de Ruy Barbosa (Comentários à Constituição Federal Brasileira. São Paulo: Saraiva, 1932. T. 1, p. 206-214) e de Luis Pinto Ferreira (Comentários à Constituição Federal Brasileira. São Paulo: Saraiva, 1990. V. 2, p. 132-138).

⁹² ANDRADE, Mauro Fonseca, op. cit., p.177 e 178.

Por conseguinte, ganha posição de destaque a Teoria dos Poderes Implícitos na defesa da atuação do *Parquet* na perscrutação criminal, embora essa não seja o único embasamento teórico.

Com efeito, o próprio Código Processual Penal possui dois dispositivos capazes de embasar a atuação investigativa do Ministério Público, vejamos cada um deles.

“Art. 4º - *A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.*

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

Diante da análise do artigo ora transcrito, o estudioso não encontra dificuldade em perceber a existência de dois comandos legais distintos: o primeiro (*caput*) relacionado com a função geral da polícia judiciária em apurar a autoria e materialidade delitiva, concretizada por meio da instauração de inquérito policial ou, em hipóteses excepcionais, termo circunstanciado; e o segundo (parágrafo único) consubstanciando verdadeira regra delimitadora do alcance dessa indigitada investigação policial, salientando que referida atribuição não excluirá eventuais investigações realizadas por autoridades administrativas, desde que amparadas por determinação legal.

Assim, verifica-se que o dispositivo sob estudo contém uma regra geral posteriormente delimitada pelo próprio texto de seu parágrafo único, o que realça a intenção do legislador em não atribuir caráter absoluto e exclusivo para a investigação criminal perpetrada no âmbito de atuação da autoridade policial. Da exegese efetuada, surge a conclusão de que o Ministério Público não encontraria óbice algum para investigar os crimes que exigem sua atuação, bastando para tanto previsão legal.

Nesse propósito, ao analisar os efeitos do dispositivo em análise, Julio Fabbrini Mirabete disserta:

*“Os atos de investigação destinados à elucidação dos crimes, entretanto, não são exclusivos da polícia judiciária, ressalvando expressamente a lei a atribuição concedida legalmente a outras autoridades administrativas (art. 4º, do CPP). Não ficou estabelecida na Constituição, alias, a exclusividade de investigação e de funções da Polícia Judiciária em relação às polícias civis estaduais. **Tem o Ministério Público legitimidade para proceder investigações e diligências, conforme determinarem as leis orgânicas estaduais**”⁹³ (destaque não constante no original).*

A corroborar a conclusão esposada por Julio Fabbrini Mirabete, destacada acima, caminha a dicção do §5º do art. 39 do CPP. Veja-se:

“Art. 39.(...)

***§ 5º** - O órgão do Ministério Público dispensará o inquérito, se com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal, e, neste caso, oferecerá a Denúncia no prazo de 15 (quinze) dias”.*

Com efeito, o parágrafo em apreço determina a dispensabilidade do inquérito policial nas hipóteses em que o órgão de execução do Ministério Público já detiver elementos suficientes de convicção para a propositura da ação penal. A denominada *opinio delicti*, portanto, assume caráter de peculiar importância, relevando inclusive a possibilidade de se dispensar a investigação perpetrada pela autoridade policial quando o membro do *Parquet* entender assim possível.

Lembrando ainda o brocardo jurídico alhures citado (*Qui potest maius, potest et minus*), poder-se-ia concluir pela viabilidade da própria investigação ser conduzida pelo Ministério Público, já que, se a ele cabe o crivo de dispensar a perscrutação da autoridade policial quando entender presentes os indícios de autoria e materialidade delitiva, seria razoável conceder-lhe meios para lhe assegurar maior segurança na formação de sua opinião.

⁹³ MIRABETE, Julio Fabbrini, op. cit., p. 75.

Ora, se ao membro do *Parquet* é possível dispensar o inquérito policial sem a realização de investigação, não haveria motivo para impedi-lo de investigar, já que a indigitada ação traria critérios mais seguros e precisos para a formação de sua convicção. Em termos práticos, defender o contrário seria o mesmo que conceder poder discricionário a determinada autoridade, mas, simultaneamente, retirar-lhe os meios necessários para a formação de seu juízo de valor diante do caso concreto.

Evidentemente que atuação Ministerial deverá ser pautada de acordo com os preceitos legais, privilegiando-se a atuação conjunta da Polícia Judiciária e do *Parquet*, servindo aquela como complementação desta, tudo em respeito aos princípios da celeridade e efetividade da Administração Pública.

Nessa senda, Ada Pellegrini Grinover, assim observa:

“O inquérito policial, assim como qualquer outro tipo de investigação, só se destina à formação do convencimento do MP, como preparação do eventual exercício da ação penal.

As funções investigativas são, por isso mesmo, perfeitamente compatíveis com o exercício privativo da ação penal pública, função institucional expressamente prevista no inc. I do art. 129 da Constituição. E não é por acaso que os sistemas acusatórios mais modernos reservam ao MP, com o auxílio da Polícia Judiciária, a titularidade das investigações criminais (...).⁹⁴

Frisa-se que a possibilidade da perscrutação criminal realizada pelo *Parquet* vai ao encontro dos princípios e preceitos constitucionais, enfatizando-se a atuação do Órgão Ministerial como *custos legis*, que tem também incidência no Processo Penal. Desse modo, para se atingir a paz e a justiça social, vislumbra-se imprescindível a correta apreciação da realidade fática pelo Promotor de Justiça, responsável pela acusação penal, de modo a permitir que se aplique, de forma

⁹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini, Investigações Pelo Ministério Público. BOLETIM INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. São Paulo: IBCCRIM – Ano 12 – nº145, dezembro de 2004, p.4.

acertada, o direito posto ao caso concreto, o que, sem dúvidas, seria proporcionado pela investigação criminal ministerial somada à policial.

Argumenta-se mais, se o *Parquet* pode atuar como fiscal da lei pleiteando, em alegações finais, a absolvição do réu, por quê não poderia promover investigação criminal para formar com convicção sua *opinio delicti*, poupando, muitas vezes, o injustamente acusado de um desgastante processo penal? Parece evidente a possibilidade de perscrutação criminal pelo Ministério Público, sempre somada à da Polícia Judiciária, de forma a corroborar o seu papel de *custos legis*.

Ainda, no que tange à regulamentação da investigação criminal efetuada pelo Ministério Público, existem outras normas infraconstitucionais que a respaldam. Cita-se a Lei Complementar 75/1993 (Estatuto do Ministério Público da União) que em seu artigo 8º, inciso V⁹⁵, prevê a possibilidade do *Parquet* realizar inspeções e diligências investigatórias.

Salienta-se que o indigitado dispositivo legal também tem aplicação subsidiária no âmbito estadual, uma vez que o artigo 80 da Lei 8.625/93 Lei Orgânica dos Ministérios Públicos Estaduais assim dispõe: “*aplicam-se aos Ministérios Públicos dos Estados, subsidiariamente, as normas da Lei Orgânica do Ministério Público da União*”.

Mesmo que não houvesse a possibilidade de aplicação subsidiária do Estatuto do Ministério Público da União, a investigação criminal conduzida pelo *Parquet* em âmbito estadual seria possível pela exegese do artigo 26, inciso V, da Lei Orgânica dos Ministérios Públicos Estaduais⁹⁶ que possibilita ao Órgão Ministerial, no exercício de suas funções, praticar atos administrativos executórios, de “caráter preparatório”.

⁹⁵ Art. 8º, *caput* e inciso V, da Lei Complementar 75/1993, *in verbis*: “Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência: V - realizar inspeções e diligências investigatórias”.

⁹⁶ Artigo 26, *caput* e inciso V, da Lei 8.625/93, *in verbis*: “No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá: V - praticar atos administrativos executórios, de caráter preparatório”.

O “caráter preparatório” a que se referiu o legislador infraconstitucional diz respeito à preparação da ação penal pública, uma vez que o inquérito civil e os procedimentos a ele correlatos estão dispostos nas alíneas “a”, “b” e “c” do inciso I do artigo 26. Dessa forma, vislumbra-se a possibilidade do Promotor de Justiça Estadual conduzir investigação criminal. Como esclarece Mauro Fonseca Andrade:

“No mesmo sentido parece caminhar a melhor interpretação a ser dada ao inc. V do art. 26 da lei em comento, que autoriza ao Ministério Público ‘praticar atos administrativos executórios, de caráter preparatório’. Em momento algum poderia tal inciso se referir ao inquérito civil ou procedimentos administrativos correlatos, pelo simples motivo de os poderes inerentes àquela investigação de natureza não-criminal já haverem sido regulados nas alíneas “a”, “b” e “c” do inc. I do art. 26 em comento. Portanto, o ‘caráter preparatório’ a que se referiu o legislador infraconstitucional diria respeito à preparação da ação penal pública, já que a preparação da ação civil pública sabidamente cabe ao inquérito civil”⁹⁷.

A investigação criminal realizada pelo Órgão Ministerial encontra, também, amparo no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) e no Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003).

No que concerne à Lei nº 8.069/90, a Seção V do Capítulo III do Título VI dedica-se à regulamentação dos procedimentos a serem adotados na apuração de ato infracional atribuído a adolescente. Os seus artigos 174 e 175, *caput*,⁹⁸ estabelecem a apresentação do adolescente ao Promotor de Justiça com atribuição para tanto, o qual deverá exercer suas funções de acordo com o artigo 201. Dentre elas destacam-se *a possibilidade de instaurar procedimentos administrativos e de instaurar*

⁹⁷ ANDRADE, Mauro Fonseca, op. cit., p. 196.

⁹⁸ Artigo 174 e 175, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente, *in verbis*: “Art. 174 -Comparecendo qualquer dos pais ou responsável, o adolescente será prontamente liberado pela autoridade policial, sob termo de compromisso e responsabilidade de sua apresentação ao representante do Ministério Público, no mesmo dia ou, sendo impossível, no primeiro dia útil imediato, exceto quando, pela gravidade do ato infracional e sua repercussão social, deva o adolescente permanecer sob internação para garantia de sua segurança pessoal ou manutenção da ordem pública; Art. 175- Em caso de não liberação, a autoridade policial encaminhará, desde logo, o adolescente ao representante do Ministério Público, juntamente com cópia do auto de apreensão ou boletim de ocorrência”.

*sindicâncias, requisitar diligências investigatórias e determinar a instauração de inquérito policial, para apuração de ilícitos ou infrações às normas de proteção à infância e à juventude*⁹⁹.

O Estatuto do Idoso, na mesma esteira, também prevê, em seu artigo 74, incisos V e VI¹⁰⁰, a possibilidade de *instaurar procedimento administrativo e de instaurar sindicâncias, requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, para a apuração de ilícitos ou infrações às normas de proteção ao idoso*.

Importante frisar que em momento algum deste trabalho defendeu-se a investigação criminal do Ministério Público de modo irrestrito e ilimitado, retirando-se a atribuição do Delegado de Polícia em conduzir o Inquérito Policial. Ao revés, deve-se privilegiar a atuação conjunta do *Parquet* e da Polícia Judiciária, consubstanciando verdadeiro meio aglutinador de forças para a resolução dos crimes que acometem a sociedade.

A corroborar o exposto acima, urge trazer à baila, mais uma vez, o pensamento de Ada Pellegrini Grinover, *in verbis*:

⁹⁹ Artigo 201, *caput* e incisos VI e VII, do Estatuto da Criança e do Adolescente, *in verbis*: “Compete ao Ministério Público: VI - instaurar procedimentos administrativos e, para instruí-los: a) expedir notificações para colher depoimentos ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela polícia civil ou militar; b) requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades municipais, estaduais e federais, da administração direta ou indireta, bem como promover inspeções e diligências investigatórias; c) requisitar informações e documentos a particulares e instituições privadas; VII - instaurar sindicâncias, requisitar diligências investigatórias e determinar a instauração de inquérito policial, para apuração de ilícitos ou infrações às normas de proteção à infância e à juventude”.

¹⁰⁰ Artigo 74, *caput* e incisos V e VI, do Estatuto do Idoso, *in verbis*: “Compete ao Ministério Público: V – instaurar procedimento administrativo e, para instruí-lo: a) expedir notificações, colher depoimentos ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado da pessoa notificada, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar; b) requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades municipais, estaduais e federais, da administração direta e indireta, bem como promover inspeções e diligências investigatórias; c) requisitar informações e documentos particulares de instituições privadas; VI – instaurar sindicâncias, requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, para a apuração de ilícitos ou infrações às normas de proteção ao idoso”.

*“(...) É necessário que Polícia e MP deixem de digladiar-se, querendo para si uma atribuição que, isoladamente, será sempre insatisfatória. É preciso que as duas instituições aprendam a trabalhar em conjunto, como tem ocorrido em alguns casos com excelentes resultados. É mister que Polícia e MP exerçam suas atividades de maneira integrada em estreita colaboração(...)”*¹⁰¹

Contudo, embora haja previsão genérica nos Estatutos do Ministério Público da União e dos Estados permitindo a perscrutação criminal pelos seus órgãos de execução, acreditamos ser de todo recomendável a regulamentação pormenorizada da atuação do *Parquet* na fase investigativa, especificando-se os crimes em que essa atividade será possível e o procedimento a ser utilizado. O critério a ser adotado pelo legislador deve considerar a complexidade e a magnitude dos delitos, incumbindo ao Ministério Público tão somente os crimes que sejam de difícil elucidação pela Polícia Judiciária e/ou afetem por demais a ordem pública.

Além de privilegiar a atuação conjunta entre Polícia e Ministério Público, a delimitação por lei dos crimes passíveis de perscrutação pelo Órgão Ministerial evitaria o excesso desmesurado de procedimentos investigatórios sob a incumbência do *Parquet*, fato este que certamente ocorreria se a este Órgão fosse dada atribuição exclusiva e ilimitada para a investigação criminal.

Destarte, a investigação efetuada pelo Ministério Público deve complementar a investigação policial, de modo a trazer elementos que permitam o Promotor de Justiça formar sua *opinio delicti*, possibilitando, assim, o oferecimento de eventual denúncia.

¹⁰¹ GRINOVER, Ada Pellegrini, Investigações Pelo Ministério Público. BOLETIM INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. São Paulo: IBCCRIM – Ano 12 – nº145, dezembro de 2004, p.5.

10. JURISPRUDÊNCIA

Diante da importância e da polêmica do tema, colaciona-se os mais recentes posicionamentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Nota-se, claramente, que os indigitados Tribunais vêm assentando seus entendimentos na possibilidade do *Parquet* investigar crimes, como a seguir será demonstrado. No entanto, frisa-se que a pesquisa jurisprudencial não será aqui esgotada, sendo possível também, numa análise mais detida, encontrarmos decisões em sentido oposto.

Em recente julgamento, realizado em 17 de março de 2009, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, ao analisar o *Habeas Corpus* nº 91661, reconheceu, por unanimidade, a previsão constitucional do poder investigatório do Ministério Público, argumentando-se ser perfeitamente possível ao *Parquet* promover a coleta de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e materialidade de determinado delito.

O Habeas Corpus, em que os acusados por denúncia caluniosa pleiteavam o trancamento da ação penal, fundamentava-se nos seguintes argumentos: a) falta de justa causa, na medida em que as condutas atribuídas aos pacientes teriam sido realizadas sob o cumprimento de ordem hierárquica superior, b) ilegalidade da denúncia fundada em depoimentos colhidos pelo Ministério Público e c) impossibilidade de oferecimento da denúncia pelo mesmo promotor de justiça que colhera os depoimentos.

Coadunando-se com o objeto específico desse trabalho, passa-se à análise dos argumentos utilizados pela Colenda Câmara para permitir a investigação criminal pelo Ministério Público. A decisão prolatada em sede do *habeas corpus* serviu como base para edição do informativo nº 538 do Supremo Tribunal Federal, cujo teor, relacionado ao tema, é doravante transcrito:

“Ministério Público e Poder Investigatório – 2

Relativamente à possibilidade de o Ministério Público promover procedimento administrativo de cunho investigatório, asseverou-se, não obstante a inexistência de um posicionamento do Pleno do STF a esse respeito, ser perfeitamente possível que o órgão ministerial promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito. Entendeu-se que tal conduta não significaria retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (artigos 129 e 144), de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos, mas também a formação da opinio delicti. Ressaltou-se que o art. 129, I, da CF atribui ao parquet a privatividade na promoção da ação penal pública, bem como, a 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. Aduziu-se que é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos poderes implícitos, segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Destarte, se a atividade-fim — promoção da ação penal pública — foi outorgada ao parquet em foro de privatividade, é inconcebível não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que peças de informação embasem a denúncia. Considerou-se, ainda, que, no presente caso, os delitos descritos na denúncia teriam sido praticados por policiais, o que, também, justificaria a colheita dos depoimentos das vítimas pelo Ministério Público. Observou-se, outrossim, que, pelo que consta dos autos, a denúncia também fora lastreada em documentos (termos circunstanciados) e em depoimentos prestados por ocasião das audiências preliminares realizadas no juizado especial criminal de origem. Por fim, concluiu-se não haver óbice legal para que o mesmo membro do parquet que tenha tomado conhecimento de fatos em tese delituosos — ainda que por meio de oitiva de testemunhas — ofereça denúncia em relação a eles. HC 91661/PE, rel. Min. Ellen Gracie, 10.3.2009. (HC-91661)”¹⁰².

Verifica-se que os argumentos utilizados pela Suprema Corte para sustentar a possibilidade do Ministério Público investigar crimes, já foram todos objetos de estudo em capítulo anterior. O entendimento da Segunda Turma do Pretório Excelso

¹⁰² INFORMATIVO STF. Site do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo538.htm>. Acesso em: 24 de março de 2009.

corroborar o posicionamento defendido neste trabalho e demonstra a tendência do Pleno do Supremo Tribunal Federal em acolher a possibilidade da investigação criminal pelo *Parquet* no controle concentrado de constitucionalidade, no futuro julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3806.

Imprescindível, também, a análise da judiciosa decisão proferida pela Segunda Turma do Colendo Supremo Tribunal Federal em sede de Recurso Extraordinário nº 535478, cujo teor motivou a edição do informativo nº 526 do STF.

O referido Recurso sustentava a invasão das atribuições da Polícia Judiciária pelo Ministério Público Federal, já que este teria presidido a investigação criminal. Alegava-se, ainda, a ilegalidade da quebra do sigilo de dados do recorrente.

Ocorre que a Turma negou provimento ao Recurso Extraordinário ora analisado, argumentando-se em primeiro lugar que o sigilo bancário fora quebrado em virtude da confrontação de dados da CPMF com a declaração de imposto de renda, para se apurar possível sonegação fiscal.

No que tange à alegação de impossibilidade do *Parquet* conduzir a investigação criminal, a Segunda Turma considerou irrelevante o debate, uma vez que havia sido instaurado o inquérito policial para apurar fatos relacionados às movimentações de somas pecuniárias em contas bancárias.

Impende destacar, ainda, que a Segunda Turma ao fundamentar sua decisão salientou que, mesmo se a questão envolvesse os poderes investigatórios, o resultado da demanda não seria outro, já que a denúncia poderia ser fundamentada em peças de informação obtidas pelo órgão do Ministério Público sem a necessidade do prévio inquérito policial.

Nessa toada, necessário se faz reproduzir integralmente os tópicos do informativo nº 526 do STF referentes à matéria em estudo, veja-se:

“Ministério Público e Investigação Criminal - 1

A Turma negou provimento a recurso extraordinário, em que se sustentava invasão das atribuições da polícia judiciária pelo Ministério Público Federal, porque este estaria presidindo investigação criminal, e ilegalidade da quebra do sigilo de dados do recorrente. Na espécie, o recorrente tivera seu sigilo bancário e fiscal quebrado para confrontação de dados da CPMF com a declaração de imposto de renda, com o intuito de se apurar possível sonegação fiscal. Quanto à questão relativa à possibilidade de o parquet promover procedimento administrativo de cunho investigatório e à eventual violação da norma contida no art. 144, § 1º, I e IV, da CF, considerou-se irrelevante o debate. Asseverou-se que houvera a devida instauração de inquérito policial para averiguar fatos relacionados às movimentações de significativas somas pecuniárias em contas bancárias, bem como que o Ministério Público requerera, a título de tutela cautelar inominada, ao juízo competente, a concessão de provimento jurisdicional que afastasse o sigilo dos dados bancários do recorrente.
RE 535478/SC, rel. Min. Ellen Gracie, 28.10.2008. (RE-535478).

Ministério Público e Investigação Criminal – 2

Considerou-se, ademais, que, mesmo que se tratasse da temática dos poderes investigatórios do Ministério Público, melhor sorte não assistiria ao recorrente, haja vista que a denúncia pode ser fundamentada em peças de informação obtidas pelo órgão do Ministério Público sem a necessidade do prévio inquérito policial, como já previa o CPP. Reputou-se não haver óbice a que o Ministério Público requirite esclarecimentos ou diligencie diretamente a obtenção da prova de modo a formar seu convencimento a respeito de determinado fato, aperfeiçoando a persecução penal, especialmente em casos graves como o presente que envolvem altas somas em dinheiro movimentadas em contas bancárias. Aduziu-se, tendo em conta ser princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos "poderes implícitos", segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios, que se a atividade fim - a promoção da ação penal pública - foi outorgada ao parquet em foro de privatividade, não haveria como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que peças de informação embasem a denúncia. Dessa forma, concluiu-se pela possibilidade de, em algumas hipóteses, ser reconhecida a legitimidade da promoção de atos de investigação por parte do Ministério Público, especialmente quando se verifique algum motivo que se revele autorizador dessa investigação. No mais, afastou-se a apontada violação ao princípio da irretroatividade das leis, devido à invocação do disposto na Lei 10.174/2001 para utilização de dados da CPMF, haja vista que esse diploma legal passou a autorizar a utilização de certas informações

*bancárias do contribuinte para efeitos fiscais, mas, mesmo no período anterior a sua vigência, já era possível a obtenção desses dados quando houvesse indícios de prática de qualquer crime. Não se trataria, portanto, de eficácia retroativa dessa lei, e sim de apuração de ilícito penal mediante obtenção das informações bancárias. No que tange aos demais argumentos apresentados, não se conheceu do recurso, já que as matérias teriam natureza infraconstitucional. RE 535478/SC, rel. Min. Ellen Gracie, 28.10.2008. (RE-535478)”.*¹⁰³

Constata-se que o posicionamento do Pretório Excelso, a favor da investigação criminal conduzida pelo *Parquet* no julgamento do Recurso Extraordinário nº 535478 proveniente do Estado de Santa Catarina, pautou-se, também, em argumentos já analisados no presente trabalho. Em primeiro lugar, realçou-se a dispensabilidade do Inquérito Policial para a formação da *opinio delicti* do Promotor de Justiça, de modo que a denúncia poderia ser oferecida com base em outros elementos de convicção obtidos pelo Ministério Público, não estando vinculada, portanto, às investigações realizadas pela Polícia Judiciária. Dessa forma, o órgão de execução do Ministério Público pode basear-se em provas angariadas por meio de diligências por ele conduzidas ou pedidos de esclarecimentos para formar seu convencimento sobre determinado fato.

Sustentou-se, também, a teoria dos “poderes implícitos”, no sentido de que a Constituição Federal ao conferir ao Ministério Público a titularidade privativa da ação penal pública, indiretamente possibilitou que o *Parquet* utilizasse de todos os meios lícitos para cumprir a sua função, não havendo como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que peças de informação embasem a denúncia.

Diante desses argumentos o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário supramencionado, concluiu pela “*possibilidade de, em algumas hipóteses, ser reconhecida a legitimidade da promoção de atos de*

¹⁰³ INFORMATIVO STF. Site do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo526.htm>>. Acesso em: 26 de fevereiro de 2009.

investigação por parte do Ministério Público, especialmente quando se verifique algum motivo que se revele autorizador dessa investigação”.

Seguindo a mesma linha de entendimento, o Superior Tribunal de Justiça possui posicionamento firme quanto à possibilidade de investigação criminal pelo Ministério Público. Transcrevemos o teor da seguinte ementa, proferida em sede de agravo regimental em recurso de mandado de segurança:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. REITERAÇÃO DE ARGUMENTOS JÁ EXPOSTOS E REJEITADOS. SUBSISTÊNCIA DA DECISÃO IMPUGNADA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Como cediço, a mera reiteração de argumentos, já expostos e rejeitados, não enseja o provimento do agravo regimental, subsistindo a decisão agravada, fundamentada na legitimidade do Ministério Público para conduzir investigação criminal, conforme jurisprudência iterativa deste Tribunal. 2. Agravo regimental improvido. (AgRg no RMS 17379 / PR. Min. Arnaldo Esteves Lima (1128). T5 - Quinta Turma. DJe 25/08/2008).¹⁰⁴

Nota-se que a posição predominante no Superior Tribunal de Justiça refere-se à possibilidade de investigação criminal pelo *Parquet*, sendo que a jurisprudência iterativa do indigitado Tribunal¹⁰⁵ sustenta a legitimidade do Ministério Público para conduzir diligências investigatórias decorrente de expressa previsão Constitucional, oportunamente regulamentada pela Lei Complementar n.º 75/93. Salienta-se, ainda, que é consectário lógico da própria função do órgão ministerial, titular exclusivo da ação penal pública, proceder à coleta de elementos de convicção, a fim de elucidar a materialidade do crime e os indícios de autoria.

¹⁰⁴ <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=poderes+investigat%F3rios+do+Minist%E9rio+P%Fablico&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>

¹⁰⁵ Nesse sentido, cita-se, a título de exemplo, alguns acórdãos do Superior Tribunal de Justiça: HC 94810/MG (relatora: Ministra LAURITA VAZ); EDcl no RHC 18768 /PE (relatora: Ministra JANE SILVA); RHC 21483 / MG (relatora: Ministra JANE SILVA); HC 84266/RJ (relatora: Ministra JANE SILVA); HC 54719/RJ (relator: Ministro HAMILTON CARVALHIDO); REsp 801364/MG (relator: Ministro GILSON DIPP); HC 48479/RJ (relator: Ministra LAURITA VAZ); RMS 17884/SC (relator: Ministro GILSON DIPP); HC 29614 / MG (relator: Ministro PAULO MEDINA); HC 26543/PR (relator: Ministro HAMILTON CARVALHIDO).

CONCLUSÕES

1. Não há registro histórico do exato momento em que surgiu a perscrutação criminal. No entanto, vislumbra-se que, na Antiguidade Clássica, os egípcios, os gregos e os romanos já possuíam atividade investigativa para desvendar a prática de crimes.

2. Durante a Idade Média, com o predomínio do Direito Canônico, em que as transgressões aos dogmas eclesiásticos eram punidas como se crimes fossem, a investigação criminal foi marcada por excessos do Estado, que se utilizava de meios cruéis e da tortura para embasar a imputação de delitos.

3. No século XVIII, com o Iluminismo, surgiram idéias inovadoras no que se refere à pena e à investigação criminal, buscando-se a racionalização dos meios utilizados, com o emprego dos princípios da legalidade e da proporcionalidade, condenando-se a tortura e as penas cruéis. Esses ideais serviram como norte para a elaboração da Declaração dos Direitos do Homem, na França, em 1789. No entanto, o processo para se adotar as alterações veiculadas na *Era da Luz* foi demasiadamente lento, sendo implementadas paulatinamente ao longo do tempo.

4. No Brasil, no período pré-colonial (1500-1530) vigia a vingança privada, não havendo uma atividade investigativa organizada. Com a colonização portuguesa, adotou-se o método da Metrópole de perscrutação criminal regulamentado pelas normas contidas nas Ordenações do Reino, que permitiam meios cruéis e a tortura para se obter provas de um crime.

5. Após a Independência do Brasil (1822), houve a edição do Código Criminal do Império (1830). Nota-se que o indigitado Diploma legal utilizou-se, no que tange à regulamentação da classe burguesa, de normas que buscavam a racionalização da pena e da investigação criminal. No entanto, no que concerne às

disposições que se referiam à classe escravocrata, com o intuito de controlá-la, foram mantidos resquícios de crueldade, como a pena de morte e as disposições penais trazidas pela alteração do Código Criminal em 1835.

6. A promulgação do Código de Processo Criminal de 1832, primeiro diploma processual penal brasileiro, baseado em preceitos humanitários e liberais preconizados pelo movimento iluminista europeu, culminou em profundas alterações nos procedimentos criminais existentes, como, por exemplo, a exclusão das devassas gerais, devassas especiais, querelas, denúncias e dos “juízes de fora”. O Código de Processo Penal de 1941, por sua vez, não trouxe grandes mudanças no que tange à investigação criminal.

7. Com o advento da Constituição Federal de 1988, instaurou-se uma nova ordem jurídica formada precipuamente por ideais democráticos. Institui-se um sistema de amplas garantias individuais e princípios constitucionais, aplicados, também, em sua maioria, à perscrutação penal.

8. A origem do Ministério Público é bastante controvertida, devendo ser entendida como uma construção paulatina ao longo da História, encontrando seus embriões na Antiguidade Clássica, mais precisamente no Egito e na Grécia. No entanto, é certo que foi na França, após a Revolução de 1789, que a Instituição se destacou, ganhando estrutura e, seus membros, garantias.

9. No Brasil, a origem do Ministério Público, inicialmente, está ligada ao Direito lusitano, mais precisamente às Ordenações do Reino. Após a independência do Brasil, constata-se a inserção do *Parquet* na Constituição de 1824 e no Código de Processo Penal do Império, em que havia uma seção reservada aos Promotores. Como Instituição o Ministério Público passou ter seus contornos com o Decreto nº 848 de 1890. Recebeu previsão mais detalhada nas Constituições Federais de 1934 e de 1946.

10. No entanto, afere-se que o Ministério Público brasileiro só passou a ter um perfil nacional mais uniforme a partir da edição da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei Complementar nº 40) em 1981 e com a Constituição Federal de 1988, que definitivamente esculpiu os atuais contornos da Instituição.

11. A origem da Polícia, assim como a do *Parquet*, deu-se paulatinamente, encontrando seus embriões na Antiguidade Clássica. No Brasil, as primeiras normas concernentes à atividade policial advieram do governo Mem de Sá (1558 a 1572). No entanto, a Polícia Judiciária só surgiu no país em 1841, com a edição da Lei nº 26, que criou os cargos de Delegado e Subdelegado de Polícia. A Constituição Federal de 1988 reservou um capítulo específico para tratar da Segurança Pública e, por conseguinte, da Polícia Judiciária.

12. No Direito estrangeiro, mais precisamente na Europa e na América, nota-se a preponderância da possibilidade do Ministério Público conduzir investigação criminal. Entretanto, existem diferenças na atribuição do *Parquet* em cada um dos países, de modo que em alguns deles a investigação cabe à Polícia e ao Ministério Público, em outros à Polícia compete apenas realizar as diligências estipuladas pelo *Parquet*.

13. Em alguns países vislumbra-se, ainda, o vetusto sistema inquisitivo consubstanciado em um juízo de Instrução, em que o Magistrado investiga e também julga. Esse modelo tende a desaparecer dos ordenamentos jurídicos, na medida em que compromete a imparcialidade do Magistrado, estando em desacordo com a atual sistemática mundial calcada no modelo acusatório.

14. No Brasil, destaca-se a existência do inquérito policial, presidido pelo Delegado de Polícia, como instrumento de investigação criminal. No entanto, não se trata do único meio previsto em lei para se concretizar a perscrutação, conforme a redação do próprio Código de Processo Penal, em seu artigo 4º parágrafo único. Nessa senda, pode-se citar, no ordenamento jurídico brasileiro, a previsão de

outros meios de investigação como o inquérito civil e as Comissões Parlamentares de Inquérito.

15. A Constituição Federal de 1988 elencou como órgãos constitucionais de segurança pública a Polícia Federal, a Polícia Rodoviária Federal, as Polícias Civis, as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares. Atribuiu, ainda, a função de investigar aos órgãos da Polícia Federal e da Polícia Civil, os quais devem instaurar o inquérito policial para colher provas da materialidade delitiva e dos indícios da autoria, que servirão de base para uma eventual ação penal.

16. Ao Ministério Público a Carta Magna de 1988 concedeu uma organização diferenciada e inovadora em relação às disposições até então existentes nas Constituições brasileiras, sendo inserido dentro do capítulo “Das Funções essenciais à Justiça”, representando a consolidação da Instituição no ordenamento jurídico pátrio.

17. A própria Constituição da República, mais precisamente em seus artigos 127 e 129, elenca os princípios e as funções institucionais do *Parquet*. Salienta-se, ainda, que a Carta de 1988 estabeleceu uma série de princípios que representam garantias dos cidadãos, os quais devem ser observados durante toda a fase processual, bem como na maior parte da fase investigatória.

18. Em razão das atribuições e da organização constitucional dadas à Polícia Judiciária e ao Ministério Público, surgiu divergência doutrinária e jurisprudencial, no direito brasileiro, no que diz respeito à possibilidade do *Parquet* conduzir investigações criminais.

19. As argumentações normalmente encontradas como justificativas para a não atuação do Ministério Público na perscrutação penal baseiam-se em interpretações estritamente literais da lei e que relegam os princípios e as

funções institucionais conferidas ao Ministério Público pela Constituição Federal de 1988.

20. Ainda que não haja disposição expressa na Constituição Federal autorizando o Ministério Público a conduzir investigações criminais, a viabilidade dessa perscrutação encontra-se em consonância com a interpretação dos dispositivos constitucionais. Verifica-se que a Carta Magna de 1988 confere, entre outras atribuições, a titularidade exclusiva da ação penal pública ao *Parquet*, a sua atuação como fiscal da lei, estipulando, ainda, o exercício de outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com suas finalidades. Nesse diapasão, invocando-se, ainda, a Teoria dos Poderes Implícitos, a possibilidade da indigitada investigação torna-se clarividente, na medida em que é fundamental para formação da *opinio delicti* do Promotor de Justiça e, conseqüentemente, para o eventual oferecimento da denúncia.

21. Em âmbito infraconstitucional, o próprio Código de Processo Penal autoriza que, além do Delegado de Polícia, outras autoridades administrativas investiguem crimes, desde que haja previsão em lei. Ademais, o ora citado diploma legal prevê a hipótese de dispensabilidade do inquérito policial nos casos em que o órgão de execução do Ministério Público já detiver elementos suficientes de convicção para a propositura da ação penal. Nessa perspectiva, evidencia-se que os dispositivos do referido Código permitem que o Ministério Público investigue, desde que, a nosso ver, essa atuação esteja regulamentada em lei, especificando-se em quais crimes o *Parquet* pode e deve atuar.

22. Com o surgimento da nova espécie de crimes, a macrocriminalidade, a investigação conduzida pelo *Parquet* poderia representar um grande auxílio à Polícia Judiciária na colheita de indícios de autoria e prova da materialidade delitiva.

23. Existe, ainda, na legislação infraconstitucional, a previsão, de forma genérica, da investigação criminal realizada pelo *Parquet* no Estatuto do Ministério Público da União e na Lei Orgânica dos Ministérios Públicos Estaduais. Há também dispositivos legais sobre a matéria nos Estatutos da Criança e do Adolescente e do Idoso.

24. A perscrutação penal Ministerial é evidentemente plausível e deverá, portanto, ser pautada em preceitos legais, delimitando-se quais os crimes que serão passíveis da indigitada investigação privilegiando-se a atuação conjunta da Polícia Judiciária e do *Parquet*, servindo aquela como complementação desta, tudo em respeito aos princípios da celeridade e efetividade da Administração Pública. O Promotor de Justiça em nenhum momento usurpará a função do Delegado de Polícia, cabendo a este exclusivamente a instauração do inquérito policial e àquele a investigação por outros meios.

25. Embora a questão ainda não tenha sido objeto de decisão pelo Pleno do Pretório Excelso, aguarda-se o posicionamento da Corte Suprema no controle concentrado de constitucionalidade para que a perscrutação penal conduzida pelo *Parquet* seja definitivamente aceita no ordenamento jurídico brasileiro. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, em seus mais recentes acórdãos, posicionam-se pela possibilidade do Ministério Público, por meio de seu órgão de execução, realizar investigações criminais sem que isso represente qualquer violação constitucional.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA JUNIOR, João Mendes. **Direito Judiciário Brasileiro**. 5ª edição, Rio de Janeiro: livraria Freitas Bastos, 1960.

AMBOS, Kai; COLOMER, Juan –Luis Gomez; VOGLER, Richard. **La Policía en Los Estados de Derecho Latinoamericanos: un proyecto internacional de investigación**. Colômbia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, 2003.

AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan. **A Reforma do Processo Penal no Brasil e na América Latina**. São Paulo: Método, 2001.

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

ARAÚJO, Luiz A. David; NUNES JÚNIOR, Vidal S. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001.

BOLETIM INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. São Paulo: IBCCRIM – Ano 12 – nº 135 a 145, 2004.

BONESANA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução de Torrieri Guimarães, São Paulo: Martin Claret, 2003.

CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. **O Ministério Público e suas Investigações Independentes**. São Paulo: Malheiros, 2007.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias Constitucionais na Investigação Criminal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de Direito Comercial**. 13ª edição, São Paulo: Saraiva, 2002.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 3ª edição, São Paulo: RT, 2002.

FERNANDES, Newton, FERNANDES, Valter. **Criminologia Integrada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini Grinover. **Investigações Pelo Ministério Público**. BOLETIM INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. São Paulo: IBCCRIM – Ano 12 – nº145, dezembro de 2004.

HAMILTON, Sergio Demoro. **Temas de Processo Penal**. 2ª edição, Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2004.

JORGE, Higor Vinicius Nogueira. **As Raízes da Investigação Criminal**, disponível em <<http://www.higorjorge.com.br>>, acesso em 12 de março de 2009.

LIMA, Marcellus Polastri. **Ministério Público e Persecução Criminal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997.

LOPES JR., Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2ª edição, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

PALAZZO, Francesco C. **Valores Constitucionais e Direito Penal**. Tradução Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil**. Bauru: Jalovi, 1980.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. **Procedimento Administrativo Criminal, realizado pelo Ministério Público**. Boletim Do Instituto Manoel Pedro Pimentel, n. 22, 2003, São Paulo.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal, vol. 1**. 2ª edição, Campinas: Millennium, 2000.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Ministério Público**. 3ª edição, São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.

_____. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 20ª edição, revisada, ampliada e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28ª edição, São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 23ª edição, São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Curso de Investigação Criminal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 16ª edição, São Paulo: Atlas, 2004.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte Geral. Parte Especial**. São Paulo: RT, 2005.

_____. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 3ª edição, São Paulo: RT, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 10ª edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

PORTO, Hermínio Alberto Marques. **Júri: procedimentos e aspectos do julgamento – questionários**. 11ª edição ampliada e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2005.

ROCHA, Luiz Carlos. **Investigação Policial: teoria e prática**. São Paulo: Saraiva, 2001.

SANTIN, Valter Foletto, **O Ministério Público na Investigação Criminal**, 2ª edição, revisada e ampliada, Bauru: Edipro, 2007.

SECRETARIA DE PESQUISA E INFORMAÇÕES JURÍDICAS. **Propostas para um Novo Modelo de Persecução Criminal; combate à impunidade**. Brasília: Centro de Estudos Jurídicos, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20ª edição, São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Juarez C.. **A Macrocriminalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

_____. **Processo Penal e Garantias Constitucionais**, São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SIMON, John Anthony. **Considerações sobre o Ministério Público norte-americano in Revista dos Tribunais**, nº 640. São Paulo: RT, fevereiro de 1989.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal, vol. I**. 23ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. **Código de Processo Penal Comentado**. 8ª edição, São Paulo: Saraiva, 2004.

TORNAGHI, Hélio. **Instituições de Direito Processual Penal, vol. III**. Rio de Janeiro: Saraiva, 1977.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Ministério Público e Investigação Criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

**ANEXO I- Inteiro Teor do acórdão do Supremo Tribunal Federal
referente ao Habeas Corpus nº 91661**

Supremo Tribunal Federal
Coordenadoria de Análise de Jurisprudência
DJe nº 64 Divulgação 02/04/2009 Publicação 03/04/2009
Ementário nº 2355 - 2

279

10/03/2009

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 91.661-9 PERNAMBUCO

RELATORA	: MIN. ELLEN GRACIE
PACIENTE(S)	: ANDREDICK FONTES MOURA
PACIENTE(S)	: NAPOLEÃO GOMES FRANÇA
PACIENTE(S)	: CÉZAR AUGUSTO MARQUES DA CUNHA
IMPETRANTE(S)	: JOSÉ AUGUSTO BRANCO E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES)	: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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

1. A presente impetração visa o trancamento de ação penal movida em face dos pacientes, sob a alegação de falta de justa causa e de ilicitude da denúncia por estar amparada em depoimentos colhidos pelo ministério público.
2. A denúncia foi lastreada em documentos (termos circunstanciados) e depoimentos de diversas testemunhas, que garantiram suporte probatório mínimo para a deflagração da ação penal em face dos pacientes.
3. A alegação de que os pacientes apenas cumpriram ordem de superior hierárquico ultrapassa os estreitos limites do *habeas corpus*, eis que envolve, necessariamente, reexame do conjunto fático-probatório.
4. Esta Corte tem orientação pacífica no sentido da incompatibilidade do *habeas corpus* quando houver necessidade de apurado reexame de fatos e provas (HC nº 89.877/ES, rel. Min. Eros Grau, DJ 15.12.2006), não podendo o remédio constitucional do *habeas corpus* servir como espécie de recurso que devolva completamente toda a matéria decidida pelas instâncias ordinárias ao Supremo Tribunal Federal.
5. É perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito. Tal conclusão não significa retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas



HC 91.661 / PE

harmonizar as normas constitucionais (arts. 129 e 144) de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos supostamente delituosos, mas também a formação da *opinio delicti*.

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

7. Ora, é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos “poderes implícitos”, segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Se a atividade fim – promoção da ação penal pública – foi outorgada ao *parquet* em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que “peças de informação” embasem a denúncia.

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

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

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto da relatora.

Brasília, 10 de março de 2009.


Ellen Gracie

- Presidente e Relatora

10/03/2009

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 91.661-9 PERNAMBUCO

RELATORA	: MIN. ELLEN GRACIE
PACIENTE(S)	: ANDREDICK FONTES MOURA
PACIENTE(S)	: NAPOLEÃO GOMES FRANÇA
PACIENTE(S)	: CÉZAR AUGUSTO MARQUES DA CUNHA
IMPETRANTE(S)	: JOSÉ AUGUSTO BRANCO E OUTRO(A/S)
COATOR(A/S)(ES)	: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RELATÓRIO

A Senhora Ministra Ellen Gracie: 1. Trata-se de *habeas corpus* impetrado inicialmente contra a demora do Superior Tribunal de Justiça em julgar o RHC 18.768/PE e, posteriormente, contra decisão colegiada da referida Corte, assim ementada:

“EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS – CONHECIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL – PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – POSSIBILIDADE – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – IMPOSSIBILIDADE – DENÚNCIA QUE DESCREVE CRIME EM TESE E CONTÉM OS ELEMENTOS INDISPENSÁVEIS À AMPLA DEFESA – PROVA DA EXISTÊNCIA DO CRIME E INDÍCIOS DA AUTORIA – RECURSO CONHECIDO COMO AGRAVO REGIMENTAL, SENDO-LHE NEGADO PROVIMENTO, RESSALVANDO-SE POSICIONAMENTO CONTRÁRIO DA RELATORA.

1- Na esteira dos precedentes desta Corte, o Ministério Público, como titular da ação penal pública, pode realizar investigações preliminares ao oferecimento da denúncia.

2- Sendo peça meramente informativa, o inquérito policial não é pressuposto indispensável à formação da opinio delicti do parquet.

3- O trancamento de uma ação penal exige que a ausência de comprovação da existência do crime, dos indícios de autoria, de justa causa, bem como a atipicidade da conduta ou a existência de uma causa extintiva da punibilidade esteja evidente, independente de

HC 91.661 / PE

aprofundamento na prova dos autos, situação incompatível com a estreita via do habeas corpus.

4- Recurso conhecido como agravo regimental, sendo-lhe negado provimento, ressalvando-se posicionamento contrário da Relatora, quanto ao poder investigatório do Ministério Público."

Alegam, em síntese, os impetrantes (fls. 212/224): a) falta de justa causa para a ação penal, eis que as condutas atribuídas aos pacientes teriam sido realizadas sob o cumprimento de ordem hierárquica superior, manifestamente legal; b) ilegalidade da denúncia fundada em depoimentos colhidos pelo ministério público; c) que o Promotor de Justiça que colheu os depoimentos foi o mesmo que ofereceu a denúncia; e d) ausência de suporte fático e jurídico para configuração do delito do art. 339 do Código Penal.

Requerem a concessão da ordem para trancar a ação penal proposta em face dos pacientes.

2. Indeferimento do pedido de liminar (fls. 67/79).
3. Informações prestadas pelo Juízo de primeiro grau (fls. 91/93).
4. Informações prestadas pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco (fls. 166/200).
5. Informações prestadas pelo Superior Tribunal de Justiça (fls. 352/490).
6. Parecer da Procuradoria-Geral da República no sentido da denegação da ordem (fls. 492/501).

É o relatório.



HC 91.661 / PE

VOTO

A Senhora Ministra Ellen Gracie - (Relatora): 1. A presente impetração visa o trancamento de ação penal movida em face dos pacientes, sob a alegação de falta de justa causa e de ilicitude da denúncia por estar amparada em depoimentos colhidos pelo ministério público.

2. A alegação de falta de justa causa não merece acolhida. Transcrevo, por oportuno, trecho do voto da Ministra Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG) no julgamento dos embargos de declaração no RHC 18.768 (fl. 484):

“Quanto ao pedido de trancamento da ação penal, em virtude da ausência de justa causa.

Só se tranca uma ação penal quando a atipicidade é vista de plano, sem necessidade de maior aprofundamento probatório, se já ocorreu a extinção da punibilidade, se há defeito que a fulmine, de imediato e se inexistem prova da existência do crime e indícios da autoria, situações não encontradas na hipótese.

Narra a denúncia que “Andredick Fontes Moura, César Augusto Marques da Cunha e Napoleão Gomes de Franca deram causa à investigação criminal policial e processo judicial contra Adriano Felix da Silva, imputando-lhe contravenção de que o sabiam inocente (artigo 339, § 2º, do Código Penal)”.

Logo, à luz dos documentos destes autos, não se vê a alegada atipicidade, descrevendo a peça acusatória delito em tese, sem a presença de qualquer causa extintiva da punibilidade ou ausência de prova da existência do crime, além de se mostrarem presentes indiscutíveis indícios da autoria, sendo evidente a ampla possibilidade de defesa.”

No caso em tela, de acordo com a inicial acusatória, os pacientes deram causa à investigação policial e processo judicial, ao prestarem depoimentos na delegacia de polícia imputando ao cabo

HC 91.661 / PE

do exército Adriano Felix da Silva, a prática de contravenção (art. 42, da LCP) de que o sabiam inocente.

Tais condutas, em tese, configuram o delito previsto no art. 339, § 2º do Código Penal.

A denúncia foi lastreada em documentos (termos circunstanciados) e depoimentos de diversas testemunhas, que garantiram suporte probatório mínimo para a deflagração da ação penal em face dos pacientes.

3. A alegação de que os pacientes apenas cumpriram ordem de superior hierárquico ultrapassa os estreitos limites do *habeas corpus*, eis que envolve, necessariamente, reexame do conjunto fático-probatório.

Esta Corte tem orientação pacífica no sentido da incompatibilidade do *habeas corpus* quando houver necessidade de apurado reexame de fatos e provas (HC nº 89.877/ES, rel. Min. Eros Grau, DJ 15.12.2006), não podendo o remédio constitucional do *habeas corpus* servir como espécie de recurso que devolva completamente toda a matéria decidida pelas instâncias ordinárias ao Supremo Tribunal Federal.

A jurisprudência é firme no sentido da denegação do *writ* quando houver necessidade do exame aprofundado dos elementos probantes (entre outros: HC 64.999-SP, rel. Min. Moreira Alves, DJ 11.09.1987; HC 67.342-RJ, rel. Min. Sidney Sanches, DJ 11.09.1987; HC 67.955-RJ, rel. Min. Celso de Mello, DJ 15.05.1990; HC 70.980-SP, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 08.02.1994; HC 72.858-RS, rel. Min. Marco Aurélio, DJ 26.09.1995).

4. Argumentam, ainda, os impetrantes que a denúncia foi oferecida com base em provas ilícitas, vale dizer, os depoimentos de testemunhas colhidos pelo ministério público estadual.

A questão diz respeito à possibilidade de o Ministério Público promover procedimento administrativo de cunho investigatório.

HC 91.661 / PE

A denúncia pode ser fundamentada em peças de informação obtidas pelo órgão do MPF sem a necessidade do prévio inquérito policial, como já previa o Código de Processo Penal. Não há óbice a que o Ministério Público requirite esclarecimentos ou diligencie diretamente a obtenção da prova de modo a formar seu convencimento a respeito de determinado fato, aperfeiçoando a persecução penal.

É perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito. Tal conclusão não significa retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (arts. 129 e 144) de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos supostamente delituosos, mas também a formação da *opinio delicti*.

Apesar de não haver, até a presente data, um pronunciamento definitivo do Pleno do STF quanto ao tema, o Superior Tribunal de Justiça já manifestou entendimento no sentido de ser permitido ao Ministério Público investigar em seara criminal, razão pela qual permito-me colacionar apenas o recente julgado a seguir:

"HABEAS CORPUS. PREFEITO MUNICIPAL. INVESTIGAÇÕES REALIZADAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE DO PARQUET PARA PROCEDER INVESTIGAÇÕES. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. CRIME DE AUTORIA COLETIVA. TIPICIDADE DA CONDUTA. ORDEM DENEGADA.

1. Em que pese o Ministério Público não poder presidir inquérito policial, a Constituição Federal atribui ao parquet poderes investigatórios, em seu artigo 129, incisos VI, VIII e IX, e artigo 8º, incisos II e IV, e § 2º, da Lei Complementar n.º 75/1993. Se a Lei maior lhe atribui outras funções compatíveis com sua atribuição, conclui-se existir nítida ligação entre poderes investigatórios e persecutórios. Esse poder de modo

HC 91.661 / PE

algun exclui a Polícia Judiciária, antes a complementa na colheita de elementos para a propositura da ação, pois até mesmo um particular pode coligar elementos de provas e apresentá-los ao Ministério Público. Por outra volta, se o parquet é o titular da ação penal, podendo requisitar a instauração de inquérito policial, por qual razão não poderia fazer o menos que seria investigar fatos?

2. [...]

3. [...]

4. *Ordem denegada, ficando prejudicada a liminar anteriormente deferida.*

(Origem: STJ - HC 38495 / SC - HABEAS CORPUS 2004/0135804-0 - SEXTA TURMA - Relator: HÉLIO QUAGLIA BARBOSA - DJ 27.03.2006)

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.

Assim, reconheço a possibilidade de, em algumas hipóteses, ser reconhecida a legitimidade da promoção de atos de investigação por parte do Ministério Público.

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

HC 91.661 / PE

6. Ademais, pelo que consta dos autos, a denúncia também foi lastreada em documentos (termos circunstanciados) e em depoimentos prestados por ocasião das audiências preliminares realizadas no 1º Juizado Especial Criminal de Recife.

7. Por fim, não há óbice legal para que o mesmo membro do Ministério Público que tenha tomado conhecimento de fatos em tese delituosos – ainda que por meio de oitiva de testemunhas – ofereça a denúncia em relação a estes fatos.

8. Ante o exposto, **denego a ordem de habeas corpus.**



*Supremo Tribunal Federal***288****10/03/2009****SEGUNDA TURMA****HABEAS CORPUS 91.661-9 PERNAMBUCO****V O T O**

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Ao acompanhar o douto voto de Vossa Excelência, **registro** que, **também eu**, Senhora Presidente, **reconheço** a plena legitimidade constitucional do poder investigatório do Ministério Público.

É o meu voto.



Supremo Tribunal Federal **289****SEGUNDA TURMA****EXTRATO DE ATA****HABEAS CORPUS 91.661-9**

PROCED. : PERNAMBUCO

RELATORA : MIN. ELLEN GRACIE

PACTE.(S) : ANDREDICK FONTES MOURA

PACTE.(S) : NAPOLEÃO GOMES FRANÇA

PACTE.(S) : CÉZAR AUGUSTO MARQUES DA CUNHA

IMPTE.(S) : JOSÉ AUGUSTO BRANCO E OUTRO (A/S)

COATOR(A/S)(ES) : SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decisão: A Turma, à unanimidade, denegou a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto da Relatora. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Eros Grau. **2ª Turma**, 10.03.2009.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso e Joaquim Barbosa. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Eros Grau.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco Adalberto Nóbrega.

Carlos Alberto Cantanhede
Coordenador

ANEXO II- Inteiro teor do acórdão do Supremo Tribunal Federal referente ao Recurso Extraordinário nº 535478

Supremo Tribunal Federal
 Coordenadoria de Análise de Jurisprudência
 DJe nº 222 Divulgação 20/11/2008 Publicação 21/11/2008
 Ementário nº 2342 - 11

2204

28/10/2008

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 535.478-4 SANTA CATARINA

RELATORA : MIN. ELLEN GRACIE
 RECORRENTE(S) : DANILO POHL
 ADVOGADO(A/S) : RENATA SCABELLO MARTINELLI
 MARSON E OUTRO(A/S)
 RECORRIDO(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

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

1. As questões de suposta violação ao devido processo legal, ao princípio da legalidade, ao direito de intimidade e privacidade e ao princípio da presunção de inocência, têm natureza infraconstitucional e, em razão disso, revelam-se insuscetíveis de conhecimento em sede de recurso extraordinário.

2. As arguições de violação aos princípios e garantias do devido processo legal, legalidade, presunção de inocência e intimidade, evidentemente, tocam em temas de natureza infraconstitucional, não havendo que se cogitar de afronta direta às normas constitucionais apontadas.

3. Da mesma forma, não merece ser conhecido o apelo extremo na parte em que se alega violação aos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal.

4. Remanesce a questão afeta à possibilidade de o Ministério Público promover procedimento administrativo de cunho investigatório e o possível malferimento da norma contida no art. 144, § 1º, I e IV, da Constituição Federal.

5. No caso concreto, tal debate se mostra irrelevante, eis que houve instauração de inquérito policial para apurar fatos relacionados às movimentações de significativas somas pecuniárias em contas bancárias, sendo que o Ministério Público requereu, a título de tutela cautelar inominada, a concessão de provimento jurisdicional que afastasse o sigilo dos dados bancários e fiscais do recorrente. Tal requerimento foi feito junto ao juízo competente e,



*Supremo Tribunal Federal***2205****RE 535.478 / SC**

portanto, não se tratou de medida adotada pelo Ministério Público sem qualquer provimento jurisdicional.

6. Contudo, ainda que se tratasse da temática dos poderes investigatórios do Ministério Público, melhor sorte não assistiria ao recorrente. A denúncia pode ser fundamentada em peças de informação obtidas pelo órgão do MPF sem a necessidade do prévio inquérito policial, como já previa o Código de Processo Penal. Não há óbice a que o Ministério Público requirite esclarecimentos ou diligencie diretamente a obtenção da prova de modo a formar seu convencimento a respeito de determinado fato, aperfeiçoando a persecução penal, mormente em casos graves como o presente que envolvem altas somas em dinheiro movimentadas em contas bancárias.

7. A hipótese não envolve a eficácia retroativa da Lei nº 10.174/01 – eis que esta se restringiu à autorização da utilização de dados para fins fiscais -, e sim a apuração de ilícito penal mediante obtenção das informações bancárias.

8. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conhecer, em parte, do recurso extraordinário e, na parte conhecida, negar provimento, nos termos do voto da relatora.

Brasília, 28 de outubro de 2008.


Ellen Gracie

- Presidente e Relatora

*Supremo Tribunal Federal***2206**

28/10/2008

SEGUNDA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 535.478-4 SANTA CATARINA

RELATORA : MIN. ELLEN GRACIE
 RECORRENTE(S) : DANILO POHL
 ADVOGADO(A/S) : RENATA SCABELLO MARTINELLI
 MARSON E OUTRO(A/S)
 RECORRIDO(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RELATÓRIO

A Senhora Ministra Ellen Gracie: 1. Trata-se de recurso extraordinário interposto contra julgado do Superior Tribunal de Justiça que, ao apreciar o recurso ordinário constitucional em mandado de segurança, negou-lhe provimento. O acórdão ficou assim ementado (fl. 303):

"CRIMINAL. RMS. PENAL E PROCESSUAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ATOS INVESTIGATÓRIOS PRATICADOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. POSSIBILIDADE. LEI Nº 10.174/01. RETROATIVIDADE. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO E FISCAL. PROTEÇÃO NÃO ABSOLUTA. DECISÃO ADEQUADAMENTE FUNDAMENTADA NA NECESSIDADE DA MEDIDA PARA A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. PREVALÊNCIA DO INTERESSE PÚBLICO. RECURSO DESPROVIDO.

I. O entendimento consolidado desta Corte é no sentido de que são válidos, em princípio, os atos investigatórios realizados pelo Ministério Público.

II. A interpretação sistêmica da Constituição e a aplicação dos poderes implícitos do Ministério Público conduzem à preservação dos poderes investigatórios deste Órgão, independentemente da investigação policial.

III. O Supremo Tribunal Federal decidiu que a vedação dirigida ao Ministério Público é quanto a presidir e realizar inquérito policial.

RE 535.478 / SC

IV. Esta Corte tem se orientado pela possibilidade de retroação da Lei 10.174/01, para atingir fatos gerados verificados anteriormente à sua vigência.

V. A proteção aos sigilos bancário e fiscal não é direito absoluto, podendo ser quebrado quando houver a prevalência do direito público sobre o privado, na apuração de fatos delituosos ou na instrução dos processos criminais. Precedentes.

VI. Recurso desprovido”.

Narra, o recorrente, que pode ter seu sigilo bancário afastado em sede de inquérito policial instaurado contra pessoa diversa, que tramita perante o juízo da 2ª Vara Federal de Joinville/SC. Informa que o indiciado Márcio Marques de Miranda foi alvo de procedimento criminal diverso instaurado pelo Ministério Público Federal, no qual houve decisão de “quebra” de seu sigilo fiscal para confrontação de dados da CPMF com a declaração de imposto de renda, e determinação de “quebra” de sigilo bancário. Tal procedimento se originou de reportagem da Revista Veja relacionada às informações prestadas pela Receita Federal sobre pessoas físicas e jurídicas que teriam movimentado quantias consideráveis em contas bancárias e se declararam isentas para fins de imposto de renda.

Esclarece que o Ministério Público requereu o afastamento do sigilo bancário e fiscal de toda pessoa que tivesse movimentado valor superior a R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) no ano calendário de 1998. A juíza federal acolheu em parte o pedido, determinando que a Receita Federal instaurasse procedimentos fiscais investigatórios somente quanto aos contribuintes isentos ou omissos. Desse modo, o indiciado no inquérito foi notificado para apresentar comprovação da origem dos recursos depositados nas contas bancárias e extratos de aplicações financeiras e de poupança.

Assim, houve a impetração de mandado de segurança para o fim de “*impedir a ilegal quebra do sigilo bancário e fiscal do notificado*” (fl. 421), tendo sido denegada a ordem, o que gerou a interposição de recurso ordinário ao Superior Tribunal de Justiça.

RE 535.478 / SC

Nos autos do inquérito policial, o Banco Bradesco juntou alguns documentos, inclusive duas procurações outorgadas pelo recorrente, com poderes para movimentação de duas contas bancárias de titularidade do indiciado no inquérito. Diante de tais elementos, o MPF, por considerar que o indiciado poderia ser “interposta pessoa”, requereu o afastamento do sigilo também em relação ao recorrente.

Houve aforamento de mandado de segurança para suspender a apreciação do pedido de quebra de sigilo bancário e telefônico, denegado pelo TRF, o que foi mantido no STJ. Devido à existência de omissões e contradições no acórdão do STJ, bem como com intuito de prequestionar alguns dispositivos constitucionais, houve oposição de embargos de declaração, que foram improvidos.

Argumenta que não há previsão legal para a medida ajuizada pelo Ministério Público Federal, devendo ser observados os princípios da legalidade e do devido processo legal (CF, art. 5º, II e LIV). Não há previsão legal para a denominada “medida cautelar de afastamento do sigilo bancário e fiscal” em que se objetivou a quebra dos sigilos bancário e fiscal de todas as pessoas que se enquadrassem na pesquisa divulgada pela Revista Veja. Não houve convalidamento do vício com a conversão determinada pelo magistrado para “procedimento criminal diverso”. A quebra de sigilo somente é admitida nos casos em que houver interesse para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Ademais, registra que houve afronta ao princípio da presunção da inocência (CF, art. 5º, LVII), eis que o recorrente foi sumariamente presumido infrator devido à confrontação dos dados da CPMF com sua declaração de imposto de renda. A simples outorga de procuração para movimentação de conta bancária não pode ensejar a conclusão de responsabilidade do recorrente.

Aduz, ainda, que houve afronta aos princípios da legalidade, intimidade e de sigilo de dados (CF, art. 5º, X e XII). Considera que o afastamento do sigilo bancário somente pode ocorrer se houver oportunidade do contribuinte exercer sua defesa, se a medida for determinada por juiz, caso existam indícios razoáveis de ilícito penal e se a revelação dos dados possa ser eficaz. Os indícios

RE 535.478 / SC

apontados pelo MPF são insuficientes, frágeis, baseados apenas em reportagem de mídia impressa. Além disso, não há urgência nas medidas, eis que os dados bancários ficam registrados, diversamente do sigilo telefônico.

Houve violação ao princípio do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, tendo sido desrespeitado o disposto no art. 38, da Lei nº 4.595/64. Revela-se imperativo que haja a proibição da autoridade fiscal promover a quebra do sigilo bancário do recorrente sem autorização judicial expressa.

Em seguida, o recorrente disserta sobre as atribuições da Polícia Federal e do Ministério Público (CF, arts. 144, § 1º, I e 129), concluindo que, ao instaurar procedimento criminal diverso, o órgão do *Parquet* invadiu a esfera da Polícia Federal. É vedado ao Ministério Público realizar atividade de competência das polícias judiciárias (civil e federal), sendo ilegal, infundado e inconstitucional o “procedimento criminal diverso”.

Registra, também, que houve afronta ao princípio da irretroatividade das leis, respeitando-se o ato jurídico perfeito e o direito adquirido, eis que o pedido de afastamento do sigilo se deu com fundamento na Lei nº 10.174/01, abrangendo período anterior ao ano calendário de 2001. Não é possível a utilização de dados da CPMF para apuração de eventual crédito tributário referente aos fatos já consumados relativos aos anos-base 1998, 1999 e 2000.

Finalmente, foram malferidos nos arts. 93, IX e 133, da Constituição Federal, não sendo possível limitação de acesso dos autos ao advogado habilitado.

Assim, requer o provimento do recurso para o fim de ser reformado o acórdão recorrido, com a concessão da ordem no mandado de segurança.

2. Houve apresentação de contra-razões pelo Ministério Público Federal, no sentido de ser negado seguimento ao recurso (fls. 464/470).

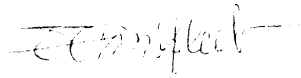
Supremo Tribunal Federal **2210**

RE 535.478 / SC

3. Decisão que admitiu o recurso extraordinário (fls. 482/483).

4. Manifestação da Procuradoria-Geral da República no sentido do improvimento do recurso (fls. 490/495).

É o relatório.

A handwritten signature in dark ink, appearing to be "Teófilo", is written over a horizontal line.

RE 535.478 / SC

VOTO

A Senhora Ministra Ellen Gracie - (Relatora): 1. O recurso extraordinário busca debater quatro questões centrais: a) a instauração de procedimento para o afastamento do sigilo bancário e fiscal; b) violação ao princípio da presunção da não-culpabilidade; c) ausência de motivos autorizadores para o afastamento do sigilo em relação ao recorrente; d) invasão das atribuições da polícia judiciária pelo Ministério Público Federal.

Aproveito para transcrever trecho do parecer da Procuradoria-Geral da República, que bem pontuou a questão controvertida (fls. 492/495):

“O recurso não merece provimento.

O recorrente inicialmente alega que o parquet carece de legitimidade para requerer a quebra de sigilo bancário e fiscal, uma vez que estaria presidindo a investigação criminal. Tal afirmação, contudo, não está demonstrada nos autos. Ao contrário, tem-se inquérito policial instaurado por portaria de autoridade policial, como se vê às fls. 32/33. O fato de ora recorrente não estar à época do pedido de quebra de sigilo devidamente indiciado não torna o requerimento ilegal, pois como restou demonstrado nos autos, há fortes indícios da participação do impetrante nos fatos objeto de investigação.

Ainda que se entenda tratar-se de investigação direta pelo Ministério Público, melhor sorte não assiste ao recorrente. A questão da investigação criminal diretamente realizada pelo Ministério Público tem provocado intensos debates, que por certo suscitam o exame constitucional da matéria.

Na França, Itália, Alemanha e México, somente para citar alguns exemplos, incumbe ao Ministério Público dirigir a atividade investigatória.

RE 535.478 / SC

Com efeito, ao receber notícia-crime, acompanhada de prova documental, não há qualquer impedimento que o órgão ministerial requirite outros documentos reputados imprescindíveis, bem como colha depoimentos de pessoas que compareceram ao Ministério Público de forma espontânea.

(...)

Assim, não é possível, a partir de interpretação equivocada dos incisos I e IV do § 1º do art. 144, da Constituição Federal, considerados isoladamente, pretender excluir a hipótese de o Ministério Público, dispensando o inquérito policial, oferecer denúncia a partir dos elementos colhidos em procedimento administrativo investigatório instaurado pelo próprio parquet. Os dispositivos citados não têm essa amplitude. Como bem ressaltado pelo ilustre colega Wagner Natal Batista, no parecer proferido no RE nº 233.072-RJ, a Constituição Federal, ao atribuir à polícia federal a exclusividade para exercer a Polícia Judiciária da União, referiu-se à exclusão da atuação de outras corporações policiais, e não à atribuição privativa da Polícia Federal para, em detrimento da atuação do Ministério Público, realizar investigações. Tanto assim que a redação não é repetida em relação às polícias estaduais. A atribuição para produzir investigações é desdobramento da titularidade do Ministério Público para a ação penal pública, donde legitimidade para requisitar informações e diligências investigatórias nos procedimentos administrativos que instaurar (CF art. 129, VI e VIII). A propósito resumiu o eminente Ministro Néri da Silveira ao reportar-se, no voto proferido naquele aresto, ao voto que proferira na ADIN 1.571-1: 'decerto, tomando o MPF, pelos mais diversificados meios de sua ação, conhecimento de atos criminosos na ordem tributária, não fica impedido de agir, desde logo, utilizando-se, para isso, dos meios de prova a que tiver acesso' (CJU 25.09.98). Nessa

RE 535.478 / SC

mesma linha resumiu o eminente Ministro Marco Aurélio na ementa do MS 21.729-DF: 'a ordem jurídica confere explicitamente poderes amplos de investigação ao Ministério Público – art. 129, incisos VI, VIII, da Constituição Federal, e art. 8º, incisos II e IV, e § 2º, da Lei Complementar nº 75/1993' (DJU 19.10.01).

(...)

Em resumo, o fato de o Ministério Público não poder presidir o inquérito policial não é impeditivo que, com fundamento na Constituição e na sua Lei Orgânica, instaure procedimento administrativo de investigação.

Quanto ao argumento de impossibilidade da quebra de seu sigilo fiscal para confrontação de dados da CPMF com a declaração de Imposto de Renda, sem que houvesse fortes e suficientes indícios que justifiquem tal medida, também não assiste razão ao recorrente.

Para se chegar a conclusão quanto à existência ou não de indícios suficientes para a quebra do sigilo bancário e fiscal, seria necessária a avaliação de todo o contexto probatório existente nos autos, o que não se coaduna com a natureza extraordinária do presente recurso.

Ademais, o entendimento desse Supremo Tribunal Federal consolidou-se no sentido de não possuir caráter absoluto a garantia dos sigilos bancário e fiscal, sendo facultado ao juiz decidir acerca da conveniência da sua quebra em caso de interesse público relevante e suspeita razoável de infração penal.

Por fim, quanto à questão relativa à negativa de obtenção de vista do procedimento pelos advogados, ressalte-se que este tema não foi objeto do presente recurso ordinário em mandado de segurança, tendo sido suscitada a questão somente em sede de embargos de declaração. Ademais, como demonstrado pelo relator do feito no Superior

Supremo Tribunal Federal **2214**

RE 535.478 / SC

Tribunal de Justiça, esta questão já foi decidida nos autos do RMS 15.872-SC (fls. 364) ”.

2. Registro que, em relação às questões de suposta violação ao devido processo legal, ao princípio da legalidade, ao direito de intimidade e privacidade e ao princípio da presunção de inocência, as matérias têm natureza infraconstitucional e, em razão disso, revelam-se insuscetíveis de conhecimento em sede de recurso extraordinário.

Descabe conhecer de tais pontos no recurso extraordinário interposto, tendo inclusive o tema da proteção aos sigilos bancário e fiscal sido expressamente abordado pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o direito à intimidade e privacidade não é direito absoluto, devendo ceder ante “à prevalência do direito público sobre o privado, na apuração de fatos delituosos ou na instrução de processos criminais” (fl. 327).

3. Assim, as arguições de violação aos princípios e garantias do devido processo legal, legalidade, presunção de inocência e intimidade, evidentemente, tocam em temas de natureza infraconstitucional, não havendo que se cogitar de afronta direta às normas constitucionais apontadas. A esse respeito, o recurso extraordinário sequer merece ser conhecido.

Nas próprias razões do extraordinário, o recorrente observou que não haveria indícios razoáveis para o afastamento do sigilo bancário, referindo-se à identificação de instrumento de procuração relativamente a algumas contas bancárias. Tal afirmação corrobora a insuscetibilidade do conhecimento do recurso extraordinário para examinar material fático-probatório.

Da mesma forma, não merece ser conhecido o apelo extremo na parte em que se alega violação aos princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, eis que a matéria tem natureza infraconstitucional (Lei nº 4.595/64, art. 38). Diante de tal circunstância, a matéria foi enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do recurso ordinário, não sobrevindo qualquer discussão acerca de questão constitucional a esse respeito.

RE 535.478 / SC

4. Remanesce a questão afeta à possibilidade de o Ministério Público promover procedimento administrativo de cunho investigatório e o possível malferimento da norma contida no art. 144, § 1º, I e IV, da Constituição Federal.

Contudo, no caso em tela, tal debate se mostra irrelevante, eis que houve instauração de inquérito policial para apurar fatos relacionados às movimentações de significativas somas pecuniárias em contas bancárias, sendo que o Ministério Público requereu, a título de tutela cautelar inominada, a concessão de provimento jurisdicional que afastasse o sigilo dos dados bancários e fiscais do recorrente. Tal requerimento foi feito junto ao juízo competente e, portanto, não se tratou de medida adotada pelo Ministério Público sem qualquer provimento jurisdicional.

Contudo, ainda que se tratasse da temática dos poderes investigatórios do Ministério Público, melhor sorte não assistiria ao recorrente. A denúncia pode ser fundamentada em peças de informação obtidas pelo órgão do MPF sem a necessidade do prévio inquérito policial, como já previa o Código de Processo Penal. Não há óbice a que o Ministério Público requirite esclarecimentos ou diligencie diretamente a obtenção da prova de modo a formar seu convencimento a respeito de determinado fato, aperfeiçoando a persecução penal, mormente em casos graves como o presente que envolvem altas somas em dinheiro movimentadas em contas bancárias.

É perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito, ainda que a título excepcional, como seria a hipótese do caso em tela. Tal conclusão não significa retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (arts. 129 e 144) de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos supostamente delituosos, mas também a formação da *opinio delicti*.

RE 535.478 / SC

Apesar de não haver, até a presente data, um pronunciamento do Pleno do STF quanto ao tema, o STJ já manifestou entendimento no sentido de ser permitido ao Ministério Público investigar em seara criminal, razão pela qual permito-me colacionar apenas o recente julgado a seguir:

HABEAS CORPUS. PREFEITO MUNICIPAL. INVESTIGAÇÕES REALIZADAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE DO PARQUET PARA PROCEDER INVESTIGAÇÕES. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. CRIME DE AUTORIA COLETIVA. TIPICIDADE DA CONDUTA. ORDEM DENEGADA.

1. *Em que pese o Ministério Público não poder presidir inquérito policial, a Constituição Federal atribui ao parquet poderes investigatórios, em seu artigo 129, incisos VI, VIII e IX, e artigo 8º, incisos II e IV, e § 2º, da Lei Complementar n.º 75/1993. Se a Lei maior lhe atribui outras funções compatíveis com sua atribuição, conclui-se existir nítida ligação entre poderes investigatórios e persecutórios. Esse poder de modo algum exclui a Polícia Judiciária, antes a complementa na colheita de elementos para a propositura da ação, pois até mesmo um particular pode coligar elementos de provas e apresentá-los ao Ministério Público. Por outra volta, se o parquet é o titular da ação penal, podendo requisitar a instauração de inquérito policial, por qual razão não poderia fazer o menos que seria investigar fatos?*

2. [...]

3. [...]

4. *Ordem denegada, ficando prejudicada a liminar anteriormente deferida.*

(Origem: STJ - HC 38495 / SC - HABEAS CORPUS 2004/0135804-0 - SEXTA TURMA - Relator: HÉLIO QUAGLIA BARBOSA - DJ 27.03.2006)

5. O art. 129, inciso I, da Constituição Federal, atribui ao *parquet* a privatividade na promoção da ação penal pública. Do

Supremo Tribunal Federal **2217****RE 535.478 / SC**

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.

Assim, reconheço a possibilidade de, em algumas hipóteses, ser reconhecida a legitimidade da promoção de atos de investigação por parte do Ministério Público, mormente quando se verifique algum motivo que se revele autorizador de tal investigação.

6. Finalmente, o último ponto a ser abordado neste julgamento se refere à alegação de violação ao princípio da irretroatividade das leis, devido à invocação do disposto na Lei nº 10.174/01 para utilização de dados da CPMF.

Revela-se equivocado o raciocínio desenvolvido pelo recorrente, eis que a Lei nº 10.741/01 passou a autorizar a utilização de certas informações bancárias do contribuinte para efeitos fiscais, mas mesmo no período anterior à sua vigência já era possível a obtenção das informações bancárias quando houvesse indícios de prática de qualquer crime, como no exemplo dos crimes contra a ordem tributária, de lavagem de dinheiro ou crimes financeiros.

Não se trata, portanto, de eficácia retroativa da Lei nº 10.174/01 – eis que esta se restringiu à autorização da utilização de dados para fins fiscais -, e sim de apuração de ilícito penal mediante obtenção das informações bancárias. Reproduzo, por oportuno, trecho do voto do relator do Superior Tribunal de Justiça, a esse respeito:

Supremo Tribunal Federal **2218**

RE 535.478 / SC

"No presente caso, entendo como devidamente fundamentado o requerimento ministerial de deflagração de ação fiscal e de quebra de sigilo bancário de Danilo Pohl, realizada nos seguintes termos:

'A vultosa quantia movimentada no ano calendário de 1998 por Márcio Marques de Miranda (R\$ 3.905.735,48 – três milhões, novecentos e cinco mil, setecentos e trinta e cinco reais e quarenta e oito centavos), à luz dos documentos trazidos aos autos pelo Banco Bradesco S/A, representa, mais do que indício, evidência gritante de que o ora investigado, UM MODESTO AJUDANTE DE PEDREIRO que, segundo se sabe, reside com os pais, contribuinte omissor na apresentação de declaração de imposto de renda de pessoa física, está sendo utilizado como interposta pessoa, "testa de ferro" ou "laranja" de DANILO POHL ou mesmo, de outra pessoa a seu mando, cujo propósito, no mínimo, é o de sonegar tributos.

Exsurge, pois, como imperioso, o aprofundamento das quebras de sigilo, a fim de que se apure a real extensão da sonegação fiscal praticada por DANILO POHL, ou para que se identifique o verdadeiro autor dessas diversas movimentações que com tanto zelo se tem buscado ocultar da Receita Federal e, agora, da Justiça" (fl. 95)."

7. No próprio julgamento dos embargos de declaração, o STJ confirmou a regularidade e legitimidade das medidas adotadas em relação ao recorrente e, desse modo, não reconheceu a ocorrência de qualquer omissão ou contradição no acórdão embargado.

Destaco, por oportuno, trecho do voto do relator a esse respeito (fl. 364):

"O recorrente encontra-se sob investigação, como suspeito da prática de crime de

RE 535.478 / SC

sonegação fiscal, não baseada na simples outorga de procuração para movimentação de contas bancárias, mas, conforme referido, em documentação demonstrativa dos fatos acima relatados.

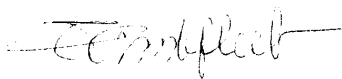
E tampouco houve omissão quanto à ofensa ao princípio do devido processo legal, na medida em que o acórdão referiu a existência de fortes indícios justificadores da quebra de sigilo do recorrente.

Ausente omissão quanto à competência do Ministério Público, se a simples leitura do acórdão demonstra que restou definida, à exaustão, a legitimidade da atuação do Parquet no presente caso.

Quanto à negativa de obtenção de vista do procedimento pelos advogados, a questão não foi suscitada nas razões do presente recurso, restando decidida nos autos do RMS 15.872/SC, de relatoria do Min. Paulo Medina, julgado em 25/11/2003, conforme referido pelo próprio recorrente à fl. 268."

8. Ante o exposto, **conheço** parcialmente do recurso extraordinário e, nessa parte, **nego-lhe provimento**.

É como voto.



2220

*Supremo Tribunal Federal***SEGUNDA TURMA****EXTRATO DE ATA****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 535.478-4**

PROCED. : SANTA CATARINA

RELATORA : MIN. ELLEN GRACIE

RECTE.(S) : DANILO POHL

ADV.(A/S) : RENATA SCABELLO MARTINELLI MARSON E OUTRO(A/S)

RECCO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Decisão: A Turma, à unanimidade, conheceu, em parte, do recurso extraordinário e, na parte conhecida, negou-lhe provimento, nos termos do voto da Relatora. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Celso de Mello e Eros Grau. Presidiu, este julgamento, a Senhora Ministra Ellen Gracie. **2ª Turma**, 28.10.2008.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Senhores Ministros Cezar Peluso e Joaquim Barbosa. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Celso de Mello (Presidente) e Eros Grau.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco Adalberto Nóbrega.

Carlos Alberto Cantanhede
Coordenador