

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA INVESTIGAÇÃO
CRIMINAL: UMA ANÁLISE QUANTO À SUA LEGALIDADE E
NECESSIDADE

Rafael Largueza Serafim

Presidente Prudente
2011

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA INVESTIGAÇÃO
CRIMINAL: UMA ANÁLISE QUANTO À SUA LEGALIDADE E
NECESSIDADE**

Rafael Largueza Serafim

Monografia apresentada como requisito parcial de
Conclusão de Curso para a obtenção do Grau de Bacharel
em Direito, sob a orientação do Professor Jurandir José
dos Santos

Presidente Prudente
2011

**A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA INVESTIGAÇÃO
CRIMINAL: UMA ANÁLISE QUANTO À SUA LEGALIDADE E
NECESSIDADE**

Monografia/ TC aprovado como requisito parcial para
obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

JURANDIR JOSÉ DOS SANTOS

Orientador

RODRIGO LEMOS ARTEIRO

1º Examinador

MARCUS VINÍCIUS FELTRIM AQUOTTI

2º Examinador

Presidente Prudente, 24 de novembro de 2011

Feliz o homem que acha sabedoria, e o homem que
adquire conhecimento (Provérbios 3:17-Bíblia Sagrada).

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus, por até aqui ter me sustentado, me dado forças, sabedoria, perseverança nas horas difíceis, por todas as bênçãos que Ele me concedeu e, por mais essa vitória conquistada em minha carreira acadêmica.

Aos meus pais Celso e Ivana, pelo carinho, pela força, dedicação e, principalmente pelo apoio concedido até aqui, pelo esforço empregado para me proporcionar uma educação de qualidade. Agradeço aos meus avós, Ivo e Diva, que de uma forma colossal contribuíram em minha formação como homem.

A minha namorada Amanda, pelo carinho, força, auxílio prestado durante o desenvolver deste trabalho, por muitas vezes ter se privado de minha companhia e, pela compreensão nos momentos de maior dificuldade.

Ao meu orientador Professor Doutor Jurandir José dos Santos, pelos ensinamentos, conselhos, que ajudaram a construir este trabalho, pela paciência, dedicação e compromisso prestado durante todo este ano.

Aos examinadores, Doutor Marcus Vinícius e Doutor Rodrigo Lemos Arteiro, por aceitarem o convite de fazerem parte da banca examinadora deste trabalho.

Agradeço a todos aqueles que, de alguma forma, colaboraram para a realização desta pesquisa.

A todos o meu muito obrigado.

RESUMO

O presente trabalho tem como escopo ponderar relevante questão debatida entre os operadores do Direito desde já algum tempo, e que vem se alastrando até os dias de hoje, sendo objeto de intermináveis debates jurídicos, qual seja, a possibilidade da atuação do Ministério Público na investigação criminal. Este tema tem uma ingerência considerável na defesa dos interesses da sociedade, uma vez que é direito de todo cidadão o amplo e efetivo acesso à Justiça. Ademais, é notável a presença desta discussão nas duas etapas da persecução penal (investigação criminal e ação penal), pois o interesse social abarca uma investigação criminal célere e eficaz, a fim de proporcionar ao órgão acusatório elementos que sirvam de base para a denúncia, bem como uma ação penal apta a solucionar o litígio. Comumente, o que se vê, na verdade, é uma ação penal demorada, lenta, incompleta, por conta da separação entre o Ministério Público e a investigação criminal. O Ministério Público, considerado essencial à função jurisdicional do Estado e o representante da sociedade, tem legitimidade para atuar na investigação criminal, sendo que a polícia não detém a exclusividade das atividades investigatórias, por força da universalização das investigações. Essa atuação ministerial favorece vastamente a sociedade, que terá em mais um órgão, a confiança de que a máquina estatal não ficará inerte frente à existência de um delito. Inicialmente, o trabalho teceu algumas considerações a cerca da investigação criminal, passando por seu histórico, conceito, diferenciações e classificações, além de tratar as formas de instrumentalização da investigação criminal, e, por fim o trabalho ponderou a polícia judiciária, órgão responsável atualmente no Brasil por desempenhar a investigação criminal. Abordou-se, outrossim, as questões atinentes aos sistemas processuais, sendo que na Brasil, o sistema vigente é o acusatório. O texto examina o Ministério Público levando em consideração a Constituição Federal de 1988, abrangendo sua destinação constitucional, seus princípios institucionais e suas funções e, o mais importante, a admissibilidade da atuação do Ministério Público na investigação criminal, analisando os argumentos favoráveis e desfavoráveis apresentados pela doutrina e jurisprudência no tocante a essa atuação. Tendo em vista, principalmente, os critérios da legalidade e da necessidade e, a partir da análise do direito comparado, dos dispositivos legais e constitucionais, além dos princípios elencados pela doutrina, será possível acolher a legitimidade do Ministério Público na atuação direta das atividades investigatórias.

Palavras-chaves: Investigação Criminal. Ministério Público. Argumentos Favoráveis e Desfavoráveis. Atuação Legal e Necessária.

ABSTRACT

This work is scoped to consider relevant issue discussed between the operators of the law some time now, and that spread to the present day, being the subject of endless legal debates, namely the possibility of the performance of prosecutors in the investigation criminal. This theme has a considerable interference in the interests of society, since every citizen is entitled to the broad and effective access to justice. Moreover, it is remarkable the presence of this discussion in two stages of criminal prosecution (criminal investigation and prosecution), because the social interest embraces a criminal investigation expeditiously and effectively in order to provide the accusatory body elements forming the basis for the complaint, well as a criminal able to resolve the dispute. Usually, you see, is actually a criminal action slow, slow, incomplete, due to the separation between the prosecution and criminal investigation. The prosecutor, considered essential to the judicial function of the state and society representative, is entitled to act in criminal investigation, and the police does not have the exclusivity of investigative activities under the universalization of the investigations. This action favors vastly ministerial society, which will take over a body, the confidence that the state machine will not be inert against the existence of a crime. Initially, the work made some considerations about the criminal investigation, going through their history, concept, distinctions and classifications, and to treat forms of instrumentalization of criminal investigation, and finally the work considered the police, the body currently responsible Brazil to play the criminal investigation. It approaches, moreover, matters relating to procedural systems, and in Brazil, the current system is adversarial. The paper examines the prosecution taking into consideration the Federal Constitution of 1988, covering their constitutional, its principles and its institutional functions and, most importantly, the admissibility of the action of prosecution in the criminal investigation, analyzing the arguments presented for and against by doctrine and jurisprudence with respect to this action. Considering mainly the criteria of legality and necessity, and from the analysis of comparative law, constitutional and legal provisions of, and the doctrine of the principles listed, you can accept the legitimacy of the prosecution in the direct performance of investigative activities.

Keywords: Criminal Investigation. Public Prosecutor. Favorable and unfavorable positions. Practice legal and necessary.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
2 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL	12
2.1 Breve Histórico da Investigação Criminal nas Civilizações Antigas e nas Ordenações do Reino .	12
2.2 Conceito e Distinções Relevantes	17
2.3 Classificações da Investigação Criminal	20
3 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS.....	23
3.1 Sistema Acusatório.....	23
3.2 Sistema Inquisitivo ou Inquisitório	25
3.3 Sistema Misto ou Acusatório Formal.....	26
3.4 Processo Penal Brasileiro e o Sistema Acusatório	27
4 FORMAS DE INVESTIGAÇÃO.....	30
4.1 Inquérito Policial	30
4.1.2 Natureza Jurídica.....	31
4.1.3 Finalidades	37
4.1.4 Formas de Instauração do Inquérito Policial	39
4.2 Termo Circunstanciado	43
4.3 Inquéritos Extrapoliciais	46
4.3.1 Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI).....	47
4.3.2 Inquérito Policial Militar.....	49
4.3.3 Inquérito Civil.....	53
5 DA POLÍCIA	58
5.1 Origem, Conceito e Considerações	58
5.2 Poder de Polícia.....	60
5.3 Polícia Administrativa.....	64
5.4 Polícia Judiciária	65
6 A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NO DIREITO COMPARADO	70
6.1 Introdução	70
6.2 Alemanha	71
6.3 Espanha	72
6.4 França.....	74
6.5 Itália.....	76
6.6 Portugal	77
6.7 Inglaterra	78
6.8 Estados Unidos da América	80
6.9 México.....	82
6.10 Considerações Finais.....	82
7 DO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	84
7.1 Origem da Instituição.....	84

7.2 Conceito	89
7.3 O Ministério Público na Constituição Federal de 1988	90
7.3.1 Instituição Permanente	90
7.3.2 Função Essencial à Justiça	91
7.3.3 Defesa da Ordem Jurídica	94
7.3.4 Defesa do Regime Democrático.....	95
7.3.5 Exação pelo Interesse Público.....	96
7.3.6 Defesa dos Interesses Sociais.....	97
7.3.7 Defesa dos Interesses Individuais Indisponíveis	98
7.3.8 Princípios Institucionais	99
7.3.8.1 Unidade	99
7.3.8.2 Indivisibilidade.....	100
7.3.8.3 Independência Funcional.....	102
7.3.8.4 Princípio do Promotor Natural	103
7.3.9 Autonomia Funcional, Administrativa e Financeira	106
7.3.10 Garantias e Prerrogativas do Ministério Público.....	110
7.3.11 Funções Institucionais do Ministério Público	111
7.3.11.1 Funções Típicas e Atípicas.....	112

8 A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL..... 115

8.1 A Investigação Criminal Sob à Ótica do Atual Sistema Processual	115
8.2 Críticas ao Atual Sistema	116
8.3 Argumentos Favoráveis à Atuação Investigativa do Ministério Público	118
8.3.1 Legalidade	119
8.3.2 Celeridade do Procedimento Criminal	122
8.3.3 Princípio da Imediação.....	123
8.3.4 Princípio da Universalização das Investigações.....	124
8.3.5 Melhoria da Qualidade dos Elementos Investigatórios	125
8.3.6 Maiores Dificuldades de Desvios Funcionais dos Membros da Polícia.....	126
8.3.7 Teoria dos Poderes Implícitos	127
8.3.8 Inexistência de Exclusividade da Polícia Judiciária na Investigação Criminal.....	128
8.3.9 Controle Externo da Atividade Policial	130
8.3.10 Posições Jurisprudenciais Favoráveis à Atuação do Ministério Público na Investigação Criminal	132
8.3.10.1 Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.....	132
8.3.10.2 Superior Tribunal de Justiça.....	132
8.3.10.3 Supremo Tribunal Federal.....	134
8.4 Argumentos Desfavoráveis à Atuação Investigativa do Ministério Público	137
8.4.1 Atribuição Exclusiva da Polícia Judiciária.....	137
8.4.2 Inexistência de Dispositivo Legal	139
8.4.3 Princípio da Paridade de Armas	140
8.4.4 Imparcialidade.....	141
8.4.5 Escolha dos Casos a Serem Investigados	142
8.4.6 Inexistência de Controle Externo das Atividades do Ministério Público.....	143
8.4.7 Titularidade da Ação Penal	144
8.4.8 Outros Argumentos Afins	145
8.5 Posicionamento do Autor	146
8.6 Considerações Quanto à Atuação do Ministério Público na Investigação Criminal.....	149

9 CONCLUSÃO 152

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... 154

INTRODUÇÃO

O mundo processual penal é composto de quatro momentos distintos, quais sejam, a investigação criminal, a fase do processo propriamente dito, a fase recursal e por fim, a execução de pena.

Para que haja a primeira fase, ou seja, a investigação criminal, é necessário fundamentalmente a prática de um crime (fato típico, antijurídico e culpável), ou seja, a ofensa a um bem jurídico tutelado pelo Direito Penal.

A investigação criminal, em regra, fica a cargo da Polícia Judiciária, que tem como autoridade principal o Delegado de Polícia.

Estando diante de um fato delituoso, portanto, o Estado, através dos seus órgãos da persecução penal, deverá apurar tudo aquilo que envolve esse fato, todas as suas circunstâncias. Isto é, cabe à Polícia Judiciária averiguar a existência do crime, sua materialidade, bem como desvendar o provável autor do mesmo. Em suma, deverão os órgãos investigatórios do Estado levantar tudo o que se relacionar com o delito.

Primeiramente, o trabalho buscou analisar a investigação criminal em seus mais variados aspectos, como sua origem, suas características, além das formas de investigar.

Uma das formas de realizar a investigação criminal é por intermédio do inquérito policial. Neste serão escritas todas as diligências efetuadas nos atos investigativos. Sendo assim, o inquérito policial é uma maneira de formalizar a investigação criminal.

Ademais, abordou-se também os inquéritos extrapoliciais, como por exemplo, a comissão parlamentar de inquérito, o inquérito civil, o inquérito policial militar, no tocante às suas finalidades e caracteres.

O texto procurou tratar da polícia judiciária, analisando o chamado poder de polícia, inerentes às instituições policiais, passando pela destinação que lhe foi atribuída pela Constituição Federal, até se chegar à divisão feita entre polícia administrativa e judiciária, com maior enfoque nesta.

Em seguida, enfocou-se os sistemas da investigação criminal no direito comparado, sobretudo os órgãos que a desempenham.

Por fim, diante da discussão presente no ordenamento jurídico processual penal, a presente pesquisa procurou analisar a atuação do Ministério Público na investigação criminal, levando em consideração os dois entendimentos existentes.

Ponderou-se os dois entendimentos, demonstrando os argumentos apresentados tanto pela doutrina e jurisprudência favorável, quanto por aqueles que são desfavoráveis à atuação ministerial nas atividades investigatórias.

Diante do que foi exposto, o trabalho pendeu para o entendimento majoritário tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, defendendo a tese de que é possível essa atuação, tendo em vista os critérios da legalidade e necessidade.

2 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

2.1 Breve Histórico da Investigação Criminal nas Civilizações Antigas e nas Ordenações do Reino

A história não é muito esclarecedora quanto ao início da investigação criminal na antiguidade, nem tampouco quem a realizava, não obstante existam diferentes estudos tratando a respeito deste tema. Basicamente, na abordagem deste tema, é importante se analisar o funcionamento de algumas civilizações na antiguidade. São elas: Egito, Grécia, Esparta, Atenas e Roma.

No Egito, tinha-se a figura do *magiaí*, funcionário do rei, ao qual eram atribuídas amplas funções na esfera civil e criminal e, a partir dessas funções, é possível concluir que tinha uma efetiva participação na investigação criminal. Conforme os ensinamentos de Valter Foletto Santin (2007, p. 21):

[...] Os seus deveres eram: I) ser a língua e os olhos do rei do país; II) castigar os rebeldes, reprimir os violentos, proteger os cidadãos pacíficos; III) acolher os pedidos do homem justo e verdadeiro, perseguindo o malvado e o mentiroso; IV) ser o marido da viúva e o pai do órfão; V) fazer ouvir as palavras da acusação, indicando as disposições legais aplicáveis em cada caso; VI) tomar parte nas instruções para descobrir a verdade [...]

Alguns doutrinadores, como v.g. Cândido Rangel Dinamarco, Hugo Nigro Mazzilli, Ada Pellegrini Grinover dentre outros, defendem a origem, ainda que longínqua, do Ministério Público na figura do *magiaí*.

Ainda no tocante às atribuições do *magiaí*, explica Antonio Cláudio da Costa Machado (1989, p. 10) que ele possuía a característica de ser a “língua e os olhos do rei”, tendo responsabilidade exercida no campo penal e processual penal. Dentre estas atribuições no campo processual penal esta a participação das instruções, isto é, das investigações, a fim de desvendar a verdade, conforme citado anteriormente.

Além do *magiaí*, outros sujeitos também possuíam capacidade de atuar na acusação, como o comandante da cidade e a própria testemunha do fato. Esta, por patriotismo, tinha a obrigação de exercer a acusação e, além disso, deveria, juntamente com os funcionários do rei, proceder como polícia repressiva e ajudar na investigação (SANTIN, 2007, p. 22).

No sistema processual da Grécia, competia ao *temósteta* ou *tesmoteta* receber a notícia do crime e denunciá-lo à Assembléia do Povo ou ao Senado, para então ser nomeado por estes um responsável por realizar a acusação e ofertar a ação penal.

Ao receber e levar a *notitia criminis* até a Assembléia do Povo ou Senado, “[...] o *temósteta* efetuava trabalho semelhante à polícia, sem proceder à acusação, distanciando-se um pouco da função principal do Ministério Público de promover a acusação”, conforme ressalta Valter Foletto Santin (2007, p. 23).

Em Atenas não havia um órgão estatal designado especialmente para exercer a acusação, sendo que esta era desempenhada levando em consideração a natureza do delito. Quando se tratava de delitos públicos, o direito de acusar concernia a todo e qualquer cidadão, ao passo que nos delitos de natureza privada, a acusação era de competência do ofendido ou de quem o representasse (pais, tutor, senhor).

Entre o momento da denúncia até o julgamento, era direito do acusador e do acusado compilar todas as provas necessárias a serem produzidas no julgamento, com o intuito de sustentar a acusação e promover a defesa respectivamente.

No sistema ateniense, da mesma forma que no sistema da Grécia, também era possível verificar a figura do *tesmotetas* nas hipóteses de:

[...] crimes públicos cometidos contra as pessoas, quando houvesse receio de que os criminosos ficassem impunes ou porque a vítima não tivesse parentes ou porque estes fossem pouco diligentes no procedimento criminal ou para os crimes contra a pátria (SANTIN, 2007, p. 23)

Os *tesmotetas* em Atenas eram considerados magistrados e, tinham a incumbência de denunciar o crime ante a Assembléia do Povo ou perante o Senado. Estes por sua vez, determinavam um cidadão para proceder à acusação.

Existiam ainda os juízes, denominados de *estínomos*, eleitos para exercer a função de polícia, no sentido de realizar as atividades investigatórias.

Em Esparta, via de regra, a acusação era direito inerente à vítima. Contudo, na hipótese da inércia do ofendido no que tange à responsabilização penal do criminoso, abrolhava a figura dos *éforos*, que nas palavras de Valter Foletto Santin (2007, p. 23) eram “incumbidos de responsabilizar criminalmente os acusados quando os ofendidos não o faziam, para evitar a impunidade. Também exerceram funções de censores, acusadores e juízes”.

Por fim, no sistema de Roma, em se tratando de crime de natureza privada, o início do procedimento acusatório ficava em regra, a cargo do ofendido, porém, também possuía legitimidade para a acusação qualquer um do povo.

A atuação do cidadão romano no procedimento criminal ficou caracterizada principalmente na época da República e Monarquia, desde que autorizada pelo pretor (SANTIN, 2007, p. 23-24).

No princípio, o pretor (magistrado) adjudicava ao ofendido ou a seus parentes os poderes investigatórios e acusatórios e, do mesmo modo o acusado auferia a faculdade de investigar, no intuito de coligir elementos comprobatórios que o inocentassem. Entretanto, após a concretização do *jus puniendi* do Estado, os poderes investigatórios passaram a ser legalmente e exclusivamente conferidos aos agentes públicos.

Em ambos os casos, os labores de investigação da materialidade e autoria do delito eram feitos por intermédio da *inquisitio* (SANTIN, 2007, p. 24).

Valter Foletto Santin (2007, p. 24) faz alusão aos *curiosi*, que no término do Império Romano eram “encarregados de percorrer províncias e apontar ao imperador abusos cometidos”. Ademais, haviam, subordinados ao chefe da polícia os *irenarchi* e os *stationari*, “todos agentes policiais, encarregados de percorrer o território, investigar os crimes, prender os indiciados, fazer e reduzir a autos as diligências do inquérito e remetê-lo ao prefeito ou à autoridade judiciária”.

Para alguns doutrinadores os órgãos acima referidos teriam colaborado para a procedência da instituição Ministério Público que se verifica nos dias de hoje.

Cabe ainda analisar como eram realizados os procedimentos investigatórios nas Ordenações do Reino.

Por força do descobrimento do Brasil por parte de Portugal, tivemos grande interferência da legislação portuguesa em nosso país antes de alcançarmos a independência. Nesse contexto, leciona com grande propriedade Valter Foletto Santin (2007, p. 27):

As Ordenações do Reino tiveram importante papel no Brasil, pelo seu longo tempo de vigência, por ocasião do descobrimento do Brasil (1500), vigoravam em Portugal as Ordenações Afonsinas, de 1446 ou 1447, substituídas pelas Ordenações Manuelinas, de 1521, e Ordenações Filipinas de 1603, que foram superadas pelas legislações imperiais (Código Criminal e Código de Processo Penal Imperial) e republicanas, finalmente pelo Código Civil de 1916

Nas Afonsinas, a legislação processual penal era caracterizada pelo inquérito e pela devassa. No primeiro o acusado presenciava a inquirição. Já na segunda, iniciada de

ofício, não havia a participação do acusado. A função de polícia judiciária estava concentrada nas mãos de juízes, que eram auxiliados pelos meirinhos, jurados e inspetores policiais dos bairros denominados vintaneiros (SANTIN, 2007, p. 27).

Existiam ainda os procuradores do rei, cuja função era atuar na defesa dos direitos reais exercendo a acusação, portanto, funções dos promotores de justiça. Daí Valter Foletto Santin (2007, p. 27) dizer que “[...] essa função acusatória seria a origem do Ministério Público na área criminal”.

Nas Ordenações Manuelinas por sua vez, o procedimento criminal tinha início através das querelas juradas, de denúncias ou por inquirições devassas. Quanto ao promotor de justiça, esclarece Valter Foletto Santin (2007, p. 27): “[...] é previsto para as causas cíveis e criminais, com a função de requerer as causas da Justiça e para conservação da jurisdição, alegando as causas e razões para clareza e conservação da justiça”.

O promotor, muito embora com atribuições exacerbadas nos crimes, não tomava parte diretamente da investigação dos mesmos.

Nas Ordenações Filipinas a função de polícia repressiva era desempenhada pelos próprios moradores, divididos em quarteirões, sem que fosse cobrada alguma quantia.

As investigações para se apurar os delitos, podiam ser gerais ou especiais. As investigações gerais aconteciam uma vez por ano, mais precisamente em janeiro, com a finalidade de perscrutar crimes duvidosos, cuja autoria era desconhecida. Já as especiais, tinham como objeto os crimes certos, onde não pairava nenhuma dúvida.

Tanto a investigação geral, quanto à especial, eram de competência dos juízes, com a diferença que, na primeira os juízes eram de fora e ordinários, ao passo que na segunda os juízes eram do local do delito ou comissionados. O lapso temporal para o término das investigações era de 30 dias, sendo que, no caso das inquirições especiais, o termo “a quo” era de 8 dias após o delito. (SANTIN, 2007, p. 28).

A investigação nas Ordenações Filipinas poderia ser iniciada ainda por meio da querela, que é, nas palavras de Valter Foletto Santin (2007, 28): “a delação feita ao juízo competente, de um fato criminoso, de interesse público ou do ofendido”.

Posteriormente à época das ordenações, sobreveio o período Imperial, e como corolário, as legislações imperiais, dentre as quais o Código de Processo Criminal de 1832. Neste foi atribuído ao juiz de paz as funções de polícia.

Nas atividades investigatórias, o juiz de paz executava segundo Valter Foletto Santin (2007, 28) as seguintes diligências:

[...] procedia ao auto de corpo de delito e formava a culpa do delinqüente (art. 12, § 4º, Código de Processo Criminal Imperial), agindo a pedido da parte ou de ofício (art. 138). Ele mandava coligir tudo quanto encontrasse no lugar do delito e sua vizinhança, para servir de prova (art. 136) e inquiria as testemunhas sobre a existência do crime e autoria (art. 140). Depois de formada a culpa, o juiz de paz encaminhava o processo para o julgamento pelo Júri (arts. 228 e seguintes) [...]

Além das funções investigatórias, o juiz de paz também detinha funções julgadoras, uma vez que era responsável por julgar as contravenções, bem como os crimes cuja pena de multa cominada fosse inferior a cem mil réis, nos moldes do artigo 12, § 7º do Código de Processo Criminal Imperial.

Contudo, após a modificação sofrida pelo Código de Processo Criminal, com o advento da Lei nº 261, de 03.12.1841, foi retirada a maior parte das funções do juiz de paz, já que foi instituída a figura do chefe de polícia. Conforme observa Valter Foletto Santin (2007, p. 29): “[...] No município da Corte (Rio de Janeiro) e em cada província passou a existir um chefe de polícia e respectivos delegados e subdelegados, nomeados pelo Imperador ou pelos Presidentes da Província”. A esses chefes de polícia era designada a função de desenvolver a investigação criminal.

Destarte, diante dessa modificação, o juiz de paz acabou sendo substituído pelos agentes policiais. A partir daí as funções criminais e judiciais que eram designadas ao juiz de paz, começaram a ser desempenhadas pela polícia. Isso não queria dizer que o juiz de paz não teria mais nenhuma função, pelo contrário, ele continuou atuando, mas limitado a casos expressos e previamente previstos na lei.

A Lei nº 2.033 de 1842 veio novamente modificar o procedimento abraçado pela Lei nº 261 de 1841, no sentido de separar polícia de justiça, porque se considerava inconciliável as funções de juiz com a de autoridade policial (SANTIN, 2007, p. 29).

Além de modificar, a referida lei também inovou, uma vez que constituiu o Inquérito Policial. A polícia deixa de exercer a função judicial, ou seja, deixa de julgar, no entanto, continuou encarregada de colher elementos, por intermédio de inúmeras diligências, com o objetivo de desvendar tudo que cercasse o fato delituoso e no fim, davam conhecimento do resultado das investigações ao Promotor de Justiça, para que fosse possível formar a culpa.

Por derradeiro, entra em vigor no ordenamento jurídico processual penal brasileiro o Decreto-Lei nº 3.689 de 03.10.1941, ou seja, o nosso Código de Processo Penal atual, que no artigo 4º confere às autoridades policiais o exercício de polícia judiciária, no sentido de investigar as infrações penais e suas autorias.

A Constituição Federal de 1988, nos termos do artigo 144 e parágrafos, também estabelece que as atividades investigatórias sejam exercidas pelas Polícias Federal, Civil e Militar, nos crimes federais, comuns e militares respectivamente.

Como se pode observar tanto o Código de Processo Penal, quanto a Constituição Federal, atribuem à Polícia Judiciária (autoridade policial) o poder de realizar a investigação criminal.

Entretanto, conforme dispõe o parágrafo único, do artigo 4º, do Código de Processo Penal, a competência das autoridades policiais de realizar atos investigatórios, “não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função”.

Ademais, com a Lei nº 8.625 e da Lei Complementar nº 75, ambas promulgadas em 1993, sobreveio uma transformação na *persecutio criminis* do processo penal pátrio, uma vez que as referidas leis prevêm a possibilidade do Ministério Público atuar nas atividades investigatórias.

Nesse sentido, Valter Foletto Santin (2007, p. 30) defende a tese que:

[...] no mundo inteiro, as investigações criminais são realizadas principalmente pela Polícia e Ministério Público, com atuação do juiz de instrução em alguns países. No Brasil, são possíveis investigações preparatórias pelo Ministério Público, que as exerce em alguns casos

Essa possibilidade do Ministério Público desempenhar a investigação criminal é um tema que será abordado em momento oportuno.

2.2 Conceito e Distinções Relevantes

O ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo as leis penais, tutela inúmeros bens jurídicos que são considerados relevantes e indispensáveis para a existência e o desenvolvimento da sociedade, os quais o Direito atribui extrema consideração, tanto é assim que para cada bem jurídico o legislador instituiu um tipo penal contendo uma conduta proibida, bem como uma pena como consequência da violação a um desses bens.

Quando se pensa em sociedade, diversos são os desatinos que podem sobrevir entre indivíduos, acarretando um conflito de interesses.

No momento em que há a prática de um delito, e um desses bens jurídicos é ofendido, aflora o *jus puniendi*, isto é, o direito pertencente ao Estado de punir o indivíduo acusado de ter praticado o fato delituoso.

Destarte, segundo José Frederico Marques (2000, p. 137)

Praticado o fato delituoso [...] – o dever de punir do Estado sai de sua abstração hipotética e potencial para buscar existência concreta e efetiva. A aparição do delito por obra de um ser humano torna imperativa sua persecução por parte da sociedade (*persecutio criminis*), a fim de ser submetido o delinqüente à pena que tenha sido prevista em lei.

Com a existência de um fato tido como contrário ao Direito, inicia-se o primeiro momento do processo, qual seja, a investigação criminal, que tem por objetivo assalhar a autoria e participação delitiva, assim como sua materialidade.

Desta forma, o Estado, através de seus órgãos persecutórios, buscará um conjunto probatório mínimo para que consiga exercer seu direito de punir.

Nesse contexto, nos elucidada o ilustre professor José Frederico Marques (2000, p. 138): “O processo penal só se instaura com a propositura da ação. Esta, no entanto, é precedida de uma fase de pesquisas, ou *informatio delicti*, em que se colhem os dados necessários para ser pedida a imposição da pena [...]”.

Investigação, conforme Silva (2001, p. 451) é:

Derivado do latim *investigatio*, de *investigare* (indagar com cuidado, seguir o rastro, perscrutar), entende-se a pesquisa, seguindo-se os vestígios e indícios relativos a certos fatos, para que se esclareça ou se descubra alguma coisa.

No ensinamento de José Frederico Marques (2000, p.152), investigação pode ser conceituada como:

[...] atividade estatal da *persecutio criminis* destinada a ação penal. Daí apresentar caráter preparatório e informativo, visto que seu objetivo é o de levar aos órgãos da ação penal os elementos necessários para a dedução da pretensão punitiva em juízo: *inquisitio nihil est quam informatio delicti*.

Nas palavras de Valter Foleto Santin (2007, p. 31):

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

Diante do exposto, infere-se que investigação criminal é um conjunto de diligências, realizadas por órgãos estatais da persecução penal, de caráter administrativo e preliminares que objetivam apurar o fato criminoso, através da colheita de elementos probatórios e também do descobrimento da autoria e materialidade do crime.

Portanto, a investigação se dá por intermédio de perícias, oitivas, tanto de testemunhas quanto das próprias pessoas envolvidas no delito, ou seja, acusado e ofendido, reconstituição do crime, além de várias outras diligências desempenhadas.

Cabe ressaltar ainda, a relevante distinção entre investigação e instrução, uma vez que tais termos não são sinônimos.

O instituto da investigação significa lograr um conjunto probatório suficiente que possa informar e auxiliar o órgão da acusação, isto é, o Ministério Público, a analisar e concluir se é ou não caso de ofertar a denúncia e conseqüente ação penal, ou até mesmo se é caso de requisitar por novas provas.

Já a instrução tem como finalidade a reunião de provas para evidenciar a legitimidade do Estado de exercer sua pretensão punitiva, ou do direito de defesa, ou, nos crimes cuja competência seja do tribunal do júri, caso em que a instrução servirá para a formação da culpa.

Outra diferença marcante entre estes dois instrumentos, esta presente no tocante ao órgão destinatário, já que na investigação, quem tem contato com o fato é o órgão incumbido de ofertar a ação penal, ou seja, o *Parquet*, enquanto que quem toma conhecimento do fato na instrução é a autoridade judicial.

Por fim, na investigação criminal não vigora o princípio do contraditório, pois é regida pelo sistema inquisitorial; ao passo que na instrução, esse princípio constitucional é obrigatório, sob pena de todos os atos nela praticados serem declarados nulos.

A diferenciação entre investigação e inquérito policial também se torna de vital importância. O inquérito policial nada mais é do que uma maneira de exteriorizar a investigação criminal, uma vez que é através daquele que a investigação toma forma. A investigação criminal é gênero do qual o inquérito policial é espécie.

Mas a principal divergência entre os dois institutos de averiguações criminais está na pessoa que os exerce. Em se tratando de investigação criminal, todos os agentes públicos estabelecidos e autorizados por lei são competentes para realizá-la; por outro lado, apenas à Polícia Judiciária se permite efetuar o inquérito policial.

No que tange ao órgão competente para realizar a investigação criminal:

a presidência do inquérito policial cabe à autoridade policial, embora as diligências realizadas possam ser acompanhadas pelo representante do Ministério Público que detém o controle externo da polícia. Outras investigações criminais podem ser presididas, conforme dispuser a lei, por outras autoridades. (SAMPAIO, 2009)

A partir de agora passaremos a estudar algumas características que são atinentes à investigação criminal, inclusive no que diz respeito a algumas modalidades de investigação.

2.3 Classificações da Investigação Criminal

Para o desenvolvimento deste capítulo, seguiremos os ensinamentos procedidos de Valter Foletto Santin (2007, p.31-32), que traz as modalidades de investigação criminal.

A primeira classificação diz respeito à natureza das investigações. Nesse sentido, elas podem ser privadas e estatais. A investigação privada é realizada por agentes particulares, como v.g. a vítima, indiciado, órgãos de comunicação ou por qualquer pessoa e, ela incide segundo Valter Foletto Santin (2007, p. 31) “dentro do âmbito de participação de todos no trabalho de prestação de serviços de segurança pública, direito e responsabilidade do povo (art. 144, *caput*, CF)”.

Já a investigação estatal por outro lado, é aquela desempenhada por agentes públicos, ou seja, agentes do Estado. A estatal pode ser dividida em investigação policial e extrapolicial.

As investigações policiais são, nos termos do artigo 144 e parágrafos da Constituição Federal, aquelas preparadas pelas Polícias Federal (crime federal), Civil (crime comum) e Militar (crime militar), ao passo que as investigações extrapoliciais são organizadas por agentes públicos desvinculados da Polícia Judiciária. Valter Foletto Santin (2007, p. 31) apresenta os exemplos dessa modalidade de investigação:

São extrapoliciais as investigações parlamentares (comissão parlamentar de inquérito, pelo Senado e Câmara dos Deputados), judiciais (inquérito falimentar e procedimento para apuração de crime praticado por juiz de direito), administrativas (sindicâncias e procedimentos administrativos outros), e pelo Ministério Público

(procedimento para apuração de crime praticado por membro do Ministério Público e para apuração de crimes praticados por pessoas comuns).

Outra classificação importante refere-se à obrigatoriedade ou não da investigação criminal. Levando em conta o disposto no artigo 6º do Código de Processo Penal, as investigações estatais policiais são obrigatórias, já que o aludido dispositivo legal prescreve que, assim que tomar ciência do delito, a autoridade policial deverá realizar diversas diligências, descritas nos incisos do artigo 6º, caracterizando o início da investigação. Portanto, infere-se que se trata de uma obrigação e não uma faculdade.

Ainda no tocante a obrigatoriedade, ensina Valter Foleto Santin (2007, p. 32): “[...] nos crimes de ação pública, a polícia age autonomamente; nos crimes de ação privada ou de ação pública condicionada, depende de requerimento ou representação ou outra forma de expressão da vontade da vítima para apuração [...]”. Certo é que, dessa forma, se estará respeitando o princípio constitucional da legalidade (SANTIN, 2007, p. 32).

Nas investigações privadas, o desempenho da entidade particular é facultativo. Logo, não estão obrigados a atuar na investigação criminal. Segundo o escólio de Valter Foleto Santin (2007, p. 32): “[...] A vítima e o cidadão podem efetuar trabalho autônomo da investigação para instruir representação à polícia ou diretamente ao Ministério Público [...]”. A única finalidade da atuação privada é auxiliar os Órgãos Estatais (Polícia e Ministério Público).

Quanto aos instrumentos de exteriorização, a investigação pode formalizar-se por instrumentos típicos e atípicos.

Os instrumentos típicos de investigação criminal abrangem os policiais e extrapoliciais, ambos dirigidos pela Polícia e pelo Ministério Público, órgãos da persecução penal estatal. Assim, segundo os preceitos de Valter Foleto Santin (2007, p. 32): “[...] Os instrumentos típicos policiais são o inquérito policial e o termo circunstanciado elaborados pela polícia; os típicos extrapoliciais, por procedimento de investigação realizado pelo Ministério Público”.

Os instrumentos atípicos são aqueles utilizados pelas investigações extrapoliciais, isto é, pela comissão parlamentar de inquérito, pelo magistrado, pelo Ministério Público etc. Nessa hipótese, a investigação se exterioriza, conforme Valter Foleto Santin (2007, p. 33): “[...] por meio de inquéritos, procedimentos e processos judiciais, administrativos, de comissões parlamentares de inquérito e peças de informação públicas e privadas”.

No tocante à investigação criminal, ainda é mister destacar a necessidade de documentar a peça investigatória. Uma das características do inquérito policial é ser ele um instrumento escrito, conforme dispõe o artigo 9º, do Código de Processo Penal, que possui o seguinte enunciado: “Todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas [...]”.

Nesse sentido,

Os elementos colhidos na investigação criminal devem ser documentados, para análise pelo Ministério Público, na formação da *opinio delicti*, e acompanharem a denúncia ou queixa-crime, para apreciação inicial do juiz, no ato de recebimento da acusação e iniciação da ação penal, se presente justa causa para tanto (SANTIN, 2007, p. 33)

Contudo, tendo em vista os princípios da oralidade, celeridade, informalidade e da economia processual, nada impede que a autoridade policial realize a documentação das atividades investigatórias por meios não escritos, utilizando aparelhos de gravação de som, imagem ou outros instrumentos de armazenamento de dados (SANTIN, 2007, p. 33).

3 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

À guisa dos inúmeros princípios informadores do Processo Penal, tais como o do contraditório e da ampla defesa, do devido processo legal, da igualdade das partes, infere-se a presença de três sistemas processuais, quais sejam, o acusatório, o inquisitório e o misto. Vale dizer, nas palavras de Nestor Távora (2009, p. 33) que: “A depender dos princípios que venham a informá-lo, o processo penal materializa-se em inquisitivo, acusatório e misto”.

Para que se consiga determinar qual sistema está sendo aplicado, são necessários alguns questionamentos. Conforme bem ilustra Denílson Feitoza Pacheco (2008, p. 54):

A caracterização de um sistema passa pelas seguintes questões: a) quem exerce a jurisdição; b) se o juiz pode começar o processo de ofício ou, não podendo, quem “propõe a ação penal” e se ela é popular, privada ou pública; c) se as figuras do acusador, do juiz e do defensor são atribuídas a pessoas diferentes; d) se o réu é sujeito de direitos ou não; e) se o procedimento é escrito/oral, público/secreto; contraditório/não-contraditório, contínuo/descontínuo; f) como é feita a valoração das provas; g) se há recurso.

Diante do exposto, passaremos a analisar sem, contudo, esgotar, os sistemas processuais ou, nas palavras de Tourinho Filho (2010, 119) “os tipos de processo penal” referidos acima.

3.1 Sistema Acusatório

O sistema acusatório caracteriza-se pela consignação de uma verdadeira relação processual entre autor, réu e juiz, estando na posição de igualdade autor e réu e, acima deles, como órgão imparcial o juiz (MIRABETE, 2008, p. 21)

Nesse sistema incide uma separação das funções atinentes ao processo, já que o juiz é inerte, órgão imparcial de aplicação da lei. Já ao autor pertence à função de acusador, ao passo que ao réu, além de se defender, poderá exercer todos os direitos que lhe são concedidos.

Com relação às separações das funções, a lição de Denílson Feitoza Pacheco (2008, p. 54) torna-se de bastante auxílio: “[...] o acusador, requerendo e perseguindo

criminalmente; o juiz ou tribunal, julgando; e o acusado, podendo resistir e exercer o direito de defender-se [...]”.

Portanto, as funções de acusação, defesa e julgamento, estão arrojadas à pessoas distintas, sendo que o órgão responsável pelo julgamento, ou seja, o juiz tem como características principais a imparcialidade e o livre convencimento na apreciação das provas, desde que sua decisão seja fundamentada (TÁVORA, 2009, p. 34).

Como característica fundamental do sistema acusatório, destaca-se o impedimento do juiz atuar *ex officio*, isto é, de ofício, uma vez que sua manifestação está condicionada à provocação das partes. Nas palavras de Denílson Feitoza Pacheco (2008, p. 54): “[...] o processo somente tem início se o acusador o requerer e, além disso, a decisão do tribunal está limitada ao caso e as circunstâncias apresentadas pelo acusador [...]”.

Apenas é admissível à parte acusadora dar início ao processo, estando o órgão jurisdicional sujeito à existência de uma ação penal, proposta pelo órgão acusatório, para deliberar a respeito de um litígio.

Como órgão acusatório entende-se o ofendido ou seu representante legal e o Ministério Público, órgão criado pelo Estado. Nesse sentido, como bem explica Tourinho Filho (2010, p. 120): “[...] Presentemente, a função acusadora, em geral, cabe ao Ministério Público. Mas não desnatura o processo acusatório o permitir-se ao ofendido ou ao seu representante o *jus accusationis*”.

Entretanto, embora o juiz deva ser imparcial, nada o impede de requerer a produção de provas, uma vez que: “[...] não adotamos o sistema acusatório puro, e sim o não ortodoxo, pois o magistrado não é um expectador estático na persecução, tendo, ainda que excepcionalmente, iniciativa probatória [...]” (TÁVORA, 2009, p. 34).

É de se destacar que em sede de sistema acusatório, toda a fase processual é conduzida pelos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa, da paridade de armas, da publicidade etc.

Em razão da incidência dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da paridade de armas, infere-se que o acusado (réu) é um sujeito de direitos e, como já ditado, encontra-se em pé de equidade com o acusador (autor), tendo ambos tanto direitos, quanto deveres mútuos. Além disso, há que se falar na possibilidade do acusado contrapor a acusação que lhe foi imputada.

Levando em consideração o sistema acusatório em suas raízes, o processo penal inglês é o que mais se aproxima dele. Conforme os ensinamentos de Denílson Feitoza Pacheco (2008, p. 55):

o processo penal inglês é propriamente um processo de partes, pois, em regra, o juiz não produz provas de ofício, coloca-se imparcialmente de maneira equidistantes das partes e sua decisão se fundamenta no que foi alegado e provado pelas partes, não ampliando o fato apresentado na acusação, nem as provas produzidas

Embora o sistema acusatório com o transpor do tempo, com as modificações das épocas, tenha suportado inúmeras contrafações que o aprimoraram, os seus princípios informadores e suas características continuam incorruptíveis.

3.2 Sistema Inquisitivo ou Inquisitório

Completamente antagônico ao sistema acusatório está o sistema inquisitório. Neste as funções de julgar, acusar e defender estão congregadas na pessoa de um só órgão, qual seja, o jurisdicional (juiz). Ao juiz é permitido ainda dar início ao processo de ofício, independentemente de qualquer manifestação da parte acusadora.

Quanto à intuição do sistema inquisitivo, cabe mencionar os preceitos de Denílson Feitoza Pacheco (2008, p. 55): “O sistema inquisitivo correspondia à concepção de um poder central absoluto, com a centralização de todos os aspectos do poder soberano (legislação, administração e legislação) em uma única pessoa”.

Ademais, no sistema inquisitório não vigoram os princípios do contraditório nem da ampla defesa, inexistindo igualdade entre as partes, uma vez que o acusado não possui nenhuma garantia, pelo contrário, é considerado um simples instrumento, objeto do processo. Para Nestor Távora (2009, p. 34): “[...] O réu, mero figurante, submete-se ao processo numa condição de absoluta sujeição, sendo em verdade mais um objeto da persecução do que sujeito de direitos”.

Isso se dá em virtude de o juiz presidir todos os atos a serem praticados no decorrer do processo, sendo ele quem de ofício o inicia, colhe as provas que achar necessário e, por fim emite a decisão. Além disso, o magistrado ainda pode condenar o acusado baseando-se meramente na confissão do mesmo (TOURINHO FILHO, 2010, p. 121).

No tocante à produção das provas para elucidação do delito, bem como para eventual condenação ou não do acusado, Denílson Feitoza Pacheco (2008, p. 55) ensina que: “[...] adotava-se o sistema de prova legal, no qual as provas tinham valor previamente

estabelecido (por exemplo, necessidade de pelo menos duas testemunhas para provar um fato – *testis unus, testis nullus*) [...]”.

No entanto, levando em consideração que o principal desígnio do procedimento penal era a investigação da verdade a qualquer custo, para sua obtenção admitia-se qualquer espécie de prova, com inclusão da tortura, pela qual se buscava a principal prova desta modalidade de sistema, qual seja, a confissão.

Cabe ressaltar que no sistema inquisitório o procedimento versava em torno de uma inquirição sigilosa, além de ser escrito, descontínuo e não-contraditório (PACHECO, 2008, p. 55).

3.3 Sistema Misto ou Acusatório Formal

Por extremo, temos o sistema misto, também denominado de acusatório formal, abrolhado após a Revolução Francesa. No entendimento de Denílson Feitoza Pacheco (2008, p. 56), não se trata de outro tipo de sistema, mas sim de uma “reforma do sistema inquisitivo”.

Em se tratando de sistema misto, há uma separação do procedimento penal, além de possuir tanto características do sistema acusatório como caracteres do sistema inquisitório.

O sistema processual misto desenvolve-se em dois momentos distintos. Num primeiro momento, é instituído uma fase de investigação preliminar e de instrução probatória, ambas compondo a Instrução Preliminar Inquisitiva. Já num segundo momento, há o juízo contraditório, onde vigoram todas as garantias processuais pertencentes ao acusado (MIRABETTE, 2008, p. 22)

Na fase de Instrução Preliminar Inquisitiva, o juiz possui poderes inquisitórios e, compete a ele a função de captar as provas necessárias.

Na fase do juízo contraditório, considerada fase de julgamento, do processo propriamente dito, permite-se ao acusado exercer todas as garantias que lhe são cabíveis, dentre elas a ampla defesa.

Segundo os ensinamentos de Nestor Távora (2009, p. 34), as etapas do sistema misto podem ser ilustradas da seguinte forma:

- investigação preliminar, a cargo da polícia judiciária;
- instrução preparatória, patrocinada pelo juiz instrutor;
- julgamento: só este último, contudo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

No sistema inquisitivo, as três etapas se desenvolvem sem a presença do contraditório e, com as funções de acusar, defender e julgar congregadas na pessoa do órgão jurisdicional.

Já em sede de sistema misto, somente nas duas primeiras etapas, ou seja, a investigação preliminar e a instrução preparatória não vigoram as garantias do contraditório e da ampla defesa. Na fase de julgamento, assim como no sistema acusatório, as funções de acusar, defender e julgar são infligidas à pessoas díspares, bem como se faz presente o contraditório.

Quanto ao acusado, embora na fase de Instrução Preliminar Inquisitiva não haja nenhuma igualdade entre as partes e, ele não possa praticar nenhum direito, na fase do julgamento, vigora o princípio da paridade de armas e o acusado pode se defender vastamente, pois é considerado um sujeito de direitos (PACHECO, 2008, p. 56).

No que tange ao início do processo, a acusação, via de regra, pública, é realizada pelo Ministério Público. Excepcionalmente, a vítima pode dar início ao processo, propondo a ação penal no caso de alguns delitos específicos (PACHECO, 2008, p. 56).

3.4 Processo Penal Brasileiro e o Sistema Acusatório

O ordenamento processual penal brasileiro adotou o sistema acusatório. Todavia, ha que ser feita uma ressalva. Conforme o escólio de Tourinho Filho (2010, p. 124): “[...] não é o processo acusatório puro, ortodoxo, mas um sistema acusatório com laivos de inquisitivo, tantos são os poderes conferidos àquele cuja função é julgar com imparcialidade a lide, mantendo-se equidistantes das partes [...]”.

Isso ocorre por força de o juiz, no curso do procedimento, ter a faculdade de praticar atos que teoricamente deveriam ser realizados pelas partes, tais como, requisitar a instauração de inquérito policial; decretar de ofício a prisão preventiva; conferir de ofício habeas corpus; ordenar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e relevantes,

como v.g., a busca e apreensão, a interceptação telefônica; determinar a realização de diligências para dirimir dúvidas que envolvem o fato delituoso, condenar por classificação legal diversa da constante na denúncia, dentre outros (TOURINHO FILHO, 2010, p. 124).

Cabe mencionar a posição defendida por Denílson Feitoza Pacheco (2008, p. 58) no sentido de que, embora alguns operadores do direito defendam a tese de que o processo penal é do tipo acusatório, para ele, “nosso sistema não é acusatório, por ser marcadamente informado pelo princípio inquisitivo”.

Ele defende a idéia de que: “Culturalmente, o princípio inquisitivo domina claramente no Brasil” e, como justificativa, leciona que o juiz pode, de ofício, e sem a manifestação das partes, realizar e determinar a prática de alguns atos, conforme já explanado acima.

O processo penal brasileiro é extremamente garantista, uma vez que são concedidos ao réu numerosos direitos e garantias. Prova disso, são os diversos meios de impugnar o pronunciamento judicial (recurso) postos à disposição das partes. Nas lições de Tourinho Filho (2010, p. 125): “[...] concedem-se à Defesa recursos que lhe são exclusivos, como os embargos infringentes e de nulidade [...]”.

Outro exemplo de benefício conferido ao acusado é a possibilidade de transação penal quando o mesmo comete um crime de menor potencial ofensivo, hipótese em que ao invés de ser imposta pena privativa de liberdade, o réu se submete à pena de multa ou restritiva de direitos.

Por força do artigo 626, parágrafo único do Código de Processo Penal, no caso de revisão criminal, é vedada a reforma para pior (*reformatio in pejus*).

Ademais, vigora no processo penal os princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como é defeso ao juiz dar início ao processo de ofício, estando sujeito à atuação do titular da ação penal.

Como é sabido, no processo penal brasileiro, a ação penal pode ser pública ou privada. Na primeira hipótese, a acusação fica sob a responsabilidade do Ministério Público, representado pelo Promotor de Justiça, ao passo que na segunda hipótese, a função de acusador está nas mãos da própria vítima, que poderá atuar também na ação pública, caso o promotor seja desidioso e não proponha a ação penal no prazo estipulado em lei, é a chamada ação penal supletiva.

A primeira fase da *persecutio criminis* é a investigação criminal. Esta antecede a fase da ação penal ou do processo propriamente dito, portanto, trata-se de fase pré-processual. É na investigação criminal que a Polícia Judiciária irá desenvolver uma atividade

preparatória, colhendo elementos probatórios suficientes referentes a um fato delituoso, com o intuito de formar a *opinio delicti* do órgão acusatório.

Cabe destacar que na investigação criminal, o instrumento utilizado pelo órgão estatal (Polícia Judiciária) para conseguimento de suas finalidades é o inquérito policial, que se caracteriza como um procedimento inquisitivo, pois nele não há contraditório, nem ampla defesa.

Contudo, mesmo com o inquérito policial, o sistema acusatório não perde suas características, pois o inquérito policial é uma fase pré-processual, de caráter administrativo, que tem como finalidade a elucidação da materialidade e autoria delitiva através da produção de provas.

Não obstante o inquérito policial ser inquisitivo, não regido pelo crivo do contraditório, deve haver uma atenção, sobretudo nos casos em que a prova produzida durante o inquérito não se sujeitará a confirmação na fase processual. Nestes casos,

[...] impende que a autoridade policial, mediante ato fundamentado, assegure a participação do indiciado – quando possível – na produção probatória, conferindo efetividade a direitos fundamentais constitucionais no âmbito do inquérito policial (TÁVORA (2009, p. 34).

A partir do momento em que o Ministério Público, por intermédio da denúncia, ou a vítima, através da queixa, ingressa com a ação penal em juízo, inicia-se a fase processual e está aperfeiçoada a relação processual. Formada a relação processual, o processo passa a ser contraditório e público, salvo algumas exceções previstas em lei. (TOURINHO FILHO, 2010, p. 124).

4 FORMAS DE INVESTIGAÇÃO

4.1 Inquérito Policial

4.1.1 Conceito

Como já exposto anteriormente, com a prática de uma infração penal, surge para o Estado o jus puniendi, ou seja, o direito de punir o suposto autor do delito. Consequentemente inicia-se a chamada *persecutio criminis*, composta de dois momentos distintos.

O primeiro momento é o da investigação criminal, realizado pela Polícia Judiciária (ou Polícia Civil). Nessa fase, são colhidos todos os elementos, dados ou informações necessárias para se demonstrar a materialidade e autoria do fato delituoso.

Findada as investigações, todos os elementos obtidos são levados ao órgão acusatório, isto é, ao Ministério Público, para que venha ser promovida a ação penal, dando-se início ao segundo momento da *persecutio criminis*.

A formalização da investigação, ou seja, a forma de documentar todas as diligências desempenhadas pela Polícia Judiciária é através do Inquérito Policial.

No tocante ao surgimento do Inquérito Policial, em nenhum momento ele era mencionado nas Ordenações Filipinas, nem tão pouco no Código de Processo do Império (1832), que só regulamentava as funções dos Inspetores de Quarteirão (TOURINHO FILHO, 2010, p.238).

Somente com a Lei nº 2.033 de 20 de março de 1871, regulamentada pelo Decreto-Lei nº 4.824 de 28 de novembro de 1871, que abrolha no ordenamento jurídico brasileiro o Inquérito Policial, que no artigo 42 da referida lei era definido como o instrumento que consiste: “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”.

Da interpretação dos artigos 4º e 12º, ambos do Código de Processo Penal, o Inquérito Policial pode ser definido como um instrumento utilizado pela Polícia Judiciária para apuração das infrações penais e de sua autoria, com finalidade de servir de alicerce para a

denúncia ou queixa. Destarte, é de fundamental importância, uma vez que influirá na procedência ou não de uma eventual ação penal.

Nesse sentido, conforme ensinamento de Bartolomeu Araújo (2005, p. 19), o inquérito policial:

É um procedimento de caráter formal, escrito, de natureza investigatória, presidido pelo Delegado de Polícia, que tem como objetivo esclarecer as circunstâncias e autoria do delito, para viabilizar a propositura da Ação Penal pelo órgão do Ministério Público ou pelo ofendido, conforme de trate de crime de Ação Penal Pública ou Privada, e servir de suporte ao pertinente processo.

Nas palavras de Luiz Carlos Rocha (1998, p.5):

O inquérito policial é o procedimento administrativo de caráter inquisitivo que formaliza a investigação policial, contendo apenas os elementos necessários para instruir a denúncia do Ministério Público, nos crimes de ação penal pública, ou a queixa-crime do ofendido ou do seu representante legal, feita por meio de advogado, nos crimes de ação penal privada.

Por fim, cabe citar ainda, a excelente conceituação dada por Hidejalma Muccio (2006, p.19):

O inquérito policial é um instrumento de forma escrita e com caráter informativo, revestido de sigilosidade e inquisitorialidade, no qual, de regra, tem lugar a primeira fase da persecução penal – a *persecutio criminis* – consistente na apuração da infração penal e da sua autoria, sem prejuízo da colheita de outras provas que guardem relação com o fato.

Findado a análise a respeito do conceito, lidaremos a seguir no tocante à natureza jurídica do inquérito policial, ponderando suas principais características.

4.1.2 Natureza Jurídica

Da análise feita a partir do conceito, infere-se que o inquérito policial possui natureza escrita, sigilosa, inquisitiva, além de se tratar de um procedimento administrativo e investigativo de instrução provisória.

No que diz respeito ao caráter escrito do inquérito, dispõe o artigo 9º do Código de Processo Penal que: “Todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade”.

Não faz sentido a utilização da oralidade na elaboração do inquérito policial, uma vez que tem como finalidade fornecer elementos probatórios imprescindíveis ao órgão ministerial, a fim de que este possa ingressar com a ação penal, bem como dar fundamento satisfatório à ação penal para que contenha justa causa (MUCCIO, 2006, p. 20).

De acordo com o dispositivo legal supra mencionado, o inquérito policial poderá ser também datilografado, dando celeridade às investigações. Dessa forma, conforme o escólio de Tourinho Filho (2010, p. 252):

Em muitos Estados da Federação, até há pouco tempo, as peças do inquérito policial eram simplesmente reduzidas a escrito. Hoje, não só no Estado de São Paulo, como nos demais, todas as peças do inquérito são datilografadas. Datilografando-se, ganha tempo; não haverá necessidade de se “interpretar” a caligrafia dos Escrivães de Polícia, e, além dessas vantagens, as peças datilografadas sujeitam-se menos a borrões motivados por água ou substância análoga.

O inquérito policial também tem natureza jurídica sigilosa, já que por força do artigo 20 do Código de Processo Penal: “a autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”. Portanto, o princípio da publicidade, que vigora na fase judicial, não é estendido para o inquérito policial, não havendo publicidade nos atos da polícia judiciária.

A finalidade do inquérito policial é investigar, elucidar o fato delituoso e sua autoria, sendo necessário para tanto, o sigilo durante sua realização, pois, do contrário, quase nenhum valor e eficácia terão as diligências efetuadas pela Polícia Judiciária.

Com muito acerto observa Hidejalma Muccio (2006, p.21):

[...] A ação investigatória, para que tenha sucesso, não pode sofrer qualquer ingerência do autor da infração penal, seja por si ou por seus pares, inclusive parentes. Há de se preservar, nessa primeira fase da *persecutio criminis*, a prova material do delito, a garantia da oitiva do ofendido e das testemunhas, a apreensão do instrumento ou objeto relacionado com a infração penal etc.

O princípio do contraditório, garantido constitucionalmente, não vigora nos atos realizados no inquérito policial, por se tratar de um procedimento e não de um processo. Destarte, o inquérito se reveste ainda de um caráter inquisitorial.

Isso ocorre em virtude da inexistência de instrução criminal, conforme análise do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, que faz menção a “processo”, o que não há

no inquérito policial, uma vez que este se trata de um procedimento administrativo, além de ser considerado uma fase preliminar à fase judicial (PACHECO, 2008, p.162).

Diante desse caráter inquisitivo inerente ao inquérito, conclui-se que o indiciado é considerado como um objeto de investigação e não um sujeito de direitos. Além disso, o autor do delito não tem permissão para interferir ou determinar a colheita desta ou daquela prova (MUCCIO, 2006, p. 25).

Na condução do inquérito policial, a autoridade policial goza de discricionariedade, isto é, as atribuições a ela outorgadas são discricionárias, já que na determinação das diligências, atua livremente, sem qualquer interferência, desde que seus atos estejam dentro dos limites deliberados em lei.

Nesse contexto, dispõe o artigo 14 do Código de Processo Penal: “O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligências, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade”

Portanto, torna-se permitido à autoridade policial “deferir ou indeferir qualquer pedido de prova feito pelo réu ou pelo ofendido (art. 14), bem como determinar a incomunicabilidade do indiciado (art. 21) [...]” (MARQUES, 2000, p. 165)”.

Cabe citar, nessa acepção, os ensinamentos do Professor José Frederico Marques (2000, p. 165): “[...] quer agindo discricionariamente, quer atuando estritamente vinculada à lei, mantém a autoridade policial ao réu, como objeto de investigações, e não como sujeito ou titular de direitos [...]”.

No máximo, é aferido ao indiciado a possibilidade de requerer determinada diligência com a finalidade de resguardar determinado direito, ficando a critério da autoridade policial o deferimento ou não, conforme analisado no artigo 14, haja vista seu poder discricionário.

Ainda nas palavras do aludido doutrinador: “[...] O que o indiciado pode exigir é tão-só que lhe seja respeitado o *status libertatis*, de forma que é vedado à polícia, fora dos casos estritamente legais, prender o réu ou recusar-lhe fiança [...]”. Essa regra encontra-se disciplinada no artigo 5º, inciso LXVI, da Lei Maior.

Com a perpetração de um fato delituoso, ressalvadas algumas exceções, a autoridade policial não depende de provocação para instaurar o pertinente inquérito policial, podendo proceder de ofício à apuração da materialidade e autoria do delito. Trata-se de um dever jurídico que possui a autoridade policial.

Nesse sentido, colham-se os ensinamentos de Hidejalma Muccio (2006, p. 25):

[...] Como não há acusação nem defesa nessa fase da persecução penal, a autoridade investida na função de investigar a infração penal e sua autoria não se ocupa com o mérito. Compete-lhe, tão-somente, colher os elementos necessários ao exercício da ação penal pelo seu titular e dos elementos probatórios razoáveis sobre a existência do crime e da autoria, assegurando-lhe a justa causa [...].

Por derradeiro, ainda no que diz respeito ao caráter inquisitivo do inquérito policial, cabe mencionar que se revela na impossibilidade das partes alegarem suspeição às autoridades policiais no inquérito, conforme dispõe o artigo 107 do Código de Processo Penal, que possui a seguinte dicção: “Não se poderá opor suspeição às autoridades policiais nos atos do inquérito, mas deverão elas declarar-se suspeitas, quando ocorrer motivo legal”.

Segundo preleciona com grande propriedade Espínola Filho (2000, p. 329):

O que se não permite é às partes argüir de suspeitas as autoridades policiais, que procedem a inquéritos, medida de evidente prudência, pois as investigações policiais seriam, a todo transe, perturbadas na sua marcha normal, exigindo celeridade e independência de movimentos, pelas constantes argüições dos que têm os seus atos sujeitos à sindicância da autoridade policial, sempre dispostos a, por isso, se considerarem perseguidos e vítimas de inimizades capitais.

No entanto, como se observa na parte final do mencionado artigo, nada impede que a própria autoridade policial, de ofício e advindo um motivo legal, se declare suspeita, não atuando assim no inquérito policial. Caso contrário, seria um despropósito por parte do Estado, uma vez que a autoridade poderia, com sua conduta, causar vergonha e humilhação ao indiciado, ou até, se omitindo na colheita de elementos que seriam essenciais para uma futura condenação ou absolvição, criando embaraços à *persecutio criminis in iudicio* (TOURINHO FILHO, 2010, p. 259).

Haverá suspeição, e a autoridade policial deixará de atuar no inquérito policial, nas hipóteses estabelecidas no artigo 254 do Código de Processo Penal, aplicado analogicamente.

O Ministério Público poderá se recusar a oferecer denúncia com fundamento num inquérito presidido por autoridade policial suspeita, podendo solicitar que as diligências sejam realizadas novamente; o mesmo se aplica ao juiz quando se utilizar da livre apreciação da prova, podendo, inclusive, representar perante o Chefe de Polícia. Isso acontece porque, não se abstendo de atuar nos atos de inquérito, a autoridade policial violará o dever funcional que lhe é devido na realização de suas atividades (ESPÍNOLA FILHO, 2000, p. 328).

Deste modo, a não existência do contraditório e da concatenação dos atos, a determinação da sigilosidade, bem como a não intromissão de pessoas adventícias durante a

realização dos atos investigatórios, é o que confere ao inquérito a característica da inquisitorialidade (TOURINHO FILHO, 2010, p. 258).

Outro caráter atinente ao inquérito policial, é que se trata de um procedimento administrativo, ou seja, as atividades nele desenvolvidas são unicamente administrativas. No inquérito policial, é desempenhada pelo Estado, uma função administrativa.

Quanto a este caráter administrativo, nos leciona Eugênio Pacelli de Oliveira (2009, p. 43):

A fase de investigação, portanto, em regra promovida pela polícia judiciária, tem natureza administrativa, sendo realizada anteriormente à provocação da jurisdição penal. Exatamente por isso se fala em fase pré-processual, tratando-se de procedimento tendente ao cabal e completo esclarecimento de caso penal, destinado, pois, à formação do convencimento (opinio delicti) do responsável pela acusação [...].

No inquérito policial, não há instrução jurisdicionalmente garantida, e sim, uma fase investigatória de fato, concluindo-se, portanto, que não existe judicialidade em seus atos. Assim sendo, os elementos nele colhidos não passam de simples dados informativos para servir de alicerce à denúncia (BARBOSA, 2004, p. 26)

Com relação à primeira fase da persecução criminal, qual seja, a investigação criminal, instrui Manoel Messias Barbosa (2004, p. 26) que:

[...] Nessa fase, não existe relação processual: este complexo sistema de atividades investigatórias, constituído dos atos que a polícia judiciária realiza antes que intervenha a autoridade judiciária, não integra a relação processual [...].

Por fim, a última natureza do inquérito policial é ser ele, um procedimento investigatório de instrução provisória, haja vista possuir característica de um método preparatório e informativo, bem como, tem por escopo, procurar o esclarecimento dos crimes cometidos.

Nesse sentido, colham-se os ensinamentos de José Frederico Marques (2000, p. 162): “Entre nós, a polícia judiciária prepara a ação penal, não apenas praticando os atos essenciais da investigação, mas também organizando uma instrução provisória, a que se dá o nome de inquérito policial”.

Conforme reza a Exposição de Motivos do Código de Processo Penal nº IV:

[...] há em favor do inquérito policial, como instrução provisória antecedendo à propositura da ação penal, um argumento dificilmente contestável: é ele uma garantia contra apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a

trepidação moral causada pelo crime ou antes que seja possível uma exata visão de conjunto dos fatos, nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas [...].

Ademais, cabe mencionar o artigo 6º do Código de Processo Penal, que dispõe todas as medidas a serem tomadas pela autoridade policial, logo que tiver ciência da prática de um delito; dentre estas medidas, se destaca a estabelecida no inciso III, que possui a seguinte locução: “colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias”.

Com o cometimento de um delito, as primeiras providências devem ser tomadas imediatamente, a fim de que os vestígios não desapareçam, sob pena de que, se isso acontecer, não prosperar a ação penal; portanto, a polícia judiciária é a mais capacitada para proceder rapidamente às investigações, pois, em regra, é quem recebe a *notitia criminis* primeiramente (BARBOSA, 2004, p.28).

O doutrinador Bartolomeu Araújo (2005, p. 20) ainda faz alusão a outras duas características do inquérito policial, quais sejam, indisponibilidade e dispensabilidade.

Ressalvadas as situações abarcadas pelo Juizado Especial Criminal, logo que for comunicada da existência de uma infração penal, a autoridade policial deverá instaurar inquérito policial, por força do § 3º, do artigo 5º, do Código de Processo Penal. Este, não poderá ser arquivado pela autoridade policial, mas sim pelo magistrado, a requerimento do Órgão Ministerial. Reza o artigo 17 do Código de Processo Penal que: “A autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito”. Isso ocorre em razão da indisponibilidade do inquérito policial (ARAÚJO, 2005, p. 20 - 21).

Ademais, o inquérito policial, em regra, tem sido o embasamento da Denúncia ou da Queixa-Crime; bem como, em diversas ocasiões, vem servindo de fulcro às sentenças condenatórias, principalmente, no tocante aos crimes mais graves, os quais se exigem uma investigação abstrusa, e um trabalho esmiuçador na colheita de elementos probatórios, que levarão à autoria e circunstâncias da infração penal. Todavia, em se tratando de crime de ação penal pública ou ação penal privada, se os elementos de que dispuser o promotor ou o ofendido forem satisfatórios, poderão oferecer denúncia ou queixa-crime respectivamente, independentemente da instauração do inquérito policial. Portanto, infere-se que o inquérito é dispensável, uma vez que a sua instauração não é condição para que haja denúncia ou queixa. (ARAÚJO, 2005, p. 21).

4.1.3 Finalidades

A atividade que é desenvolvida pela polícia judiciária no inquérito policial, nos moldes do artigo 4º do Código de Processo Penal, tem por finalidade apurar as infrações penais e sua respectiva autoria, a fim de que o órgão acusatório tenha em seu poder elementos suficientes para formar sua *opinio delicti* e promover a ação penal.

Nas palavras de Bartolomeu Araújo (2005, p. 23):

O inquérito policial tem por escopo proporcionar o mais absoluto esclarecimento dos delitos, definindo com minúcias as autorias e as circunstâncias que os envolveram, propiciando, praticamente na totalidade dos casos, o suporte necessário ao Promotor de Justiça ou ao ofendido, na instrução da Denúncia ou da Queixa conforme o tipo de Ação Penal, além de servir de base ao processo criminal.

Leciona ainda, Tourinho Filho, acerca da finalidade do inquérito policial (2010, p. 241):

[...] Apurar a infração penal é colher informações a respeito do fato criminoso. Para tanto, a Polícia Civil desenvolve laboriosa atividade, ouvindo testemunhas que presenciaram o fato ou que dele tiveram conhecimento por ouvirem a outrem, tomando declarações da vítima, procedendo a exames de corpo de delito, exames de instrumentos do crime, determinando buscas e apreensões, acareações, reconhecimentos, ouvindo o indiciado, colhendo informações sobre todas as circunstâncias que circunvolveram o fato tido como delituoso, buscando tudo, enfim, que possa influir no esclarecimento do fato [...].

No que diz respeito à existência da infração penal, Eugênio Pacelli de Oliveira (2009, p.46) faz um adendo: “[...] O que não se deve é determinar a imediata instauração de inquérito policial sem que se tenha demonstrada nem a infração penal, nem mesmo qualquer indicativo idôneo de sua existência [...]”.

Isso ocorre, em virtude de haver denúncias anônimas que restam infrutíferas, podendo atingir a moral de quem foi acusado injustamente.

Portanto, antes de tudo, a polícia judiciária deve apurar a veracidade da notícia, apurar se realmente o fato existiu; no dizer de Eugênio Pacelli de Oliveira (2009, p. 46): “a autoridade policial deve encetar diligências informais”.

A ação penal não poderá ser promovida enquanto não se conhecer o verdadeiro autor da conduta ilícita, portanto, a autoridade policial deve desenvolver todas as diligências imprescindíveis para apurar a autoria delitiva (TOURINHO FILHO, 2010, 241).

O artigo 41 do Código de Processo Penal dispõe que, dentre as condições para ofertar a denúncia ou queixa, é necessário conter a qualificação do acusado. Dessa forma, sendo a autoria desconhecida, nem o Ministério Público, nem o ofendido, poderão promover a ação penal. Nos ensinamentos de Tourinho Filho (2010, p. 241):

[...] o art. 41 do CPP, por razões óbvias, exige, como um dos requisitos essenciais para a peça vestibular da ação penal, a qualificação do réu ou, pelo menos, esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, sob pena de ser a denúncia ou queixa rejeitada por manifesta inépcia formal.

Todas as atividades estabelecidas no artigo 6º do Código de Processo Penal, que são desempenhadas pela polícia judiciária no inquérito policial, são formas de apurar um crime, colhendo informações e elementos necessários para provar a materialidade e autoria do fato delituoso.

Nesse contexto, colha-se a excelente elucidação de João Mendes de Almeida Júnior (1920, p. 125) a respeito da influência do inquérito na ação penal: “O inquérito policial, com todas as diligências, forma um instrumento ou para a denuncia ou para a queixa [...]”.

Consequência disso é o artigo 12 do Código de Processo Penal que possui o seguinte texto: “O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra”.

Por fim, cabe mencionar outra função do inquérito, qual seja, servir de base para que a autoridade judiciária possa decretar a prisão preventiva do acusado, ou seja, esse procedimento investigativo de instrução provisória é utilizado como fundamento para utilizar-se da referida medida cautelar. Para que isso seja válido, é indispensável que o inquérito policial esteja formalmente em ordem, isto é, que todas as diligências nele realizadas não ultrapassem os limites estabelecidos em lei. Exemplo disso é a não existência de provas obtidas por meios ilícitos, já que a Carta Magna não admite tais provas no processo, conforme dispõe o artigo 5º, inciso LVI (MARQUES, 2000, p. 170).

4.1.4 Formas de Instauração do Inquérito Policial

Como anteriormente ponderado, é através do inquérito policial que a polícia judiciária fará a apuração da materialidade e autoria delitiva. Logo, assim que tomar conhecimento, por intermédio da *notitia criminis*, da infração penal, deverá a autoridade policial instaurar inquérito policial para que se dê início às investigações.

A notícia do crime poderá chegar à presença da autoridade policial de três formas: a) por intermédio das atividades rotineiras desenvolvidas pela polícia; b) por meio de requerimento da própria vítima do crime, ou de seu representante legal; e c) quando juntamente com a notícia do crime, é apresentado também o autor do delito, como ocorre na prisão em flagrante.

No ordenamento jurídico pátrio, como se pode notar no Código de Processo Penal, o processo penal ou é de ação pública ou de ação privada, dependendo do crime praticado.

O direito de petição, no âmbito penal, se caracteriza pela denúncia (ação pública) ou pela queixa-crime (ação privada). Na primeira, por força do artigo 129, inciso I, da Constituição Federal, o ente legitimado para realizá-la é o Ministério Público; já na segunda a legitimação é pertencente ao ofendido.

Nos crimes de ação penal pública, por força do que estabelece o artigo 5º do Código de Processo Penal, o inquérito policial poderá ser instaurado de ofício pela autoridade policial, mediante requisição da autoridade judiciária, do representante do Ministério Público ou do Ministro da Justiça, bem como por representação do ofendido ou de seu representante legal.

A ação penal pública se apresenta de duas maneiras, quais sejam, pública incondicionada ou condicionada a representação.

Quando se tratar de ação pública incondicionada, o Estado não precisa de condição alguma para desenvolver a persecução penal, movendo sua estrutura sem qualquer condicionante. Esta se dá geralmente para crimes considerados graves. Nos dizeres de Tourinho Filho (2010, p. 387):

Na incondicionada, o órgão do Ministério Público a propõe sem que haja manifestação de vontade de quem quer que seja. Desde que provado o crime [...], o órgão do Ministério Público deve promover a ação penal, sendo até irrelevante contrária manifestação de vontade do ofendido ou de quem quer que seja.

Por outro lado, nos crimes em que a ação penal é pública condicionada, como o próprio nome diz, há uma condição para que seja proposta, qual seja, a representação do ofendido ou de quem legalmente o represente, ou a requisição do Ministro da Justiça (MUCCIO, 2006, p.28)

É necessário na primeira hipótese uma autorização, o consentimento da própria vítima ou do seu representante, ao passo que na segunda hipótese, se faz imperioso uma solicitação por parte do Ministro da Justiça para que haja a persecução ao crime, é o que a doutrina denomina de condição de procedibilidade.

Segundo Tourinho Filho (2010, p. 387):

Na condicionada, é ainda o órgão do Ministério Público quem a promove, mas sua atividade fica subordinada, condicionada, a uma manifestação de vontade, que se traduz por meio da representação (manifestação de vontade do ofendido ou de quem o represente legalmente) ou da requisição do Ministro da Justiça (manifestação de vontade ministerial).

Deverão ser respeitadas essas condições, pois, do contrário, as investigações e, conseqüentemente o inquérito policial, não poderão ser iniciados, segundo o que está estipulado no § 4º, do artigo 5º, do Código de Processo Penal.

Já nos crimes em que a ação é de iniciativa privada, reza o § 5º, do artigo 5º, do Código de Processo Penal que: “a autoridade policial somente poderá proceder a inquérito a requerimento de quem tenha qualidade para intentá-la”.

O Professor José Frederico Marques (2000, p. 391) conceitua ação privada como sendo: “aquela em que o direito de acusar pertence, exclusiva ou subsidiariamente, ao ofendido ou a quem tenha qualidade para representá-lo”. Continua explanando que: “Ela se denomina *ação privada*, porque seu titular é um particular, em contraposição à ação penal pública, em que o titular do *jus actionis* é um órgão estatal: - o Ministério Público”.

Geralmente, a ação penal privada pode ser de dois tipos: a) exclusiva: casos em que o querelante irá propor-la nos casos em que a própria lei penal define o crime como sendo de ação privada; e b) subsidiária da pública: a vítima poderá propor a ação quando o promotor for inerte, não atuar, caso em que a ação é pública, mas por essa inércia, cabe à vítima optar pelo oferecimento da queixa-crime.

Como visto, se o crime for de iniciativa privada, o titular da ação penal é a própria vítima ou seu representante. Portanto, o início das atividades de persecução ao crime desenvolvidas pelo Estado está sujeito única e exclusivamente à iniciativa do particular, isto é, à sua manifestação de vontade.

O próprio tipo penal quem vai estabelecer se o crime é de ação pública, condicionada ou incondicionada, ou se é de ação privada. Segundo o escólio de Hidejalma Muccio (2006, p. 29): “É a natureza do crime que determina, então, a forma como o inquérito policial pode ser iniciado”.

O inquérito policial, quando se tratar de crime de ação penal pública incondicionada, será instaurado por: portaria; auto de prisão em flagrante; requisição da autoridade judiciária; requisição do membro do Ministério Público; e requerimento do ofendido ou do seu representante legal.

Na hipótese de o inquérito policial ser instaurado, de ofício pela autoridade policial (artigo 5º, inciso I, do Código de Processo Penal), a *notitia criminis* chega ao conhecimento desta, por meio das atividades corriqueiras que a polícia desenvolve todos os dias. A notícia pode ser produzida pela imprensa, pela vítima, por alguma testemunha que viu o fato ou pelos próprios agentes policiais; nestes casos, destarte, a peça inaugural do inquérito é a Portaria (MUCCIO, 2006, p. 29).

A portaria, nada mais é do que uma peça escrita, onde a autoridade policial irá instaurar o inquérito policial, bem como definirá todas as providências que serão tomadas para a hábil elucidação do crime, como v.g., a oitiva da vítima, o depoimento das testemunhas, o interrogatório do acusado, exames periciais e etc. (ARAÚJO, 2005, p. 25) Além disso, deverá constar na portaria a descrição objetiva do fato delituoso, uma possível indicação do autor do delito, e, o enquadramento no tipo penal correspondente aos fatos

O inquérito policial também pode ser iniciado pelo auto de prisão em flagrante, que consistirá na primeira peça do instrumento investigativo. Considera-se preso em flagrante, aquele que se enquadrar em uma das hipóteses do artigo 302 do Código de Processo Penal.

Segundo a explanação de Hidejalma Muccio (2006, p. 37):

Se o autor do fato for preso em flagrante (numa das situações do art. 302 do CPP), uma vez apresentado à autoridade policial, lavrar-se-á, nos termos da lei, um auto que se denomina Auto de Prisão em Flagrante Delito

No que tange ao conteúdo do auto de prisão em flagrante, expõe Bartolomeu Araújo (2005, p. 26)

[...] consiste no depoimento do condutor de suposto autor de crime, nos depoimentos das testemunhas, na oitiva da vítima, no interrogatório do conduzido e na capitulação da incidência penal, formando um único auto, devidamente assinado por todas as partes.

Insta ressaltar que o flagrante deve estar formalmente em ordem, isto é, sem nenhum vício de forma, caso contrário, poderá ser declarada a nulidade do feito, assim como a prisão deverá ser imediatamente relaxada pela autoridade judiciária.

Além da portaria e do auto de prisão em flagrante, inicia-se o inquérito mediante requisição da autoridade judiciária e requisição do membro do Ministério Público, nos termos do artigo 5º, inciso II, do Código de Processo Penal.

No primeiro caso, o magistrado, tomando ciência da ocorrência de um delito, poderá requisitar frente à autoridade policial a instauração de inquérito policial. Aqui, a requisição da autoridade judiciária será a peça inaugural do inquérito, podendo a autoridade policial, na própria requisição, distribuir seu despacho determinando a instauração do inquérito policial (MUCCIO, 2006, p. 39). Essa hipótese está elencada no § 4º, do artigo 39, do Código de Processo, que assim dispõe: “A representação, quando feita ao juiz ou perante este reduzida a termo, será remetida à autoridade policial para que esta proceda a inquérito”.

Já no segundo caso, quem recebe a notícia criminis e faz a requisição é o membro do órgão Ministerial, isto é, o promotor de justiça, considerado o titular da ação penal pública incondicionada. Da mesma forma que na requisição do juiz, a requisição do promotor também configura a peça inicial do inquérito policial.

A respeito do conteúdo das requisições do magistrado e do promotor, Tourinho Filho (2010, p. 267) esclarece que: “Em ambas as hipóteses, a requisição deverá conter, se possível, os necessários esclarecimentos sobre o fato incriminado, a individualização do pretense culpado ou seus sinais característicos e o rol de testemunhas”.

A última forma de instauração do inquérito policial é através do requerimento do ofendido ou de seu representante legal (artigo 5º, inciso II, da Lei Processual Penal). Nas palavras de Hidejalma Muccio (2006, p. 48):

Sendo apto à desencadear a investigação criminal, o requerimento será a peça inicial do inquérito policial, pois, ao deferi-lo, a autoridade policial, no seu próprio corpo determina a instauração do investigatório.

O artigo 5º do Código de Processo Penal, em seu § 1º, expressamente, estabelece expressamente qual o teor do requerimento da vítima ou de seu representante. Assim reza o referido dispositivo legal:

§ 1º O requerimento a que se refere o nº II conterá sempre que possível:
a) a narração do fato, com todas as circunstâncias;

- b) a individualização do indiciado ou seus sinais característicos e as razões de convicção ou de presunção de ser ele o autor da infração, ou os motivos de impossibilidade de o fazer;
- c) a nomeação das testemunhas, com indicação de sua profissão e residência.

Embora o requerimento seja permitido em lei, cabe destacar que é admissível o seu indeferimento, evitando assim, solicitações inúteis por parte da vítima, uma vez que se se abrisse precedente, a todo o momento teríamos abertura de inquérito por motivos fúteis.

4.2 Termo Circunstanciado

A Lei nº 9.099/95 instituiu no ordenamento jurídico brasileiro os Juizados Especiais Criminais com a finalidade de julgar os crimes de menor potencial ofensivo, quais sejam, os crimes cuja pena máxima não ultrapasse dois anos, bem como todas as contravenções penais, nos moldes do artigo 61 da referida lei.

Havendo um fato que se enquadre em um desses tipos penais, portanto, um fato típico, determina a lei que a autoridade policial documente o fato criminoso em uma peça denominada Termo Circunstanciado (MUCCIO, 2006, p. 279).

O Termo Circunstanciado é um instrumento preparado sem rigorismo formal, sendo caracterizado como uma peça simples, que contém, sucintamente, a descrição do evento delituoso, assim como as partes e possíveis testemunhas.

Nesse sentido, o Termo Circunstanciado, nas palavras de Bartolomeu Araújo (2005, p. 61):

É o procedimento escrito, objetivo, sucinto, elaborado pela Autoridade Policial, previsto no art. 69 da Lei 9.099/95, substituto do Inquérito Policial nos crimes de menor potencial ofensivo, onde deverão ser consignados os dados identificadores do autor e da vítima, a pertinência da norma penal ao fato, além de um breve histórico das circunstâncias do delito.

Segundo Manoel Messias Barbosa (2004, p. 43), o termo circunstanciado é considerado como um mini-flagrante, uma vez que deverá ser instruído com todos os documentos que foram confeccionados em virtude da ocorrência do fato delituoso.

Reza o artigo 69 da Lei nº 9.099/95 que ao tomar conhecimento do fato, a autoridade policial, após a elaboração do termo circunstanciado, o encaminhará imediatamente ao Juizado Especial Criminal, juntamente com o autor e a vítima do fato.

Destarte, é evidente a inexistência do Inquérito Policial. Isso se dá em razão dos princípios norteadores dos Juizados Especiais, dentre eles se destaca o princípio da celeridade (art. 81), ou seja, deve ocorrer uma imediata prestação jurisdicional na solução do conflito.

Por esse motivo,

[...] não se coaduna com o procedimento dos Juizados Especiais a adoção de diligências investigatórias mais complexas ou a realização de atos atinentes ao Inquérito Policial, a exemplo da tomada de depoimentos formais, indiciamento do suposto autor, interrogatório etc. Caso sejam necessárias tais providências, certamente deverão ser realizadas nos autos do Inquérito, instaurado para tal fim (ARAÚJO, 2005, p. 63).

É possível concluir que, com a criação do termo circunstanciado, o legislador buscou, nos crimes considerados menos graves, substituir a figura do inquérito policial, dando ao procedimento do JECRIM maior rapidez na solução do litígio.

Desta forma, colham-se os ensinamentos de Manoel Messias Barbosa (2004, p. 44): “Não resta nenhuma dúvida que o objetivo da nova legislação processual foi tornar mais rápida a distribuição da justiça, principalmente nos delitos definidos como de menor potencial ofensivo [...]”.

Entretanto, mesmo diante de uma infração de menor potencial ofensivo, em algumas situações excepcionais, a autoridade policial poderá se utilizar do Inquérito Policial (TÁVORA, 2009, p. 103).

Nesse contexto, conforme os ensinamentos de Hidejalma Muccio (2006, p. 282):

Embora a Lei nº 9.099/95 tenha dispensado o inquérito policial (art. 77, § 1º), não o fez de forma absoluta. Nada impede, sendo até recomendável, que em algumas situações, em vez do termo circunstanciado, a autoridade policial determine a apuração do fato em inquérito policial. Há situações em que o inquérito é necessário [...].

Exemplos comumente dado pela doutrina são os casos onde a autoria do fato é desconhecida, quando a infração penal for de difícil elucidação, ou ainda quando o caso tiver um alto grau de complexidade. Em todas estas situações, por força do que dispõe o artigo 77,

§ 2º da lei nº 9.099/95, a autoridade policial encaminhará as peças existentes ao juízo comum para que seja utilizado o procedimento previsto em lei, ou seja, o inquérito policial.

Nas questões atinentes ao termo circunstanciado, há uma discussão doutrinária quando do advento da lei criadora do JECRIM, que gira em torno da pessoa da autoridade policial que tem competência para elaborar o termo circunstanciado, isto é, divergência no que tange à aceção de Autoridade Policial.

É debatido se a função de preparar o termo circunstanciado pode ser estendida à Polícia Militar, existindo posicionamento tanto favorável, como posicionamento contrário à Polícia Militar desempenhar essa função.

Quanto ao conceito de Autoridade Policial, Damásio De Jesus (2009, p. 42) entende que:

[...] para os estritos fins da Lei comentada, compreende qualquer servidor público que tenha atribuições de exercer o policiamento, preventivo ou repressivo. Se interpretarmos a lei nova sob a ótica do CPP, autoridade é o Delegado de Polícia (arts. 4º, 6º, 7º, 13º, 15º, 16º, 17º, 23º). Se, entretanto, a analisarmos à luz da CF e dos princípios que a informam, encontraremos conceito de maior amplitude, o que atende à finalidade do novo sistema criminal

Tanto o § 4º do artigo 144 da Carta Magna, quanto o artigo 69 da Lei 9.099/95 fazem menção à autoridade policial, entendendo a doutrina, de forma majoritária, ser o Delegado de Polícia, não fazendo nenhuma referência à Polícia Militar.

Isso se dá em virtude do preparo que se deve ter para a elaboração do Termo Circunstanciado. Como justificativa, cabe citar o escólio de Bartolomeu Araújo (2005, p. 62):

[...] para a elaboração de um termo circunstanciado, não obstante os critérios que norteiam a referida lei é imprescindível acurado conhecimento técnico-jurídico, não só para possibilitar a avaliação da pertinente adequação jurídica à situação fática em análise, mas para permitir a resposta a várias indagações, como v.g., se o delito está inserido dentre aqueles de menor potencial ofensivo [...]

A Constituição Federal estabelece as funções da polícia militar e, em nenhum momento, dá a esta à prerrogativa de elaborar o termo circunstanciado. Isto se observa nitidamente no § 5º do artigo 144 da Lei Maior que tem a seguinte elocução: “Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública [...]”.

Para reforçar ainda mais a tese de que autoridade policial é o Delegado de Polícia, cabe salientar que algumas diligências a serem realizadas em virtude da elucidação do delito e conseqüente elaboração do termo circunstanciado, só poderão ser autorizadas pela autoridade policial ou judicial (ARAÚJO, 2005, p. 62).

Adotando o posicionamento majoritário, qual seja, de que a polícia militar não pode elaborar o termo circunstanciado, ensina Julio Fabbrini Mirabete (2000, p. 85)

[...] em nenhum dispositivo a Lei nº 9.099/95 faz menção a outros agentes públicos diferentes da autoridade policial. Destarte, à guisa do ordenamento jurídico brasileiro, partindo da Constituição Federal, apenas o Delegado de Polícia de carreira é considerado autoridade policial, e somente à ele cabe a função de lavrar o termo circunstanciado.

Infere-se, portanto, que:

[...] a confecção de termo circunstanciado por agente público diverso da Autoridade Policial é medida eivada de vício, que pode gerar a anulação do procedimento, em qualquer fase que se apresente, por se tratar de nulidade absoluta (ARAÚJO, 2005, p. 63).

A partir do próximo tópico, passaremos a estudar os procedimentos investigatórios elaborados por autoridades diversas da autoridade policial.

4.3 Inquéritos Extrapoliciais

Via de regra, o inquérito policial é elaborado pela Polícia Civil, representada pela figura do Delegado de Polícia. No entanto, excepcionalmente, essa competência pode ser estendida, por força de lei, a autoridades administrativas, nos termos do parágrafo único do artigo 4º do Código de Processo Penal, que tem a seguinte dicção: “A competência definida neste artigo **não excluirá a de autoridades administrativas**, a quem por lei seja cometida a mesma função” (*grifo nosso*).

Desta forma, interpretando o artigo acima citado, infere-se que existem inquéritos elaborados por autoridades distintas das policiais, portanto, fala-se em inquéritos extrapoliciais, os quais possuem o mesmo fito dos inquéritos policiais, qual seja, a apuração da materialidade e autoria de um delito (TOURINHO FILHO, 2010, p. 241).

A partir de agora, passaremos a estudar os inquéritos extrapoliciais, iniciando este estudo pela Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI).

4.3.1 Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI)

A Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) esta regulamentada em nosso ordenamento jurídico pela Constituição Federal, em seu artigo 58, § 3º, bem como pela Lei nº 1.579, de 18-03-1952. Assim dispõe o dispositivo constitucional mencionado:

Art. 58, §3º - As comissões parlamentares de inquéritos, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores

Com a finalidade de realizar investigações de maior vulto, as CPIs poderão ser criadas, nos termos da constituição, pela Câmara de Deputados ou pelo Senado Federal, em conjunto ou não, mediante o requerimento de um terço de seus membros. Vale dizer que, se em virtude de suas investigações, a CPI averiguar que se trata de crime cuja competência é atinente à Justiça Comum, poderá o Ministério Público oferecer denúncia, instaurando a instância penal, tomando por base o inquérito realizado na comissão parlamentar (TOURINHO FILHO, 2010, p. 243).

Conforme se pode observar no § 3º, do artigo 58 da Constituição, o objeto das CPIs é a apuração de um fato determinado e por um prazo certo, havendo um limite na execução de sua função, isto é, seus poderes não são absolutos. Nesse sentido, cabe citar as palavras relatadas pelo Ex- Ministro do Supremo Tribunal Federal Paulo Brossard em um de seus julgados:

[...] são amplos os poderes da comissão parlamentar de inquérito, pois são os necessários e úteis para o cabal desempenho de suas atribuições. Contudo, não são ilimitados. Toda autoridade, seja ela qual for, está sujeita à Constituição. O Poder Legislativo também e com ele as suas comissões. A comissão parlamentar de inquérito encontra na jurisdição constitucional do Congresso seus limites. Por uma necessidade funcional, a comissão parlamentar de inquérito não tem poderes universais, mas limitados a fatos determinados, o que não quer dizer que não possa haver tantas comissões quantas as necessárias para realizar as investigações recomendáveis [...] (HC 71.039/Rio de Janeiro/RJ, DJ, 06.12.1996, p. 48708, *Ementa*. V. 1853-02, p. 278, j. 07.04.1994, Tribunal Pleno/STF)

No que tange aos poderes das CPIs diz a Constituição Federal que possuem poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, mas apesar disso, devem respeitar

todas as prerrogativas estabelecidas pela Magna Carta, tais como, o direito ao silêncio, prisão somente em flagrante delito ou por ordem fundamentada de autoridade competente etc. Segundo Tourinho Filho (2010, p. 244) nem tudo pode ser utilizado pela comissão, como v.g., a determinação de busca e apreensões domiciliares, quebra de sigilo das comunicações telefônicas etc., uma vez que, para ele: “não pode a CPI usurpar atividades próprias do Poder Judiciário, em face do princípio da reserva de jurisdição”.

Isso ocorre porque a realização de certos atos, explicitamente situados na Constituição, assim como também em legislações esparsas, somente podem ser procedidos da autoridade judiciária. Nesse contexto, afirma Pedro Lenza (2009, p. 364) com grande propriedade que: “[...] a CPI não poderá praticar determinados atos de jurisdição atribuídos exclusivamente ao Poder Judiciário, vale dizer, atos propriamente jurisdicionais reservados à primeira e última palavra dos magistrados, não podendo a CPI neles adentrar [...]”.

Mesmo mediante certas restrições, é plenamente cabível que a CPI determine a quebra do sigilo fiscal e bancário do indivíduo que esta sendo investigado, sem qualquer ingerência judicial, desde que observadas todas as formalidades por lei definidas (LENZA, 2009, p. 365).

Ademais, à comissão parlamentar são atribuídos outros poderes, previstos nos regimentos internos da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal. Como exemplo, pode ser ostentado o artigo 148 do Regimento Interno do Senado Federal, que estabelece, dentre as diligências que entender imprescindíveis, a possibilidade de a comissão convocar Ministros de Estado, tomar depoimento de qualquer autoridade, requisitar de órgão público informações ou documentos de qualquer natureza, dentre outras.

As CPIs, não possuem o condão de punir nem tampouco de condenar alguém. Nas palavras de Pedro Lenza (2009, p. 363): “[...] As suas conclusões serão encaminhadas ao Ministério Público, e este órgão será o responsável para, existindo elementos, promover a responsabilização civil ou criminal dos infratores”.

Analisando densamente a comissão parlamentar, observa-se que ela não julga, mas apenas investiga fatos, tendo em vista os poderes instrutórios que lhe foram aferidos; assim, dispõe o artigo 2º da Lei nº 1.579/52 que: “no exercício de suas atribuições, poderão as Comissões Parlamentares de Inquérito determinar as diligências que reputarem necessárias [...]”. Além do mais, seguindo a regra constitucional de que toda decisão deve ser fundamentada, toda determinação emanada da CPI deverá ser justificada, sob pena de ocorrer vício de ineficácia do ato (LENZA, 2009, p. 364).

Quanto às informações a que a CPI poderá ter acesso no exercício de sua função investigatória, cabe enfatizar o § 1º, do artigo 4º, da Lei Complementar nº 105, de 10.01.2001, que assim dispõe:

Art. 4º, § 1º: “As comissões parlamentares de inquérito, no exercício de sua competência constitucional e legal de ampla investigação, obterão as informações e documentos sigilosos de que necessitarem, diretamente das instituições financeiras, ou por intermédio do Banco Central do Brasil ou da Comissão de Valores Mobiliários”.

Ainda na análise dos poderes investigatórios das CPIs, insta destacar outras duas prerrogativas a elas inerentes, quais sejam, o direito de ouvir testemunha, bem como o direito de ouvir o investigado. Em ambos os casos, são assegurados aos depoentes os direitos constitucionais ao silêncio e da não auto-incriminação.

Por fim, duas observações se tornam de extrema importância. A primeira gira em torno do órgão competente para processar e julgar ações constitucionais, como o HC e Medida de Segurança, que forem impetradas contra CPI, no caso quem possui competência originária é o Supremo Tribunal Federal. Já a segunda observação é que em todas as CPIs que forem criadas, a presença de advogados é indispensável, vale dizer, conforme Pedro Lenza (2009, p. 368) “o dever de a CPI permitir a presença de advogados, exercendo a defesa técnica, com todas as prerrogativas asseguradas pelo Estatuto da Advocacia”.

4.3.2 Inquérito Policial Militar

Inicialmente no Brasil, o Processo Penal Militar era conduzido pelo Decreto-Lei nº 925, de 02 de Dezembro de 1938, denominado de Código da Justiça Militar. Porém, a partir do Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de Outubro de 1969, surgiu o Código de Processo Penal Militar que vigora em nosso ordenamento jurídico atualmente, e é o responsável por regulamentar o Processo Penal Militar Brasileiro.

No tocante ao conteúdo do Código de Processo Penal Militar atual, explica Ederson José Biscaia (2006) “[...] preservou em seus institutos a tradição, os usos e costumes militares, e acima de tudo os princípios da hierarquia e disciplina, considerados como pilares de sustentação de qualquer força militar”.

Os órgãos militares zelam pelo caráter de seus integrantes, isto é, os militares devem agir em conformidade com a moral e com os princípios militares, sendo que ao agir inversamente, são submetidos a julgamentos sob a presidência de outros militares, além de serem punidos com maior austeridade.

O processamento dos delitos militares se dá por força do Código Penal Militar e pelo Código de Processo Penal Militar. Caso a lei militar seja omissa, aplicam-se, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Penal Comum, assim como os usos e costumes militares, os princípios gerais do direito e a analogia, conferindo ao indiciado segurança jurídica e as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (BISCAIA, 2006).

O inquérito policial militar, por força do que dispõe o artigo 9º do Código de Processo Penal Militar, tem como finalidade a apuração das infrações penais militares, bem como de sua respectiva autoria. Entretanto, os crimes a serem investigados pela Polícia Judiciária Militar ocorrem no âmbito da Justiça Militar, ou seja, trata-se de uma justiça especializada, onde os procedimentos processuais são descritos no Código de Processo Penal Militar e os tipos penais no Código Penal Militar.

Na definição apresentada por Tourinho Filho (2010, p. 242): “[...] Tais inquéritos nada mais são que investigações levadas a cabo pelas autoridades militares para apurar a existência de crime da alçada da Justiça Militar e suas respectivas autorias [...]”.

A partir da análise do conceito, apreendem-se algumas peculiaridades atinentes ao inquérito policial militar, principalmente no tocante à autoridade competente para presidi-lo, à natureza do crime e à autoria delitiva. Trata-se de investigações cuja competência é atribuída à autoridade militar (Polícia Judiciária Militar), nos crimes de caráter militar, praticados por integrantes de corporações militares.

Da mesma forma que o inquérito policial comum, o inquérito policial militar é o instrumento utilizado na primeira fase da persecução penal, ou seja, na investigação criminal a partir do momento em que um tipo penal situado no Código Penal Militar é infringido.

Logo, ante uma infração penal na esfera militar, pertence ao Estado o direito de punir (*jus puniendi*) e, como primeiro ato estatal, incumbe à Polícia Judiciária Militar, por intermédio da instauração do inquérito policial militar, realizar as averiguações necessárias dando início à *persecutio criminis*, a fim de adquirir elementos probatórios suficientes à propositura da ação penal militar, sendo esta de titularidade do Ministério Público e correlata à segunda fase da persecução penal (BISCAIA, 2006).

Caso a autoridade militar responsável pelas investigações, entenda que a infração praticada é de competência da Justiça Comum, cabe a ela dirigir as informações obtidas ao Ministério Público que, com base naquilo que foi colhido no inquérito policial militar, oferecerá denúncia (TOURINHO FILHO, 2010, p. 243).

A finalidade do inquérito policial militar não é julgar uma pretensão, mas sim desvendar a materialidade e autoria de um crime militar. Destarte, todas as provas agregadas durante a fase investigatória serão corroboradas em juízo, conferindo, portanto, um caráter provisório ao inquérito policial militar (BISCAIA, 2006)

O inquérito policial militar também é considerado um procedimento informativo e pré-processual, isto é, preliminar, haja vista que seu intuito é fornecer elementos, tantos quanto forem suficientes, ao membro do Ministério Público, para que este tenha a capacidade de desenvolver sua *opinio delicti*. Em suma, a Polícia Judiciária Militar, no desenrolar do inquérito militar, informa o promotor a respeito de tudo o que norteia o delito, bem como o prepara para a ação penal, já que, na maioria dos casos, o promotor irá se valer do inquérito para fundamentar a acusação.

Quanto a esse caráter informativo:

O encarregado do procedimento deverá municiar o titular da ação penal militar com um conjunto investigativo robusto, expondo de forma circunstanciada o fato criminoso, a qualificação do seu autor e ofendido, indicando o tempo, o lugar do crime e outros elementos que se fizerem necessários e pertinentes (BISCAIA, 2006)

Equivalente ao inquérito policial comum, não se consagra no inquérito policial militar o princípio do contraditório, uma vez que se trata de um procedimento administrativo e não de um processo, conforme dispõe o inciso LV, do artigo 5º, da Carta Política.

Ademais, não há partes no inquérito policial militar, logo, interpretando o dispositivo constitucional mencionado, não há que se falar em acusado, mas sim em indiciado, comprovando ainda mais a não incidência do contraditório.

O artigo 16 do Código de Processo Penal Militar prevê expressamente a sigiliosidade do inquérito policial militar, outra de suas características. No entanto, por conta de determinadas legislações específicas, dentre elas a Lei nº 8.906/94 (estatuto da OAB), esse caráter sigiloso vem sofrendo uma mitigação, possibilitando ao advogado do indiciado amplo acesso aos autos do inquérito militar (BISCAIA, 2006)

Mesmo diante disso, o sigilo continua sendo peça fundamental nas investigações, já que sem ele inúmeros estorvos, embaraços seriam criados a fim de

impossibilita a elucidação dos crimes, tendo em vista a dificuldade de se conseguir provas. Haveria o aniquilamento de instrumentos, produtos do crime, intimidação de testemunhas, alterações do local do crime etc.

No desenvolvimento das investigações, a autoridade militar tem poder discricionário, isto é, não está obrigada a seguir nenhum procedimento específico preestabelecido, realizando a diligência que achar necessária e pertinente. Cabe ressaltar que discricionariedade não é o mesmo que arbitrariedade, pois esta configura abuso de autoridade, ultrapassando os limites do razoável impostos pela lei.

Por fim, a última característica atribuída ao inquérito policial militar é a Inquisitorialidade. Isso se dá, em virtude basicamente da carência de contraditório; da ausência das partes, ou seja, de acusação e defesa; da discricionariedade com a qual a autoridade conduz as investigações, competindo-lhe, segundo sua conveniência, realizar e deferir diligências, dentre outros (BISCAIA, 2006).

A autoridade policial militar em nenhum momento será declarada suspeita, em razão do inquérito policial militar ser um procedimento investigatório, não havendo qualquer nulidade, mas sim, nos casos de suspeição, meras irregularidades, conforme prevê o artigo 142 do Código de Processo Penal Militar. Assim, robustece o caráter inquisitorial do inquérito policial militar (BISCAIA, 2006).

Quanto à conclusão do inquérito policial militar, o artigo 20 do Código de Processo Penal Militar estabelece um prazo. Assim dispõe o referido diploma legal:

Art. 20 – O inquérito deverá terminar dentro em vinte dias, se o indiciado estiver preso, contado esse prazo a partir do dia em que se executar a ordem de prisão; ou no prazo de quarenta dias, quando o indiciado estiver solto, contados a partir da data em que se instaurar o inquérito.

Por derradeiro, insta ressaltar que, por força do artigo 24 do Código de Processo Penal Militar, a autoridade policial militar não tem competência para optar pelo arquivamento do inquérito policial militar, sendo atribuição exclusiva do Ministério Público ou da autoridade Judiciária (BISCAIA, 2006).

Passaremos a estudar a partir de agora, mais uma espécie de inquérito extrapolicial, qual seja, o Inquérito Civil.

4.3.3 Inquérito Civil

O inquérito civil foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro através da Lei nº 7.347, de 24.7.1985; lei esta que disciplina a ação civil pública, promovida pelo Ministério Público.

No tocante ao surgimento do inquérito civil, ensina Fábio Ramazzini Bechara (2005, p. 29) que: “[...] está associado à inexistência de procedimento investigatório na área cível, tal qual o inquérito policial na área criminal”.

Além de estar regulamentado em legislação especial, o inquérito civil também se faz presente na Constituição Federal, mais precisamente em seu artigo 129, inciso III, que estabelece as funções institucionais do Ministério Público. Dentre estas funções, esta a de: “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;”.

Do mesmo modo, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625/1993) previu, no exercício das funções ministeriais, a possibilidade de instauração dos inquéritos civis, assim como a Lei Orgânica do Ministério Público da União, que no artigo 6º, inciso VII, estabeleceu que compete ao Ministério Público:

Art. 6º, VII: promover o inquérito civil e a ação civil pública para:
 a proteção dos direitos constitucionais;
 a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
 a proteção dos interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, relativos às comunidades indígenas, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, às minorias étnicas e ao consumidor ;
 outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos.

Ademais, após o inquérito civil ser constitucionalizado, outras leis abancaram a prevê-lo, com redações díspares, mas, na essência, com a mesma finalidade. Dentre estas leis, destaca-se o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), que conferem poderes ao Ministério Público para, em proteção aos interesses individuais da criança e do adolescente, e dos consumidores, promover o inquérito civil (PROENÇA, 2001, p. 30).

Nas palavras de Fábio Ramazzini Bechara (2005, p.29), inquérito civil é definido como:

procedimento administrativo presidido pelo MP, de caráter investigatório, uma vez que tem a finalidade de apurar a ocorrência de lesão ou ameaça de lesão a interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo, ou ainda outros interesses

Segundo dispõe o § 1º, do artigo 8º da Lei nº 7.347, de 24.7.1985, o inquérito civil será presidido pelo órgão do Ministério Público. Dispõe a Lei Maior, que o inquérito civil é um instrumento exclusivo do órgão ministerial, não podendo, nenhum legitimado a propor a ação civil pública, instaurá-lo ou dele se utilizar.

Cabe ressaltar que, enquanto no inquérito civil a legitimidade é privativa do Ministério Público, na ação civil pública, a legitimidade é concorrente, uma vez que podem dela utilizar-se o próprio Ministério Público, as Associações civis e demais legitimados, tais como, a União, Estados, Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações, dentre outros (BECHARA, 2005, p. 29).

Em se tratando de inquérito civil, não há que se falar em investigação de crimes, uma vez que o intuito deste tipo de inquérito é o de obter elementos suficientes para a propositura da ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, enfim, a qualquer interesse difuso ou coletivo (MUCCIO, 2006, p. 244).

Porém, para a propositura da ação penal pública, o Ministério Público poderá se fundamentar no inquérito civil, uma vez que, nos moldes do § 5º, do artigo 39, do Código de Processo Penal, o promotor dispensará o inquérito policial se possuir elementos probatórios suficientes. Nesse sentido,

[...] Nada impede, assim, que ajuíze o membro do Ministério Público, se verificar, no curso da instrução de inquérito civil, a ocorrência de ilícito penal, contando os autos com elementos suficientes de materialidade e autoria da infração criminal, os quais deverão, então, instruir a denúncia (PROENÇA, 2001, p. 43).

Quanto à finalidade do inquérito civil leciona com propriedade Motauri Ciocchetti de Souza (2001, p.85) que: “é a de propiciar a coleta de provas para que o Ministério Público possa obter elementos necessários à correta avaliação de um suposto dano a interesse difuso ou coletivo que esteja investigando”.

Nas palavras de Tourinho Filho (2010, p. 244) o inquérito civil tem como desígnio: “[...] colher elementos para a propositura da ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”.

No que tange à proteção dos interesses difusos e coletivos não há dúvidas de que, a partir do artigo 129, inciso III, da Carta Política, ficou estabelecida, originariamente,

como sendo uma das finalidades do inquérito civil. Diante disso, conforme bem explica Luis Roberto Proença (2001, p. 42):

[...] podem ser objeto do inquérito civil lesões ao meio ambiente, aos direitos do consumidor (coletivamente considerados), ao patrimônio público, aos princípios da Administração Pública, à ordem econômica, aos padrões urbanísticos, ao princípio da livre concorrência, aos fundamentos da República (cidadania, pluralismo político etc.), aos direitos políticos e sociais garantidos pela Constituição, dentre inúmeros outros direitos e interesses de natureza coletiva *lato sensu*.

No entanto, com o transcorrer do tempo, foi-se entendendo que o campo de atuação do inquérito civil poderia abarcar a proteção de outros interesses, dentre eles, o individual. Nas palavras de Luis Roberto Proença (2001, p. 42):

[...]foi o legislador percebendo a sua utilidade para a elucidação de qualquer fato relacionado à atuação civil do Ministério Público, passando, assim, a prever o seu uso também para a investigação de lesão (ou perigo de lesão) a direito meramente individual [...]

Destarte, como já mencionado, o inquérito civil passou a ser previsto em outras leis, como v.g., no artigo 201, inciso V, do Estatuto da Criança e do Adolescente e, no artigo 90, do Código de Defesa do Consumidor, que possuem, respectivamente, a seguinte locução:

Art. 201: Compete ao Ministério Público:

Inc. V – promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos, relativos à infância e à adolescência [...]

Art. 90: Aplicam-se às ações previstas neste Título as normas do Código de Processo Civil e da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.

Diante do exposto, portanto, conclui-se que: “[...] o inquérito civil, em síntese, passou a ser instrumento para realização de quaisquer investigações do âmbito da atuação cível do Ministério Público, ultrapassando a sua original concepção” (PROENÇA, 2001, p. 43).

Nas questões atinentes às características do inquérito civil, destaca-se ser ele um procedimento administrativo, pois quem o preside é um órgão da Administração Pública, isto é, o Ministério Público, concluindo-se que seus atos são administrativos (BECHARA, 2005, p. 30).

Ademais, não se trata de processo administrativo, mas sim de um procedimento, já que não há qualquer relação entre acusação e defesa e, além disso, não tem

por escopo aplicar sanções. Nesse sentido, colham-se os ensinamentos de Motauri Ciocchetti de Souza (2001, p.87): “Possuindo natureza meramente investigatória, o inquérito civil não contém qualquer acusação, não comporta em seu bojo uma imputação [...]”.

Deste modo, por não possuir relação jurídica processual, isto é, nem acusação nem defesa, infere-se que não vigora no inquérito civil os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, caracterizando-se como um procedimento inquisitivo.

Além disso, ainda é considerado inquisitivo por haver concentração de atos e poderes em uma única autoridade, qual seja, o Ministério Público (BECHARA, 2005, p. 30).

Como aludido, o inquérito civil não tem finalidade de aplicar sanção, já que se trata de um instrumento preparatório à ação civil pública. Dessa forma: “[...] é procedimento administrativo não-punitivo, não havendo razão para sobre ele serem aplicados aqueles princípios constitucionais. Não traz acusado, tratando-se de mera investigação” (PROENÇA, 2001, p. 35).

Por se tratar de um instrumento investigatório destinado à colheita de elementos para a propositura da ação civil pública, há que se falar na informalidade do inquérito civil, haja vista não haver um procedimento obrigatório a ser seguido, vale dizer, não há rigor formal na prática dos atos de investigação.

Nesse sentido,

Destinando-se à coleta de subsídios, a sequência dos atos praticados no investigatório é ditada por seu presidente, o qual melhor do que ninguém saberá avaliar o momento adequado para a obtenção de cada elemento de prova, de sorte a propiciar seguimento lógico e objetivo ao inquérito (SOUZA, 2001, p. 86).

Oposto à informalidade está o rigorismo formal. Neste, a sequência dos atos a serem praticados já está determinada previamente em lei, ensejando um rito determinado, que, uma vez violado, ocasionará a nulidade do ato (SOUZA, 2001, p. 86)

Por fim, da mesma forma que no inquérito policial, o inquérito civil é imperado pelo princípio da publicidade. Conforme dispõe o artigo 37 da Constituição Federal todos os atos da Administração Pública deverão ser regidos pela publicidade.

Entretanto, poderá ser declarado o sigilo nos casos em que for necessário para a investigação e, conseqüente elucidação do fato, bem como quando exigido pelo interesse público, nos moldes do artigo 20 do Código de Processo Penal, aplicado analogicamente.

Ainda no tocante à publicidade do inquérito civil, dispõe o artigo 5º, inciso LX, da Magna Carta que: “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”

Cabe ressaltar que o inquérito civil é dispensável, isto é, o *Parquet* pode dele abrir mão se possuir elementos suficientes, colhidos em qualquer outro instrumento probatório, para propor a ação civil pública. Segundo Fábio Ramazzini Bechara (2005, p. 32): “[...] A única exigência é que a prova utilizada seja lícita”.

Em se tratando de inquérito civil, três são as fases que o compõe: a instauração, a instrução e, por derradeiro, a conclusão.

A fase de instauração, como o próprio nome já diz, representa o início do inquérito civil. A instauração pode ocorrer por intermédio de portaria, por despacho motivado acolhendo a representação do interessado ou, por deliberação do Conselho Superior do Ministério Público ou do Procurador-Geral.

Já na segunda fase (instrução), ocorrerá a produção das provas que serão tomadas como base para que seja proposta uma eventual ação civil pública. Poderá ser produzida toda e qualquer prova, desde que obtida lícitamente, observando o artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal. Nos ensinamentos de Fábio Ramazzini Bechara (2005, p. 33): “[...] Eventual ação civil pública ajuizada com base em prova ilícita produzida em inquérito civil deve ser julgada extinta sem a apreciação do mérito”.

Posteriormente, se procederá à conclusão do inquérito; esta se prestara de três formas.

O inquérito civil poderá ser arquivado, quando houver ausência de justa causa para a propositura da ação civil pública. Não sendo caso de arquivamento, poderá ser assinado o compromisso de ajustamento, que nada mais é do que um acordo abrangendo como será a prevenção ou repressão de lesão a direito ou interesses e, por fim, a conclusão do inquérito civil pode ocasionar o ajuizamento da ação civil pública.

5 DA POLÍCIA

5.1 Origem, Conceito e Considerações

Na história, a atividade policial tem sua origem nas civilizações mais remotas, como por exemplo, Egito e Israel. Para José Geraldo da Silva (2000, p. 45) essas duas nações são sopesadas como as que “alcançaram o maior grau de civilização na fase primaveril da história da humanidade”.

No Egito, a polícia era considerada o bem mais precioso de uma sociedade. Israel por sua vez, quando da saída do Egito e durante sua estada no deserto, estabeleceu pessoas incumbidas de exercer o policiamento das doze tribos (SILVA, 2000, p. 45)

A palavra polícia foi gerada a partir do grego *politeia* – de *polis* e do latim *politia* que significa cidade e, nos primórdios, era utilizada para designar a gerência, a administração das cidades, a arte de governar, em suma, todas as funções atinentes ao Estado.

Entretanto, na Grécia Antiga, à palavra “polícia” não era atribuído o sentido que se verifica nos dias de hoje, uma vez que tudo era de propriedade do Estado, não havendo propriedades particulares, razão pela qual seria desnecessário um organismo policial (GUIMARÃES, 2008, p. 38).

Como bem explica Clóvis Beznos (1979, s.p.) *apud* Manoel Messias Barbosa (2004, p. 15) a expressão *politeia* significava “[...] constituição da cidade, constituição do Estado, e num sentido referente à Administração Pública, governo. Designava-se com essa palavra o ordenamento político do Estado [...]”.

Em Roma, a palavra *politeia* era aplicada, segundo os ensinamentos de Tourinho Filho (2010, p.236) para definir a atuação do governo que mantinha “[...] a ordem pública, a tranqüilidade e paz interna [...]”. Em seguida, passou a representar: “o próprio órgão estatal incumbido de zelar sobre a segurança dos cidadãos”.

A função que hoje se emprega à polícia, ou seja, a de manter a ordem e a paz na sociedade teve princípio no sistema Romano. Foi instituído pelos romanos um grupo de soldados, cujas funções eram as de vigias noturnos, bem como de bombeiros.

Assim como sobrevém atualmente, ao tempo do Império Romano também havia os agentes encarregados de levar a notícia da ocorrência de um crime até a autoridade competente. Nesse contexto, colham-se os ensinamentos de Tourinho Filho (2010, p.236):

Ao tempo do Império, quando se desenvolveu a *cognitio extra ordinem*, havia, em Roma, funcionários incumbidos de levar as primeiras informações sobre a infração penal aos Magistrados. Eram os *curiosi*, os *irenarche*, os *stationarii*, os *nuntiatores*, os *digiti duri*, que desempenhavam papel semelhante ao da nossa Polícia Judiciária.

Na idade média, período em que vigorava o feudalismo, havia o chamado *jus polittiae* que representava o poder concedido ao príncipe e, constituía tudo o que era indispensável à boa ordem da sociedade civil sujeita à autoridade do Estado. De outro lado, havia à boa ordem moral e religiosa, cuja atribuição era privativa da autoridade pontifical (DI PIETRO, 2011, p. 116).

O primeiro país a utilizar em seu ordenamento jurídico a expressão polícia foi a França, em meados do século XIV.

Além disso, posteriormente à declaração dos direitos do homem e do cidadão (1789), mais precisamente em 1791, a Assembléia Nacional Francesa passou a definir o encargo da polícia. Preceituava o referido órgão que a polícia deveria anteceder a ação da justiça, tendo como caráter fundamental a vigilância e, objetivo essencial o desvelo pelo povo (SILVA, 2000, p. 47 e 48).

No final do século XV, volta a abrolhar a figura do *jus polittiae* na Alemanha, abrangendo, entretanto, ao contrário do que ocorria na idade média, toda a atividade do Estado, conferindo poderes amplos ao príncipe. Dentre estes poderes estava o de interferir na vida particular do povo, inclusive na vida religiosa, utilizando como justificativa, a busca pela segurança e bem-estar coletivo (DI PIETRO, 2011, p. 116).

No Brasil, conforme já demonstrado anteriormente, as primeiras demonstrações de porvindoura constituição de um órgão estatal com funções de polícia foram os serviços de polícia oferecidos pelos moradores dos bairros, durante as Ordenações Filipinas (SANTIN, 2007, 50).

Após um longo período e, inúmeras alterações legislativas tanto nas questões processuais, quanto nas questões constitucionais, o que acarretou uma evolução no sistema jurídico brasileiro, em 1988 sobreveio à constitucionalização do órgão estatal de polícia, tendo em vista o artigo 144, da Constituição Federal de 1988.

Atualmente, leciona com propriedade Nestor Távora (2009, p. 71) que compete à polícia: “preservar a paz social e intervir nos conflitos mediante atividade investigativa tendente a apurar infrações que venham ocorrer”.

Nas lições de Valter Foletto Santin (2007, p. 49): “[...] a palavra polícia é empregada para designar a instituição, corporação ou órgão incumbido de manter o cumprimento da lei, a ordem e a segurança pública e de reprimir e perseguir o crime”.

O doutrinador Rodrigo Régner Chemim Guimarães (2008, p. 40) conceitua Polícia: “[...] como sendo a função administrativa estatal que tem como escopo a manutenção da ordem pública, a fim de que se possa viver harmoniosamente em sociedade, atuando de forma preventiva e repressiva no combate aos desvios de conduta dos cidadãos”.

O artigo 144 da Carta Magna trata da segurança pública, considerada um dever do Estado, cuja finalidade é a “preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”. Para que esta finalidade seja alcançada, o Estado se aproveita de um órgão por ele mesmo instituído, qual seja, a Polícia.

Destarte, a Polícia é o meio pelo qual o Estado garante a segurança pública à sociedade. Vale dizer, “[...] a polícia é o instrumento para a consecução da obrigação estatal de prestar segurança pública, com a participação do povo, para a preservação da ordem pública [...]” (SANTIN, 2007, p. 51), caracterizando a natureza jurídica deste órgão estatal.

O artigo 5º da nossa Lei Maior elenca um rol de direitos e garantias fundamentais, tais como, o direito à vida, à liberdade, à segurança, sendo que todos esses direitos estão ensartados no dever estatal de garantir a segurança pública, dever este que foi designado à Polícia. Deste modo, “[...] Os entes policiais existem para proteger o cidadão, sua incolumidade e patrimônio e manter a ordem pública [...]”, conforme leciona Valter Foletto Santin (2007, p. 51).

5.2 Poder de Polícia

A Constituição Federal, no Título V, capítulo III, aborda a respeito da segurança pública, caracterizando-a, por força do artigo 144, como um dever do Estado, bem como direito e responsabilidade de todos. Ademais, a segurança pública é desempenhada com o escopo de resguardar a ordem pública e a incolumidade das pessoas e de seus patrimônios.

Conforme o dispositivo constitucional supra mencionado, para alcançar esse objetivo, o Estado se utilizará de órgãos específicos, quais sejam, Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal, Polícia Ferroviária Federal, Polícias Civis, Polícias Militares e Corpos de

Bombeiro Militares. Todos estes órgãos têm sua competência estabelecida nos parágrafos do artigo 144 da Magna Carta.

A Administração Pública, como todo órgão administrativo ou judiciário, possui tanto prerrogativas, como restrições. As prerrogativas lhe são aferidas com o intuito de possibilitar o exercício de suas funções, ao passo que as restrições servem de limites impostos à Administração, beneficiando os direitos dos cidadãos (DI PIETRO, 2011, p. 115).

Porém, além da Administração Pública, a Constituição também confere ao cidadão comum, direitos e garantias, que necessitam na visão de Valter Foleto Santin (2007, p. 46-47) “ser compatibilizados com a atividade estatal e a convivência comunitária, na busca da harmonia da sociedade”. Seguindo a linha de raciocínio do doutrinador citado, “a compatibilização entre os interesses individuais e coletivos procede-se mediante limitações administrativas à liberdade e à propriedade”.

Ocorre que, há um símile entre estas prerrogativas e restrições, uma vez que, nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2011, p. 115):

[...] de um lado, o cidadão quer exercer plenamente os seus direitos; de outro, a Administração tem por incumbência **condicionar o exercício daqueles direitos ao bem-estar coletivo**, e ela o faz usando de seu poder de polícia

Destarte, se faz necessário analisar o chamado Poder de Polícia. Seguindo a conceituação moderna, abraçada pelo ordenamento jurídico brasileiro, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2011, p. 118) traz que: “o poder de polícia é a atividade do Estado consistente em limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do interesse público”.

No mesmo sentido, poder de polícia para Hely Lopes Meirelles (2010, p. 135) “é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado”.

Além desses conceitos doutrinários, cabe destacar o artigo 78 do Código Tributário Nacional que também conceitua o poder de polícia. Segundo o dispositivo legal mencionado:

Art. 78 Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

Dentre os inúmeros princípios que regem a administração pública, esta o princípio da supremacia do interesse público, ou seja, quando interesse público e interesse privado são postos frente a frente, o primeiro irá preponderar, o que dá à Administração Pública um caráter de preeminência, além de justificar o poder de polícia.

Por interesse público entende-se os inúmeros âmbitos da sociedade, como v.g., a segurança, a saúde, o meio ambiente, a defesa do consumidor, o patrimônio cultural, dentre outros, razão pela qual se divide a polícia em diversos setores, tais como, polícia de segurança, polícia florestal, polícia de trânsito, polícia rodoviária etc. (DI PIETRO, 2011, p. 118).

Como se pôde observar, o exercício dos direitos individuais é cingido quando postos de frente com o interesse da coletividade. Entretanto, o poder de polícia não pode ser dilatado em prejuízo dos direitos individuais, uma vez que esse poder também se limitará àquilo que a sociedade exigir (BARBOSA, 2004, p. 19).

Há uma divisão no tocante a esse poder de polícia quanto ao seu objeto, divisão esta que abrange duas funções distintas, mas que buscam o mesmo fim, qual seja, a segurança pública. Dessa forma, fala-se em Polícia Administrativa e Polícia Judiciária, concluindo, portanto, que a atividade policial atua em duas áreas: administrativa e judiciária (LENZA, 2009, p. 658).

Cabe ressaltar que alguns autores, dentre eles Pedro Lenza e Tourinho Filho, colocam a Polícia de Segurança como gênero, sendo a polícia administrativa e a judiciária espécies daquela.

Diante de um comportamento anti-social, deverá a polícia, seja preventivamente (polícia administrativa), seja repressivamente (polícia judiciária), em todo o curso do processo, inclusive com a imposição da pena, demonstrar ao sujeito violador da norma restritiva que será punido, uma vez que a impunidade vem sendo o principal motivo da expansão da criminalidade.

Em meio à sociedade e o Poder Judiciário o poder de polícia, segundo Manoel Messias Barbosa (2004, p.21), pode ser observado em dois momentos distintos. Num primeiro momento na prevenção e repressão exercida pelo policiamento ostensivo e, num segundo momento, na prevenção e repressão do exercício da polícia judiciária. Nas palavras do referido doutrinador:

[...] Duas ações do poder de polícia que devem ser harmônicos e interdependentes no tempo e no espaço, sempre condizentes com o comportamento do ato anti-social ao crime, procurando prevenir sempre e reprimir quando necessário. Essas duas ações do poder de polícia não são exclusivas de qualquer órgão, eis que a prevenção-repressão é um binômio sempre presente na ação policial, seja na ação do policiamento ostensivo, seja na ação da polícia judiciária.

Cabe mencionar que o poder de polícia é racionado entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo sendo que, em ambos os casos, esse poder deve ser exercido tendo como fundamento o princípio da legalidade, isto é, todos os atos da Administração deverão estar estabelecidos em lei. Nesse sentido, consta no parágrafo único do artigo 78 do Código Tributário Nacional que:

Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder

Na utilização do poder de polícia, levando em consideração as atividades do Legislativo e do Executivo, o Estado poderá atuar por dois meios, quais sejam, atos normativos e atos administrativos.

Nas lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2011, p. 120), os atos normativos, em regra, são exercidos por intermédio da lei. Segundo a doutrinadora:

criam-se as **limitações administrativas** ao exercício dos direitos e das atividades individuais, estabelecendo-se normas gerais e abstratas dirigidas indistintamente às pessoas que estejam em idêntica situação; disciplinando a aplicação da lei aos casos concretos, pode o Executivo baixar decretos, resoluções, portarias, instruções;

Já os atos administrativos abarcam medidas preventivas e repressivas adotadas pelos órgãos da Administração, ambas com o escopo de forçar o sujeito a impender o que determina a lei. As primeiras dizem respeito a fiscalizações, vistorias, ordens, notificações, licenças, ao passo que as segundas são privações sofridas pelo transgressor da lei, como por exemplo, apreensão de mercadorias, interdição de atividades etc. (DI PIETRO, 2011, p.120).

No exercício do poder de polícia que lhe é atinente, a Administração Pública atua regulamentando a lei e fiscalizando a sua aplicação, ora preventivamente, ora repressivamente (DI PIETRO, 2011, p. 118).

Por fim, cabe destacar a presença do poder de polícia no processo penal, que segundo Valter Foleto Santin (2007, p. 48) pode ser desempenhado “nas fases da

investigação, da ação penal e da execução da pena, para a realização do direito estatal de investigar, punir (*jus puniendi*) e executar a sanção”.

Na fase da investigação criminal, fase que nos interessa, o poder de polícia da Polícia Judiciária é exteriorizado com a realização das diligências no intuito de elucidar os fatos criminosos.

5.3 Polícia Administrativa

A polícia administrativa possui caráter preventivo, isto é, a sua principal atribuição é evitar a ocorrência de crimes, atuando diretamente e, se sujeitando às regras elencadas no Direito Administrativo.

Para Manoel Messias Barbosa (2004, p. 20), a função da polícia administrativa é: “a de preservar a ordem e o bem-estar público, exercendo sua vigilância, no sentido de evitar perigos e prevenir delitos”. Tourinho Filho (2009, p. 236) ilustra que a polícia administrativa “é aquela que tem por objeto as limitações impostas a bens jurídicos individuais, limitações essas que visam assegurar completo êxito da administração”.

No que tange à atividade da polícia administrativa, leciona com propriedade José Geraldo da Silva (2000, p. 50) que: “[...] Sua ação se exerce antes da infração da lei penal, sendo por isso também chamada Polícia Preventiva”.

Em se tratando de Polícia de Segurança, o objetivo é o mesmo da polícia administrativa, pois não há distinção entre elas, isto é, prevenir atos contrários ao ordenamento jurídico. Conforme o escólio de Hidejalma Muccio (2006, p. 289): “É a polícia preventiva. Atua antes do cometimento da infração penal e seu objetivo é impedir que o Direito Penal objetivo seja violado, pondo a salvo bens jurídicos individuais ou coletivos”.

Insta destacar que a polícia de segurança possui poder discricionário no desempenho de suas atividades, isto é, parte dela própria a tomada deste ou daquele procedimento, a decisão de qual atitude adotar mediante um caso concreto. Essa decisão independe de autorização judicial, desde que sua ação se enquadre no que determina a lei, sendo assim, poderá tomá-la de ofício, uma vez que, segundo Tourinho Filho (2010, p. 237):

Se a Polícia de Segurança estivesse subordinada a quaisquer determinações judiciais, deixaria de ser Polícia de Segurança; desapareceria suas características

especiais, e ela, por vezes frequentes, atuaria quando a infração que devesse evitar já estivesse consumada.

Essa discricionariedade atinente à polícia de segurança não pode ser interpretada, muito menos confundida com arbitrariedade, já que agindo com arbitrariedade estaria caracterizado o abuso de autoridade. A polícia de segurança deverá exercer seu poder em conformidade com as regras estabelecidas em lei, assim como também deverá respeitar todas as garantias individuais a que o cidadão tenha direito.

Dentre os órgãos considerados como polícia administrativa ou preventiva destaca-se a polícia militar. Porém, devido à polícia administrativa estar aquinhoadada entre vários órgãos da Administração Pública, existem outras corporações fiscalizadoras que possuem a função de polícia administrativa, tais como, os órgãos da saúde, de assistência social, do trabalho etc.

5.4 Polícia Judiciária

Com a prática de atos considerados anti-sociais, ou seja, de uma infração penal há a quebra da ordem pública e a ofensa a leis pré-estabelecidas. Nesse contexto, surge a ação repressiva do poder de polícia, desempenhada pela Polícia Judiciária.

Nas palavras de Manoel Messias Barbosa (2004, p. 16): “A fase repressiva em seu sentido mais amplo, prossegue ante o crime consumado, pela ação da polícia judiciária, cujo ato final repousa sempre no Poder Judiciário”.

Complementa o mencionado autor:

A ordem rompida, o poder confrontado, a lei não cumprida terão sempre no Poder Judiciário o ato final do processo, passando pela polícia judiciária, ante tudo aquilo que se iniciou como ato anti-social e terminou ante a lei, definido como ilícito penal e que como tal deva ser apreciado e julgado.

A polícia judiciária possui um poder abocado e, diferente da polícia administrativa, se sujeita às regras do Direito Processual Penal. A polícia judiciária ou de investigação atua de maneira repressiva, isto é, após a ocorrência de um fato delituoso, punindo o violador da lei penal (LENZA, 2009, p. 658). Segundo Manoel Messias Barbosa (2004, p. 20) a polícia judiciária tem a função de:

[...] diligenciar a descoberta de crimes que não puderam ser evitados, e tomar conhecimento das infrações às leis penais, colhendo e transmitindo às autoridades competentes, os indícios e elementos destinados a assegurar a aplicação das mesmas leis pelos juízes e tribunais [...].

Destarte, a Polícia Judiciária irá operar naqueles casos onde houve a prática de um crime, ou seja, hipóteses em que a Polícia Administrativa não conseguiu prevenir a ocorrência do mesmo, ou, como ensina Hidejalma Muccio (2006, p. 289): “[...] Atua, portanto, quando falha a Polícia de Segurança”.

Segundo o § 4º, do artigo 144, da Constituição Federal, o exercício da função de polícia judiciária cabe à Polícia Civil. Assim dispõe o texto constitucional: “Às polícias civis, dirigidas por delegado de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”.

A polícia civil ou judiciária desenvolve a primeira fase da *persecutio criminis*, qual seja, a investigação criminal, uma vez que, nos termos do artigo 4º do Código de Processo Penal tem por objetivo a investigação do fato típico, antijurídico e culpável, ou seja, de um crime, bem como de sua respectiva autoria, a fim de adquirir elementos suficientes para a propositura da ação penal por parte do Ministério Público. Nessa acepção:

A missão da polícia judiciária, como órgão estatal auxiliar da justiça, é fornecer todos os elementos vitais para a propositura da competente ação penal, que será interposta pelo membro do Ministério Público, com fulcro nos elementos coligidos no transcurso do inquérito policial [...] (SILVA, 2000, p. 52)

Além disso, a polícia civil também é a responsável por receber a notícia do crime (*notitia criminis*), seja através de suas atividades rotineiras, seja por intermédio da própria vítima ou qualquer um do povo. Nos ensinamentos de Pimenta Bueno (1959, p. 11.) *apud* Tourinho Filho (2010, p. 238):

[...] ela indaga de todos os fatos suspeitos, recebe os avisos, as notícias, forma os corpos de delito para comprovar a existência dos atos criminosos, seqüestra os instrumentos dos crimes, colige todos os indícios e provas que pode conseguir, rastreia os delinqüentes, captura-os nos termos da lei e entrega-os à Justiça Criminal, juntamente com a investigação feita, para que a Justiça examine e julgue maduramente

Conforme o escólio de José Geraldo da Silva (2000, p. 51):

A polícia civil deve agir imediatamente após a prática de um delito, investigando as causas e conseqüências do fato criminoso, desvendando o delito, e apurando sua autoria. A polícia civil é, eminentemente, judiciária, pois atua após a prática do crime, para fornecer ao Poder Judiciário todos os elementos importantes que venham a provar a materialidade e a autoria de um delito.

O objetivo essencial da polícia judiciária é fazer com que a ordem jurídica que foi infringida volte ao seu estado natural, fazendo valer o Direito Penal objetivo, bem como aplicar ao autor do delito a adequada sanção prevista no tipo penal correlato (MUCCIO, 2006, p. 290).

Ainda no tocante à função da polícia civil ou judiciária, colham-se as lições de Manoel Messias Barbosa (2004, p. 17):

A polícia civil exerce suas funções básicas através dos atos de polícia judiciária, visando a apuração da verdade real. Ante a *notitia criminis* deve comprovar a materialidade do delito, as circunstâncias em que ocorreu e levantar os indícios de sua autoria [...]

Essa função da Polícia Judiciária, desenvolvida a partir do poder de polícia, deve, necessariamente, ser o modo dinâmico de que se utiliza o Poder Judiciário para aplicação de penas, uma vez que:

[...] Se o sistema policial-judiciário não tiver seu alto valor punitivo no tempo e no espaço, não refreará, não dissuadirá o crime. Se o poder policial-judiciário for benevolente e complacente para com o crime e o criminoso, fatalmente gerará a impunidade e com isso o incremento do crime e da criminalidade (BARBOSA, 2004, p.16).

Alguns doutrinadores, dentre eles Manoel Messias Barbosa (2004, p. 16), fazem menção à polícia judiciária, defendendo a tese de que hoje em dia, ela nada mais é do que uma “polícia judiciária científica ou técnica a serviço da investigação judicial”. Para o doutrinador acima citado, a função da polícia judiciária:

[...] É a aplicação dos conhecimentos científicos aos inquéritos criminais. Não tem caráter policial. Não é propriamente polícia [...] A polícia judiciária técnica dispõe de funcionalismo especializado, recursos em pessoal, laboratórios, transportes. Utiliza os ensinamentos e as experimentações da química legal, da toxicologia, da medicina legal, da psiquiatria jurídica [...].

Para o cumprimento de suas funções, a polícia judiciária tem em mãos um dos mais assíduos instrumentos de investigação, qual seja, o inquérito policial. Ademais, cabe a

autoridade policial, mais precisamente ao Delegado de Polícia, a presidência das atividades de polícia judiciária.

A Constituição Federal quando, em seu artigo 144, trata da Polícia Judiciária traz uma divisão desta. No § 1º, inciso IV, a Carta Magna dispõe que:

§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

Por sua vez, o § 4º do mesmo dispositivo constitucional diz que:

§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

Infere-se, portanto, que na esfera federal, a função de polícia judiciária é exercida exclusivamente pela Polícia Federal, ao passo que na esfera estadual, essa função é atribuída à Polícia Civil, sendo que sua atividade é subsidiária, isto é, só irá atuar nos casos onde a competência não seja da polícia federal, nem de qualquer outra polícia.

Nas questões atinentes às funções da polícia judiciária, cabe destacar a alteração trazida pela Lei nº 9.043/95 ao artigo 4º do Código de Processo Penal. Antes da referida Lei, o artigo 4º possuía a seguinte dicção: “A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas jurisdições [...]”.

Porém, a jurisdição é a atividade do Estado consistente em aplicar a lei ao caso concreto, quando há um conflito de interesses (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 36). Segundo os ensinamentos de Hidejalma Muccio (2006, p. 291): “[...] Por jurisdição designa-se a atividade dos Órgãos Jurisdicionais, daqueles que podem *jus dicere*, ou seja, dos juízes”.

Diante do exposto, é evidente que a polícia judiciária, representada pela autoridade policial, não é um órgão jurisdicional e, que, portanto, não possui jurisdição, uma vez que sua função, por determinação legal, é investigar a infração penal e descobrir sua autoria.

Destarte, nas palavras de Hidejalma Muccio (2006, p. 291): “[...] A autoridade policial tem atribuição, e não jurisdição [...]”; razão pela qual, após a entrada em vigor da lei nº 9.043/95, o artigo 4º do Código de Processo Penal passou a ter a seguinte redação: “A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições [...]”.

Por circunscrição entende-se a parte territorial que de antemão fora demarcada por lei. Por esse ensejo, cita-se o exemplo dado por Hidejalma Muccio (2006, p. 291):

[...] a autoridade policial de Duartina-SP não poderá apurar a infração penal, ou praticar atos de polícia judiciária relativos a ela, se sua consumação se operou no espaço territorial de Bauru-SP, pois é à autoridade policial dessa circunscrição territorial (Bauru) que competirá a investigação. Ainda que a infração penal tenha se consumado em Duartina, não poderá a autoridade policial dessa cidade praticar atos de polícia judiciária, se necessários, na cidade de Bauru, cabendo deprecar sua realização ao seu colega dessa cidade [...]

Todavia, caso uma autoridade policial pratique um ato de polícia judiciária fora dos limites de sua circunscrição, não haverá qualquer nulidade, já que não exerce função jurisdicional e, conseqüentemente, não se sujeita à competência jurisdicional *ratione loci*. Isso acontece, em virtude de, no inquérito policial, a autoridade policial desempenhar atividade puramente administrativa, não se aplicando a elas o princípio do Juiz Natural (MUCCIO, 2006, p. 291).

Ainda em relação à atribuição territorial (circunscrição) da polícia judiciária, estabelece o artigo 22 do Código de Processo Penal que:

No Distrito Federal e nas comarcas em que houver mais de uma circunscrição policial, a autoridade com exercício em uma delas poderá, nos inquéritos a que esteja procedendo, ordenar diligências em circunscrição de outra, independentemente de precatórias ou requisições, e bem assim providenciará, até que compareça a autoridade competente, sobre qualquer fato que ocorra em sua presença, noutra circunscrição.

Diante de tudo o que foi exposto, é possível concluir que, como órgão estatal de repressão, a Polícia Judiciária tem como função fundamental compilar todos os elementos necessários à comprovação da materialidade e da autoria do fato delituoso, a fim de que o Ministério Público tenha em mãos, subsídios suficientes para propositura de uma eventual ação penal.

Diante de todas as características da Polícia Judiciária aqui demonstradas, é possível notar que o exercício de suas funções tem como escopo auxiliar o Judiciário, vale dizer, dar assistência ao Juiz e ao Ministério Público, para eventual acusação e julgamento, respectivamente (SANTIN, 2007, p. 59).

6 A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NO DIREITO COMPARADO

6.1 Introdução

Tendo em vista o crescimento e o desenvolvimento das práticas criminosas, a batalha contra a criminalidade tem criado uma proporção gigantesca, na medida em que deve, da mesma forma, se desenvolver, evoluir, isto é, o Estado deve constituir mecanismos, unir forças, procurar melhorias para prevenir condutas criminosas ou, no mínimo, punir com rigor as que forem praticadas e, além disso, deve haver uma reforma no ordenamento jurídico.

Uma das maneiras pelas quais o Direito Brasileiro poderá obter a consecução desse fim é trazendo idéias dos sistemas jurídicos internacionais, é importar algo que esteja sendo aplicado internacionalmente e demonstrando resultados satisfatórios.

O doutrinador Pedro Henrique Demercian (2009, p. 34) defende a idéia de que:

É impossível para qualquer país pensar numa reforma sensível do seu ordenamento processual penal sem acompanhar o dinamismo legislativo internacional através da observação e da análise comparativa da diversidade e da mobilidade dos sistemas jurídicos.

Inúmeros países realizaram reformas em seus respectivos sistemas processuais, por conta do aperfeiçoamento da instituição Ministério Público, de modo que, na quase totalidade dos casos, a investigação criminal passou a ser realizada direta e vastamente pelo Órgão Ministerial, na pessoa do Promotor de Justiça.

Quanto aos sistemas processuais basilares de investigação criminal, via de regra, são dois os mais freqüentes: o inglês e o continental. O sistema inglês é caracterizado pela investigação criminal regida pela Polícia, ao passo que no sistema continental cabe ao Ministério Público conduzir as atividades investigatórias.

O presente capítulo tem como objeto analisar, sem, contudo, esgotar, o funcionamento da atividade investigatória no direito alienígena, levando em consideração o órgão que a desempenha, como a desempenha, enfim, todas as questões que forem relevantes para o presente trabalho.

6.2 Alemanha

O processo penal alemão possui, no que eles denominam de procedimento ordinário, três fases: a preparatória, a intermediária e a de juízo. Ensina Valter Foletto Santin (2007, p. 115):

[...] A fase preparatória (das Vorverfahren) é destinada à investigação e incriminação. A intermediária é utilizada para o controle jurisdicional sobre o exercício da ação penal e decisão de abertura da fase do juízo. A fase de juízo, prevê o debate e o julgamento sobre a culpa e a pena”.

Na fase preparatória, a investigação criminal é desempenhada pelo Ministério Público, tendo como auxiliadora a polícia que tem obrigação de cumprir as ordens emanadas pelo órgão ministerial. Essa fase, nas palavras de Pedro Henrique Demercian (2009, p. 36): “[...] atribui ao Ministério Público, de forma ampla, a iniciativa e o controle da atividade de investigação criminal [...]”.

Ainda no tocante à fase preparatória, preleciona Valter Foletto Santin (2007, p. 116): “Na Alemanha, o Ministério Público tem a direção e o controle da investigação criminal. Possui grande desenvoltura e autonomia no seu trabalho de persecução penal”.

Cabe ressaltar que raramente o Ministério Público exerce a investigação criminal, vez que, na maioria das vezes, cabe a polícia executar as atividades investigatórias através de diligências requeridas pelo Ministério Público. No entanto, como lhe é outorgado poderes investigatórios, pode inquirir pessoal e diretamente qualquer crime, faculdade praticada nos fatos considerados de maior gravidade e relevância (SANTIN, 2007, p. 116).

Segundo o escólio de Pedro Henrique Demercian (2009, p. 38):

[...] o Ministério Público é titular da ação penal e que, para propiciar esta atividade, poderá investigar por meios próprios e, ainda, valer-se da ajuda e cooperação da Polícia, a qual, embora não esteja a ele vinculada, tem por obrigação cumprir suas ordens

Ademais, a investigação criminal realizada pela polícia além de estar sujeita à direção do Ministério Público, é passível de fiscalização pelo mesmo. Essa fiscalização, entretanto, não pode ser interpretada como subordinação, pois o que há na verdade é apenas uma ligação da polícia às ordens do Ministério Público. Sucede uma relação hierárquica entre a polícia, o Ministério Público e os superiores deste. Nesse sentido, ensina Valter Foletto

Santin (2007, p. 117) que: “[...] A obediência às instruções do Ministério Público precede ou prefere àquelas dos seus superiores hierárquicos”.

Prossegue o aludido doutrinador expondo:

O Ministério Público e a polícia são os dois órgãos de perseguição penal. O Ministério Público fiscaliza a polícia, para regular o trabalho de apuração dos fatos, colheita de elementos de prova e a legalidade dos méritos de investigação

No exercício da ação penal o Órgão Ministerial possui discricionariedade, desde que seu ato esteja amparado na legislação. Destarte, prepondera o princípio da oportunidade, sobrevivendo uma mitigação ao princípio da obrigatoriedade, sendo possível ao Ministério Público, inclusive, optar pelo não prosseguimento da ação penal, bem como pelo arquivamento do procedimento, decisão que toma em caráter administrativo (SANTIN, 2007, p. 117).

Nos termos do art. 153 do Código Penal Processual Alemão, o Ministério o arquivamento pode acontecer nos delitos de pequena delinqüência, nos delitos com consequência leve, pela análise da pena e na hipótese de ausência do interesse público na persecução criminal.

6.3 Espanha

No processo penal Espanhol vigora o sistema processual acusatório misto, cujas características principais são: a presença de um Juizado de Instrução e do contraditório.

Quanto à natureza jurídica do Ministério Público, a doutrina espanhola não é unânime. Porém, “[...] É certo, de qualquer forma, que a instituição goza de autonomia em face dos demais poderes do Estado. Com efeito, não se trata de órgão do Judiciário e tampouco, *stricto sensu*, da administração (DEMERCIAN, 2009, p. 43)”.

O Ministério Público, denominado na Espanha de Ministério Fiscal, tem como uma de suas funções ser o fiscal da lei. Assim funciona, quando esta apurando fatos no Juizado de Instrução. Além disso, em juízo, tem o papel de exercer a acusação (SANTIN, 2007, p. 104).

Via de regra, incumbe ao magistrado dirigir a fase de instrução, sendo que esta fase está atrelada ao Juizado de Instrução (SANTIN, 2007, p. 104).

Entretanto, é de suma importância ressaltar que no processo penal espanhol, há uma fase denominada de Juízo Abreviado. Trata-se de uma etapa que antecede a ação penal. Neste procedimento, cabe ao Ministério Público conduzir as investigações. Assim ensina Valter Foletto Santin (2007, p. 104): “ganha espaço a atuação do Ministério Público na fase prévia à ação penal, a começar pelo juízo abreviado, em que as investigações são dirigidas pelo Ministério Público”.

Na fase do Juizado de Instrução, tanto o Ministério Público, quanto as partes, poderão sugerir ao juiz que sejam realizadas diligências.

Posteriormente às diligências sumariais poderão sobrevir duas hipóteses, quais sejam, caso de arquivamento ou a possibilidade de ser apresentada a peça acusatória dentro do prazo de cinco dias.

A peça acusatória, preparada pelo Ministério Público ou pelo acusador privado, deverá respeitar os requisitos previstos na lei. Será escrita, conterá a descrição a cerca do fato delituoso e, indicará as provas, bem como o rol de testemunhas e de peritos (SANTIN, 2007, p. 105).

Da mesma forma que no processo penal brasileiro, na Espanha o Ministério Público é o titular da ação penal pública. Sua atuação se dá, tendo em vista a defesa da legalidade, dos direitos inerentes aos interesses particulares e públicos, ambos resguardados pela lei (DEMERCIAN, 2009, p. 44).

Contudo, a ação penal não é exclusiva do Ministério Público, isto é, do Estado, uma vez que o ofendido pode ofertar a ação penal por intermédio da querela, desde que fique evidenciado o prejuízo suportado por ele, assim como seu interesse na ação.

Ainda que seja um crime apurado mediante ação penal pública incondicionada, a vítima pode oferecer a querela, vez que sua legitimação é ordinária (DEMERCIAN, 2009, p. 44).

Ofertada a acusação, inicia-se a etapa do juízo oral, realizada perante o juiz ou tribunal, que formará sua persuasão por meio das provas produzidas previamente e em juízo. Na fase do juízo oral deverão vigorar os princípios da publicidade, oralidade, concentração, imediação e identidade física do juiz (SANTIN, 2007, p. 105).

6.4 França

O sistema processual penal adotado no direito francês é o acusatório misto. Nas palavras de Valter Foletto Santin (2007, p. 89): “A França é o berço do sistema acusatório misto e do Juizado de Instrução.

Conforme ensina Valter Foletto Santin (2007, p. 89), de forma sucinta, o procedimento realizado pelo ordenamento Francês é da seguinte forma:

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, dirigido pelo Juiz 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 julgador diverso do Juiz de Instrução.

Quanto à investigação criminal, se fazem presentes duas espécies de instrução preliminar: a *enquête préliminaire* e a *instruction préparatoire*.

A primeira é empregada para os delitos mais leves, sendo que a investigação pode ser concedida à polícia e, o Ministério Público estará na direção, na administração. Nessa modalidade de investigação, não vige o princípio do contraditório, portanto, tem como característica a inquisitorialidade. Ademais, o objetivo principal é a aclaração de um fato criminoso e de sua autoria.

Já a segunda espécie de investigação é indispensável para os crimes e, uma faculdade para os delitos de menor potencial e para as contravenções. Somente com a requisição do Ministério Público é que o juiz de instrução poderá iniciar a instrução preliminar.

No mundo processual penal francês há uma divisão dos papéis desempenhados pelos órgãos da *persecutio criminis*. Ao Ministério Público fica designada a função de encetar a persecução do crime, ao passo que ao Juiz de Instrução incumbe à direção da instrução preliminar. Por fim, o júízo colegiado ou monocrático (dependendo da natureza do crime) será o responsável por proferir a sentença e, na execução de pena se fazem presentes o juiz que a aplicou, assim como, novamente, aparece a figura do Ministério Público (SANTIN, 2007, p. 89).

Segundo o artigo 12, do Código de Processo Penal Francês, é dever do Ministério Público presidir as atividades da polícia judiciária no sentido de averiguar o crime, incluindo a instrução preliminar, estando à polícia judiciária sujeita a seus comandos. Nesse sentido,

Quando em atividades de polícia judiciária os policiais estarão automaticamente ligados à ordem do Ministério Público (arts. 12 e 38, CPPF). Os oficiais da polícia judiciária podem decretar a prisão temporária do investigado (*Garde à vue*, art. 63), avisando ao Ministério Público sem demora (SANTIN, 2007, p. 90).

Ainda no tocante à atuação do Ministério Público no Direito Francês, vale mencionar que ele, como órgão estatal, representa o Poder Executivo, bem como a coletividade.

Na França, é nítida a participação do Ministério Público na investigação criminal, uma vez que tem total controle da instrução preliminar, podendo inclusive determinar a prisão temporária do suspeito.

O Ministério Público detém, privativamente, a titularidade da ação penal pública. Por não estar subordinado a nenhum controle, infere-se que possui caráter administrativo.

No cumprimento das funções que lhe são atinentes, o Ministério Público deverá observar o princípio da oportunidade. Nas lições de Valter Foletto Santin (2007, p. 90): “[...] recebe as notícias-crimes, aprecia sobre o seguimento e comunica ao noticiante e à vítima o arquivamento (art. 40, 1ª parte, CPPF) [...]”.

No tocante ao princípio acima citado, denominado de juízo de oportunidade, é feita análise a respeito da presença ou ausência de subsídios, que irão dizer se é viável ou não o prosseguimento da ação. Este juízo de oportunidade, de acordo com Pedro Henrique Demercian (2009, p. 47) é: “[...] consubstanciado na perquirição de uma pluralidade de elementos de ordem individual e social (diretrizes traçadas pelos órgãos superiores: política criminal; a natureza e relevância da infração, além do contexto em que foi praticada [...])”.

6.5 Itália

Ao contrário do que se vê em alguns países, no ordenamento processual Italiano não se encontra mais a figura do Juízo de Instrução, tendo em vista a reforma introduzida no sistema processual do país a partir do Código de Processo Penal de 1988. Nesta reforma o sistema processual passou de misto, para um sistema puramente acusatório.

As investigações preliminares ficaram a encargo do Ministério Público, que recebe a assistência da polícia judiciária. Ainda nas investigações preliminares, foi instituído um juiz, cuja função é:

controlar as atividades inquirentes da etapa prévia, analisar as medidas cautelares e apreciar o pedido de arquivamento ou a denúncia criminal (*richiesta di rinvio a giudizio*), em audiência preliminar (arts. 416 e seguintes, CPPI) (SANTIN, 2007, p. 110)

Na hipótese de a denúncia não ser arquivada, isto é, ser recebida, dar-se-á início a ação penal e, o julgamento será efetivado por juiz diverso do que já tenha tido contato com as investigações prévias.

Conforme já analisado, as investigações preliminares são dirigidas pelo Ministério Público. Nesse contexto, suas atividades podem ser divididas em três classes: investigatória, persecução penal e execução.

Ao receber a notícia de um fato criminoso, é obrigação da polícia levar ao conhecimento do Ministério Público todos os elementos que o envolvem, bem como as provas referentes ao fato (SANTIN, 2007, p. 111).

Segundo Valter Foletto Santin (2007, p. 111):

O Ministério Público italiano completa pessoalmente cada atividade de investigação e pode se valer da polícia judiciária para o cumprimento de suas atividades de investigação e de outros atos especificadamente delegados (art. 370.1, CPPI)

Cabe ressaltar que, mesmo que o Ministério Público tenha iniciado a investigação preliminar, a polícia judiciária pode prosseguir, subsidiariamente, investigando o fato na busca de novas provas, devendo informar imediatamente os novos elementos colhidos ao *Parquet* (SANTIN, 2007, p. 111).

Quanto à ação penal, por força da Constituição Italiana, é obrigatória e exclusiva do Ministério Público, portanto, no ordenamento Italiano não vige o princípio ou juízo da oportunidade.

6.6 Portugal

Como considerações gerais a respeito do processo penal lusitano é importante expor que o Ministério Público é designado para dirigir as investigações prévias e para propor a ação penal. Na fase preliminar, a polícia atua auxiliando o Ministério Público.

Ainda na fase de investigações preliminares, o Código de Processo Penal Português traz a figura do juiz de investigação criminal que, segundo Valter Foletto Santin (2007, p. 113) “tem a função de autorizar as medidas cautelares requeridas pelo Ministério Público e presidir a colheita das provas antecipadas, em contraditório. É o mesmo juiz do julgamento”.

O processo penal português, em 1987, passou por uma exacerbada modificação, que acabou por interferir nas atividades persecutórias do Ministério Público (DEMERCIAN, 2009, p. 52).

No tocante a essas modificações, ficou estipulado que dentre as funções do Ministério Público Português, compete-lhe a chefia do inquérito policial e de proceder à acusação em Juízo. Nos ensinamentos de Valter Foletto Santin (2007, p. 113):

O Ministério Público é encarregado atualmente da direção do inquérito (art. 53, II, b, CPPP), assistido pelos órgãos de polícia criminal, que atuam sob a direta orientação do Ministério Público e na sua dependência funcional (art. 263, CPPP). O Ministério Público pode conferir aos órgãos da polícia o encargo de proceder a quaisquer diligências e investigações relativas ao inquérito (art. 270, CPPP)

Cabe ressaltar que, a exemplo do que ocorre na investigação criminal no Brasil, o intuito da investigação preliminar no ordenamento Português é apurar, através de um conjunto de diligências, a materialidade de um crime, ou seja, sua existência, bem como seu respectivo autor e, além disso, buscar elementos que dêem sustentação à acusação.

O Ministério Público em Portugal possui um caráter autônomo, por força do que dispõe a Constituição Federal Portuguesa. Nesse contexto, segundo o escólio de Pedro Henrique Demercian (2009, p. 55):

[...] o Ministério Público foi erigido à condição de *magistratura autônoma* (Constituição Federal portuguesa, 221, §§ 2º e 3º), que, embora hierarquizada, atua com independência e em obediência à estrita legalidade, incumbindo-lhe *colaborar com o tribunal a descoberta da verdade e na realização do direito* [...]

Oposto ao que ocorre em alguns países, no direito português o Ministério Público não detém a titularidade exclusiva da ação penal, uma vez que existe a possibilidade do assistente, por intermédio da ação popular, exercer a ação subsidiária, desde que o órgão titular não tenha intentado a ação penal. Com a existência da ação supletiva, caracteriza-se o controle externo democrático das atividades do Ministério Público (DEMERCIAN, 2009, p. 56).

Entretanto, na prática, o Ministério Público exerce a titularidade da ação de forma privativa. Isso se dá, conforme instrui Pedro Henrique Demercian (2009, p. 56) “seja porque estão constitucionalmente obrigados (princípios da obrigatoriedade e oficialidade), seja porque exercem a direção do inquérito policial, função não atribuída supletivamente às vítimas e interessados no exercício do direito de ação”.

6.7 Inglaterra

Teoricamente, o processo penal inglês é de iniciativa privada, ou seja, a ação penal pode ser ofertada pela própria vítima ou por qualquer um do povo. No entanto, o que se observa na prática é o contrário, isto é, a ação penal, na grande maioria dos casos, é tentada pela polícia.

A atuação do Ministério Público se dá após o início da ação penal. Sua atividade é de controle, uma vez que pode ostentar a função acusatória ou manifestar-se no sentido do não prosseguimento da ação (SANTIN, 2007, p. 118).

Ensina Valter Foletto Santin (2007, p. 118) que o processo penal inglês adolece-se em três etapas, quais sejam, preparatória, intermediária e de juízo.

As investigações e os primeiros atos efetuados pela polícia são abarcados pela fase preparatória. É também nessa fase que caberá ao Ministério Público a constatação da viabilidade ou não de dar prosseguimento ao procedimento. Quanto à fase preparatória, leciona Valter Foletto Santin (2007, p. 120):

Na fase preparatória, conduzida pela polícia, intervém o juiz de paz (*justice of peace*), normalmente magistrado não profissional, o qual tem a função de controlar determinados atos da polícia e expedir mandados de busca, apreensão e arresto

Na etapa intermediária será assentado a cerca do envio da ação a juízo, levando em consideração a natureza do crime – grave ou mista. (SANTIN, 2007, p. 119).

Por fim, na etapa do juízo, dependendo da natureza do delito, o julgamento sobrevirá em órgãos jurisdicionais distintos. Quando se tratar de crimes mais leves o órgão competente para julgamento é a Corte (Magistrates' Court). Já quando o crime apresentar natureza mista ou grave compete à Crown Court realizar o julgamento por intermédio do Júri.

No direito inglês o princípio da oportunidade é pertencente à polícia, pois ela quem decidirá se é caso de arquivamento ou de inculpação. Para Valter Foleto Santin (2007, p. 119): “A polícia tem importante função no sistema de persecução penal inglês, funcionando na fase preparatória no recolhimento da prova e na iniciação da ação penal”.

Na Inglaterra, o Ministério Público não possui poderes para atuar na investigação criminal. Os poderes investigatórios são de exclusividade da polícia, sendo que seus atos sofrem interferências do magistrado. Este tem a função de fiscalizar e consentir todas as ações realizadas pela polícia, ou seja, o juiz realiza um controle das atividades da polícia.

Quanto ao Ministério Público, há que se mencionar sua simplicidade e, cujas funções estão limitadas no processo penal. Essa limitação ocorre em virtude da intensa ingerência da polícia, da iniciativa privada e de outros órgãos (SANTIN, 2007, 120).

Embora a ação penal possa ser encetada pela polícia, pela própria vítima ou por qualquer cidadão ou órgão administrativo, o Ministério Público exerce o controle sobre ela. Nesse momento, observam-se os poderes conferidos ao *Parquet* no processo penal Inglês.

Conforme os ensinamentos de Valter Foleto Santin (2007, p. 121):

O Ministério Público tem poderes para prosseguir na ação iniciada ou bloqueá-la, controlando a ação penal, de forma discricionária, em consonância com a pertinência da prova recolhida durante a investigação [...] quer tenha sido iniciada pela polícia, vítima cidadão ou órgãos públicos [...]

Portanto, diante do exposto, infere-se que a investigação cabe tão-somente à polícia. Contudo, a deliberação a respeito de prosseguir ou arquivar o procedimento é competência do Ministério Público, ainda que a ação penal tenha sido iniciada pela polícia.

6.8 Estados Unidos da América

A persecução criminal no ordenamento processual penal americano é dividida em duas etapas.

A primeira etapa, denominada preparatória, tem como objeto a captação de elementos comprobatórios. Portanto, trata-se da investigação criminal, realizada tanto pela polícia, quanto pelo Ministério Público.

Já a etapa do julgamento, segunda fase do processo americano, corresponde, como o próprio nome diz, ao julgamento propriamente dito. Caracterizada pelos princípios da publicidade, do contraditório e da ampla defesa, da concentração e imediação dos atos processuais, é nesse momento que serão produzidas todas as provas obtidas na etapa da investigação. Nas palavras de Valter Foletto Santin (2007, p. 121): “[...] As provas são todas produzidas perante o juiz ou júri, podendo ser introduzidos elementos probatórios anteriores e submetidos ao contraditório”.

Ao Ministério Público são atribuídas funções no âmbito federal, estadual, regional e municipal, sendo que sua atuação sucede no campo penal e civil, no combate aos mais variados delitos e, na defesa de inúmeros direitos, tal qual o Ministério Público Brasileiro. Nesse sentido, explica Valter Foletto Santin (2007, p. 123) que:

As atribuições são variáveis em cada Estado. Normalmente, na área civil, desempenha o trabalho de defesa do meio ambiente, direitos do consumidor, dos portadores de deficiência, idosos e patrocina e defesa do governo e órgãos estaduais. Também atua no controle da atuação contenciosa do Estado e colaboração no aprimoramento legislativo, participando de comissões de criação ou reforma legislativa.

No campo penal, combate os crimes estaduais e funciona em conjunto com o Ministério Público dos Condados, dando-lhe o apoio necessário [...]

A instituição ministerial também é dividida quanto à atuação regional e municipal. Na primeira, é constituído o Condado, que abarca o território de determinados municípios, análogo às comarcas da estrutura judiciária brasileira, sendo que em cada Condado é nomeado um membro do Ministério Público, cuja atuação se dá na esfera criminal. Já na segunda, existe o Corporation Counsel, que cuida dos interesses dos entes municipais (SANTIN, 2007, p. 123).

No tocante ao desígnio funcional do Ministério Público, instrui Antonio Augusto Camargo Ferraz (1988, p. 46) *apud* Valter Foletto Santin (2007, p. 124) que: “O

Ministério Público norte-americano tem como finalidade institucional a defesa do interesse público, para a proteção dos “bens e valores essenciais à boa qualidade de vida em sociedade” [...]”.

Ambos os autores acima referidos defendem a idéia de que o Ministério Público brasileiro e o norte-americano têm em comum finalidades funcionais, quais sejam, a defesa dos interesses difusos e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, que fazem parte do interesse público.

Diante disso, infere-se que o Ministério Público atua somente quando está em jogo o interesse público, destarte, não irá atuar nos processos onde a matéria for de competência do domínio privado. Segundo observa Valter Foletto Santin (2007, p. 124):

A noção de interesse público que justifique a atuação do Ministério Público americano é ampla e determinada pelo próprio Procurador-Geral [...], em consonância com as regras do sistema de Common Law e para a defesa do povo, sem possibilidade da lei restringir este poder

No que diz respeito à investigação criminal, na persecução criminal do processo americano, o representante do Ministério Público participa diretamente da realização das diligências na fase preparatória. Na descrição de Valter Foletto Santin (2007, p. 124): “[...] O Ministério Público tem **amplos poderes de investigar** os atos criminosos dos particulares, inclusive condutas governamentais nocivas de âmbito administrativo” (grifo nosso).

Na ação penal continua o referido autor: “[...] o Ministério Público estadunidense tem enormes poderes, porque não vigoram os princípios da obrigatoriedade e da indesejabilidade ou irrenunciabilidade”.

Conforme já mencionado acima, o Ministério Público e a polícia agem conjuntamente na investigação criminal. Entretanto, essa atuação ocorre com maior frequência na esfera federal, sendo pouco observada em âmbito estadual, em virtude do “excessivo volume de organizações policiais independentes que chegam a atingir o expressivo montante de 17.000 (dezesete mil) estes policiais autônomos”, conforme explana Rodrigo Régner Chemim Guimarães (2008, p.202).

Há certa dificuldade de haver efetivamente essa atuação adjacente entre Ministério Público e Polícia por vários fatores. Porém, mesmo com essas dificuldades, o *Parquet* age livremente na investigação criminal.

6.9 México

No ordenamento processual penal mexicano, tem-se a primeira fase da persecução criminal, denominada de instrução prévia, cuja competência para realizá-la é da polícia e, com chefia do Ministério Público. A polícia deve se sujeitar às ordens do Ministério Público, no sentido de efetuar todas as diligências imprescindíveis por ele requeridas.

O Ministério Público mexicano, considerado órgão do Poder Executivo, é desmembrado, assim como o brasileiro, pois atua na esfera federal e na esfera estadual.

No tocante às atribuições do Órgão Ministerial Mexicano, leciona com domínio Valter Foletto Santin (2007, p. 102) que: “O Ministério Público é encarregado de velar e tutelar os direitos fundamentais constantes da Carta Magna, vigiar o Estado de Direito e o cumprimento das regras constitucionais”.

Conforme dispõe o artigo 21 da Constituição Mexicana, O Ministério Público tem poder para operar na investigação criminal.

O Ministério Público Federal ao atuar na persecução dos crimes federais deverá desempenhar uma série de atividades. Dentre elas:

[...] a averiguação prévia, o exercício da ação penal e a tutela dos direitos da vítima e ofendido [...]. O trabalho de averiguação prévia (art. 8º, I) consiste no recebimento de notícias de ações ou omissões delituosas (art. 8º, I, letra “a”) e na investigação dos crimes, com ajuda dos auxiliares diretos (polícia judiciária federal e estadual, agentes do Ministério Público estadual e outros funcionários públicos [...])” (SANTIN, 2007, p. 102-103).

Em âmbito estadual o Ministério Público também desenvolve atividade investigatória, com a diferença que, os crimes a serem investigados são comuns, ou seja, prejudicam pessoas, tais como, roubo, lesões, homicídio, etc.

6.10 Considerações Finais

Não seria correto findar este capítulo sem tecer algumas considerações relevantes para o prosseguimento do presente trabalho.

Primeiramente, insta destacar que, além de todos os países que foram mencionados neste capítulo, ainda existem outros sistemas processuais, cuja investigação criminal é possível ser desempenhada pelo Ministério Público, tais como, Bélgica, Colômbia, Argentina, Paraguai, dentre outros.

Da análise sucinta de todos os países estudados, podem ser vistos alguns pontos positivos e, que podem ser de extrema ajuda e modelo para o nosso sistema processual como um todo. Dentre esses pontos positivos, Pedro Henrique Demercian (2009, p. 57) enfatiza alguns interessantes:

A titularidade da ação penal pública (Alemanha, Itália, França e Portugal), embora nem sempre exclusiva ou privada (Espanha), e o controle sobre os órgãos de investigação (todos os sistemas estudados)

A harmonização dos princípios da hierarquia e unidade, sem interferência substancial na independência de atuação, conforme ditames da legalidade e justiça

Ademais, foi possível notar também que independentemente do sistema processual penal adotado pelo país, seja inquisitivo, seja acusatório, em todos, o Ministério Público tem como uma de suas funções o exercício do controle externo da atividade policial, com ênfase para aqueles países que, conforme ensina Rodrigo Régner Chami Guimarães (2008, p. 205) “servem de base legislativa para o Brasil, como é o caso da Itália e da Alemanha, onde a Polícia é vinculada administrativamente ao Ministério Público”.

Por fim, e mais importante consideração, é a de que todos os países neste capítulo mencionados, com exceção da Inglaterra, trazem o Ministério Público atuando diretamente na investigação criminal e, além disso, essa atuação se dá individualmente ou, juntamente com a Polícia, sendo que em determinados países a função da polícia na investigação é simplesmente auxiliar o *Parquet* na realização das diligências por ele ordenadas.

7 DO MINISTÉRIO PÚBLICO

7.1 Origem da Instituição

Conforme se observou no estudo da origem da investigação criminal, diversos doutrinadores atribuem, a órgãos (*magiaí, irenarchi, stationari*) instituídos nas civilizações antigas, como v.g. Egito, Roma e Grécia, a origem do Ministério Público. Para Pedro Henrique Demercian (2009, p. 60): “[...] a instituição ganhou os contornos e linhas gerais hodiernas, precisamente, no direito francês, mais especificamente nos *Procurateur du Roi* da monarquia francesa do século XIII [...]”, posicionamento majoritário entre a doutrina nacional e internacional.

O Brasil sofreu grande influência do sistema jurídico de Portugal, uma vez que foi colonizado por este, principalmente no que diz respeito às Ordenações do Reino (Afonso, Manuelinas e Filipinas), que vigoraram durante muitos anos.

Nas Ordenações Afonso, havia, para defesa dos direitos reais os promotores de justiça, cuja função estava concentrada na acusação para se obter a punição. Nas Ordenações Manuelinas por sua vez, era possível verificar a presença do promotor de justiça com funções na esfera civil e criminal, no intento de conservar a justiça. Para Rodrigo Régner Chemim Guimarães (2008, p. 56) foi nas Ordenações Manuelinas que “pela primeira vez se falou em Ministério Público em terras brasileiras [...]”. Conforme os ensinamentos do doutrinador:

De fato, as Ordenações Manuelinas, que se fizeram aplicar na prática no Brasil, traziam, no Livro I, o Título XI, que tratava “*Do procurador dos nossos feitos*”, o Título XII, do mesmo livro, que disciplinava a respeito do “*Promotor da Justiça da Casa Soprizaçam*” e o Título XXXIV, que, por sua vez, trazia os requisitos para se “*Promotor da Justiça*”.

Acerca da legislação portuguesa, ensina Valter Foletto Santin (2007, p. 187): “A legislação portuguesa aqui vigorou por longo período (417 anos), até depois da independência (1822), na esfera civil, porque as Ordenações foram aplicadas até a entrada em vigor do Código Civil Brasileiro (1917), apesar da independência e separação política (1822).

Todavia, posteriormente à independência brasileira, foram instituídas leis nacionais no campo penal, o que acarretou a revogação das Ordenações do Reino (SANTIN, 2007, p. 188).

Outra influência sofrida pelo ordenamento jurídico brasileiro, já após sua independência, foi a cerca das questões atinentes ao Iluminismo, que pregava idéias liberais. Nesse sentido, colham-se os ensinamentos de Pedro Henrique Demercian (2009, p. 61): “[...] Prova maior disso foi a Constituição Imperial de 1824, que previa no seu artigo 179 uma série de princípios liberais [...]”. Constituição que foi omissa quanto à dispor sobre o Ministério Público.

Como se pode observar, a figura do promotor de justiça já podia ser observada nas Ordenações da legislação portuguesa. Porém, a primeira legislação nacional a contemplar o órgão Ministério Público foi o Código de Processo Criminal do Império (1832), que trazia alguns dos ideais iluministas.

Nessa época, o Ministério Público não atuava de maneira constante, pelo contrário, suas atividades eram subsidiárias, pois estavam condicionadas à ausência de manifestação do particular, só atuando nas ações penais públicas. Segundo Pedro Henrique Demercian (2009, p. 62) “[...] Sua atividade não era processualmente necessária [...]”.

Contudo, tendo em vista o aumento exorbitante da criminalidade na época, adveio uma reforma no Código de Processo Criminal Imperial através da Lei nº 261, de 1841, ocasionando uma mitigação da função subsidiária do Ministério Público.

Conforme os ensinamentos de Pedro Henrique Demercian (2009, p. 62): “Nessa tentativa mais contundente de combate à criminalidade crescente, criou-se em nosso país a *acusação oficial necessária* que fez surgir a cogente necessidade de se aprimorar a organização do então titular da ação penal pública”.

A partir desse momento, o Ministério Público passa a ser tratado como a regra e, não mais como exceção ou, nos dizeres de Pedro Henrique Demercian (2009, p. 63) “[...] Nesse momento histórico é que se planta efetivamente, no Brasil, a semente do Ministério Público”.

A Lei nº 2.033, de 1871 e o Decreto nº 4.824, de 1871, foram editados com a intenção de alterar o Código de Processo Criminal, bem como de aperfeiçoar o sistema processual penal. Ambas as leis trouxeram modificações importantes para o Processo Penal Brasileiro. Assim, ensina Pedro Henrique Demercian (2009, p. 63)

Segundo o doutrinador, após estas modificações, o rol de funções do Ministério Público começou a se expandir. Como novas atribuições concedidas ao Ministério Público, colham-se os exemplos dado por Pedro Henrique Demercian (2009, p. 63):

[...] dentre outros dispositivos, retirou dos delegados de Polícia funções típicas dos magistrados, atribuiu-lhes especificamente a atividade preparatória para a ação, e criou o inquérito policial em moldes semelhantes aos do código atualmente vigentes (1941)

[...] assistir a todos os julgamentos, inclusive àqueles em que houvesse acusador particular (art. 16, § 1º, da Lei n. 2033, de 20 de setembro de 1871); aditar a queixa, a denúncia e o libelo, bem como apresentar outras provas, além daquelas indicadas pela parte (art. 20, § 2º do Decreto n. 4824, de 22 de novembro de 1871, que regulou a aplicação da Lei n. 2033, de 20 de setembro de 1871)

Cumprе mencionar que, em todo esse período, os promotores públicos eram escolhidos e destituídos pelo Imperador.

Passado o período do Brasil Império, por força da proclamação da República, entra em cena o período Republicano no sistema brasileiro. Por conta disso, deveria haver uma nova modificação na legislação processual penal nacional.

Dessa forma, entrou em vigor no ordenamento brasileiro o Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890. Era o Código Penal brasileiro, que também disciplinava sobre normas de direito processual. Nesse mesmo período, foi criado o Estatuto do Ministério Público do Distrito Federal (DEMERCIAN, 2009, p. 64). Nas palavras de Valter Foletto Santin (2007, p. 168) este estatuto

“[...] garantiu autonomia e estabilidade e fixou racionalmente as suas atribuições. O seu art. 164 dispunha: O Ministério Público é, perante as justiças constituídas, o advogado da lei, o fiscal de sua execução, o procurador dos interesses gerais do Distrito Federal e o promotor da ação pública contra todas as violações do direito”

A primeira legislação importante do período Republicano foi a Constituição Federal Republicana de 1891. A primeira mudança radical no sistema jurídico brasileiro manifestou-se no tocante à competência para legislar a respeito de matéria processual, conferida à União Federal, competência que se constata ainda nos dias de hoje (art. 22, CF/88).

Dispunha o artigo 58, § 2º, da Constituição Republicana que o Procurador Geral da República era indicado e nomeado pelo Presidente da República, dentre os ministros do Supremo Tribunal Federal e, no exercício de seu cargo, possui a garantia de inamovibilidade (DEMERCIAN, 2009, p. 64).

Na Constituição Federal de 1934, o Ministério Público ganhou um capítulo especial, dedicado somente a ele, denominado “Órgão de Cooperação nas Atividades Governamentais”. Ao Órgão Ministerial, eram atribuídas autonomia e independência funcional (DEMERCIAN, 2009, p. 65).

Entretanto, a autonomia e independência presentes na Carta de 1934, foram prejudicadas com o advento da Constituição Federal de 1937, tendo em vista o golpe de Estado sofrido pelo Brasil naquele mesmo ano. Diante disso, o Ministério Público regrediu a ponto de a Constituição de 1937 fazer menção unicamente “[...] ao Procurador-Geral da República como chefe do Ministério Público Federal (art. 99) e previsão do preenchimento das vagas dos tribunais superiores por um quinto de advogados ou membros do Ministério Público”, conforme observa Valter Foletto Santin (2007, p. 188).

Pedro Henrique Demercian (2009, p. 65) por sua vez, ensina que a Carta Política de 1937:

[...] fez referência ao Ministério Público, colocando-o no capítulo reservado ao Supremo Tribunal Federal. Como se poderia esperar de um estado totalitário, a nomeação e demissão (*ad nutum*) do procurador-geral estavam a cargo do presidente da República

A Constituição Federal promulgada em 1946 abordou o Ministério Público de uma forma mais ampla. Segundo Pedro Henrique Demercian (2009, p. 65), a Carta de 1946, infundida na democracia, “[...] dedicou ao Ministério Público maior magnitude [...]”. Quanto ao Procurador-Geral, assim como nas Constituições anteriores, era nomeado e destituído pelo Presidente da República, com a diferença que na Constituição de 1946 esse ato presidencial deveria suceder mediante aprovação do Senado Federal e, além disso, o ingresso no cargo se dava por concurso público (SANTIN, 2007, p. 188).

Nas palavras de Pedro Henrique Demercian (2009, p. 65): “[...] o procurador-geral da República detinha enormes poderes e responsabilidades, tendo de exercer seu mister com dignidade e justiça, mas sempre a mercê da vontade do governo”.

Durante a transição da Constituição de 1937 para a de 1946 entrou em vigor no sistema processual brasileiro em 1941, o Código de Processo Penal, vigente nos dias de hoje. É nesse período que o legislador, na abordagem de Rodrigo Régner Chemim Guimarães (2008, p. 58) “[...] foi alçando o Ministério Público a verdadeiro defensor da sociedade, aperfeiçoando, ainda que lentamente, suas atribuições [...]”.

Em 1964 viveu no Brasil o regime militar. Por essa razão ocorreu o rompimento da ordem constitucional e conseqüente alteração legislativa, sobretudo no tocante às Leis Federais. Foi editada a Constituição de 1967, que num primeiro momento, alocou o Ministério Público no capítulo que tratava do Poder Judiciário, sendo que seus membros detinham alguns direitos congruentes com os dos magistrados (SANTIN, 2007, p. 189).

Contudo, sobreveio a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, que trouxe algumas modificações na Carta de 1967 nas questões atinentes ao Ministério Público. Leciona Valter Foletto Santin (2007, p. 189) que: “[...] a instituição foi inserida no Capítulo do Executivo. O constituinte reformador retirou dos seus membros as mesmas prerrogativas conferidas aos juízes (tempo para aposentadoria e vencimentos)”.

Ademais, a Emenda Constitucional nº 08, de 1977, determinou a estruturação do Órgão Ministerial na esfera Estadual. Diante disso, foi editada a Lei Complementar nº 40, de 14 de dezembro de 1981, que disciplinou as regras para a organização e o funcionamento do Ministério Público Estadual (DEMERCIAN, 2009, p. 66).

Mesmo com esse novo enfoque, “[...] a idéia de Ministério Público ainda estava vinculada à concepção de Estado em Juízo, quer como advogado da União, quer como titular da ação penal, visto, de qualquer forma, como apêndice do governo em juízo”, conforme observa Pedro Henrique Demercian (2009, p. 66).

Continua o referido doutrinador ressaltando:

A política do procurador-geral, continuava vinculada ao pensamento do governo e, além disso, a própria titularidade da ação penal estava sujeita a grandes incertezas, até porque era definida na referida Lei Complementar e, portanto, não revestida da mesma rigidez e importância de uma regra constitucional

Finalmente, é promulgada no ordenamento jurídico brasileiro a Constituição Federal de 1988. A nossa atual Carta Política disciplina o Ministério Público como instituição essencial à justiça, estabelecendo um rol de atribuições que vai desde ser o fiscal da lei, atuando até mesmo em causas que não é parte, até o exercício da titularidade da ação penal.

Nesse sentido, ensina Valter Foletto Santin (2007, p. 189):

Na Constituição de 1988, diploma fundamental vigente, o Ministério Público conseguiu inúmeros avanços. Figura em título próprio, no Capítulo das Funções Essenciais à Justiça, ao lado dos advogados e defensores públicos. A instituição foi colocada em capítulo separado das normas sobre o Executivo, Legislativo e Judiciário, diferentemente dos sistemas anteriores (Judiciário, Constituição de 1967, e Executivo, Emenda Constitucional nº 1 de 1969)

A Constituição Federal de 1988 trata do Ministério Público entre os artigos 127 a 130. Além disso, cabe mencionar a Lei Complementar Federal nº 40, de 1981, que regulamenta a estruturação e regras do Ministério Público Federal, bem como a Lei Federal nº 8.625, de 1993, que disciplina as normas atinentes ao Ministério Público Estadual. Quanto ao

Ministério Público Estadual, ensina Valter Foletto Santin (2007, p. 189): “Cada Estado-Membro possui a sua legislação estadual própria, regrado o Ministério Público Estadual”.

Destarte, por intermédio da Constituição de 1988, nas palavras de Pedro Henrique Demercian (2009, p. 66) “[...] o Ministério Público perdeu o papel de advogado do Estado e se transformou, definitivamente, em advogado da sociedade: a sociedade-governante”.

Por derradeiro, cabe destacar a magnífica explicação dada por Rodrigo Régner Chemim Guimarães (2008, p. 59)

[...] a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Ministério Público brasileiro passou a atuar, praticamente, em todos os ramos de interesse da sociedade, especializando seus órgãos de atuação (as Promotorias de Justiça), a fim de poder, efetivamente, fazer valer os interesses e direitos sociais e individuais indisponíveis previstos na própria Carta Magna brasileira

A seguir, passaremos a estudar o Ministério Público à guisa do que dispõe a Constituição Federal de 1988, ponderando o conceito, destinações e princípios constitucionais do Órgão Ministerial.

7.2 Conceito

No tocante à definição do Ministério Público, o próprio legislador se preocupou em trazer no bojo da Constituição Federal a definição da instituição Ministério Público. Nos termos do artigo 127, *caput*, da Magna Carta: “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”.

Nas palavras de Hugo Nigro Mazzilli (2004, p. 17):

Trata-se de um órgão autônomo do Estado, indispensável para assegurar a inércia do Poder Judiciário e para garantir efetivo acesso à jurisdição, quando da ocorrência de lesões a interesses públicos ou coletivos, tomados estes em seu sentido lato

Da análise do conceito legal, podemos retirar alguns elementos que serão de suma importância para se compreender as funções e todas as questões relevantes a cerca do

Ministério Público. Destarte, passaremos a estudar a partir de agora o Ministério Público à luz da Constituição Federal, especificamente o que dispõe o seu artigo 127 e seguintes.

7.3 O Ministério Público na Constituição Federal de 1988

7.3.1 Instituição Permanente

Primeiramente, por força do que dispõe o artigo 127 da Constituição Federal, trata-se de uma instituição permanente.

O Estado traduz sua soberania por intermédio dos órgãos por ele mesmo instituídos. O Ministério Público detém o status de órgão estatal e, como todo órgão instituído pelo Estado, o *Parquet* tem uma finalidade na sociedade, qual seja, defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis.

Leciona Valter Foletto Santin (2007, p. 191) que o Ministério Público: “[...] É uma instituição jurídica fundamental, perene. Ela extrapola o indivíduo no tempo e no espaço, possui vida e disciplina próprias, forças e qualidades particulares e uma vocação especial de bem servir a própria sociedade”.

O Ministério Público, mormente nas últimas Constituições, vem sendo caracterizado como o causídico da sociedade, já que todo seu trabalho visa à proteção e melhoria desta. É possível detectar esse caráter do Órgão Ministerial, conforme Valter Foletto Santin (2007, p. 191):

[...] por suas atividades de promoção da ação penal contra os infratores da lei penal, que afrontarem a sociedade com os seus atos delituosos, de tutela dos hipossuficientes e de promoção de ação civil pública contra os causadores de danos coletivos ou difusos ou individuais homogêneos, inclusive o próprio Estado

Em seguida, analisaremos uma das mais relevantes características do *Parquet*, qual seja, o acesso à Justiça, pois é daí que serão tiradas algumas considerações ao final, no que diz respeito à possibilidade da atuação investigatória do Ministério Público.

7.3.2 Função Essencial à Justiça

Antes de avaliarmos o Ministério Público como função essencial à justiça, é necessário ponderarmos a respeito do que venha a ser essa função. Nas palavras de Guilherme Peña De Moraes (2008, p. 469): “As **funções essenciais à justiça** são descritas como complexo orgânico que, embora não conformando um quarto poder do Estado, recebeu a seu cargo a função de provedoria da justiça”.

Há na doutrina uma discussão no tocante à qual seria o posicionamento constitucional mais adequado do Ministério Público. Dentre as teses possíveis, discute-se estar ele inserido no Poder Executivo, no Poder Legislativo, no Poder Judiciário, como um novo Poder Estatal ou se inserido em um capítulo próprio.

Segundo Hugo Nigro Mazzilli (2004, p. 29): “A posição que prevaleceu na Constituição Federal de 1988 foi a de ficar o Ministério Público inserido em capítulo à parte: Das funções essenciais à Justiça [...]”. Destarte, infere-se que mesmo não sendo considerado um quarto Poder, o Ministério Público recebeu as prerrogativas como se assim o fosse.

O artigo 127 da Lei Maior aponta o Ministério Público como órgão essencial à função jurisdicional do Estado, uma vez que uma de suas principais finalidades é manter a ordem, a paz e a tranqüilidade na sociedade. Valter Foletto Santin (2007, p. 191) ressalta que o Órgão Ministerial é “indispensável, necessário e importante para o exercício da jurisdição”.

Segundo Hugo Nigro Mazzilli (2001, p. 23), para que o Estado possa, através do Ministério Público, atingir a pacificação social, “[...] o Estado regula a convivência dos indivíduos por meio do direito objetivo, que é a manifestação da sua vontade incontestável, imposta por força da soberania”.

Deste modo, infere-se que o Estado atua de duas maneiras. Em um primeiro momento, o Estado institui normas de direito objetivo, tendo em vista sua soberania. Num segundo momento, o Estado garante a eficácia na sociedade da norma estabelecida. Sendo assim, o Estado não somente edita, mas também fiscaliza e assegura o cumprimento das leis (SANTIN, 2007, p. 23).

A partir do momento em que a norma editada pelo Estado é violada, surge na sociedade um conflito de interesse, que conseqüentemente, acarretará uma interferência, um prejuízo na pacificação social. Nesse sentido, leciona com propriedade Hugo Nigro Mazzilli (2001, p. 25): “Quando surge um conflito de interesses a ameaçar a convivência social, o Estado chama a si a tarefa de compor esse conflito”.

A solução do litígio e normalização da pacificação social será competência dos órgãos estatais, que, como o próprio nome evidencia, são criados pelo próprio Estado. Segundo Hugo Nigro Mazzilli (2001, p. 25): “[...] O Estado vale-se de agentes próprios para tornar concreta a aplicação da norma jurídica abstrata, e emprega a força para consegui-lo, quando preciso”.

Diante de um conflito de interesses, parte-se da premissa que há duas ou mais partes com interesses em jogo e, que, ao final, uma estará com a razão e a outra não.

A Constituição Federal assegura a todos o acesso à Justiça, independentemente de cor, raça, religião, sexo. Contudo, “a possibilidade de acesso à Justiça não é efetivamente igual para todos: são gritantes as desigualdades econômicas, sociais, culturais, regionais, etárias, mentais”, conforme ponderado por Hugo Nigro Mazzilli (2001, p. 29).

É justamente nesse panorama que entra em cena a função do Ministério Público, ou seja, dentre suas atribuições, está a de garantir a todo cidadão o acesso ao Judiciário, à jurisdição, para que tenha seu problema solucionado. Nas palavras de Hugo Nigro Mazzilli (2001, p. 29): “[...] o Ministério Público tem não apenas a iniciativa de algumas ações, como também a intervenção noutras tantas delas”. Isso ocorre porque nas ações em que não for parte, o Ministério Público atuará como fiscal da lei.

No âmbito criminal, que nos interessa, o Ministério Público atua tanto na esfera judicial, quanto na esfera extrajudicial, comprovando sua destinação de função essencial à Justiça.

No tocante à esfera judicial penal, o Órgão Ministerial:

[...] é o titular constitucional privativo da ação penal pública. Pode investigar diretamente infrações penais, cabendo-lhe, ainda, o relevante papel de exercer o controle externo da atividade policial [...]. Detém papel decisivo nas transações referentes às infrações penais de menor potencial ofensivo, disciplinadas na legislação infraconstitucional (MAZZILLI, 2001, p. 29)

Ademais, ainda no âmbito judicial penal, a atuação do *Parquet* pode se dar quando diretamente provoca a prestação jurisdicional ou, quando intervém na relação jurídica processual que já foi instaurada mediante suscitação de terceiros (MAZZILLI, 2001, p. 30).

Na esfera extrajudicial penal por sua vez:

[...] pode exercitar a chamada administração pública de interesses privados (como na aprovação de acordos extrajudiciais ou de compromissos de ajustamento), bem como tem o dever de atender o público, um dos canais mais adequados para o zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição (MAZZILLI, 2001, p. 29)

Essa característica do órgão ministerial deve ser interpretada em harmonia com as outras funções que lhe são atinentes, quais sejam, defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Deve ser dessa forma, “para não dar errônea interpretação de que o Ministério Público deva funcionar em todas as causas que compõem a prestação da jurisdição estatal”, segundo a advertência feita por Valter Foletto Santin (2007, p. 191).

Não será em todos os processos tramitando perante o Judiciário que o Ministério Público irá intervir, mas sim, naquelas em que possuir legitimidade previamente elencada na lei.

Nesse sentido, ensina João Francisco Sauwen Filho (1999, p. 201):

O Ministério Público é essencial ao exercício da função jurisdicional, mas apenas em se tratando de feitos onde estejam em jogo o interesse do bem geral, como os interesses sociais e individuais indisponíveis, os difusos, os correlativos ou ligados à qualidade de determinada pessoa, ou à natureza da própria lide, [...]

A participação do Ministério Público, na provocação do exercício da função jurisdicional, só se faz, portanto, necessária e deverá tornar-se essencial apenas quando na lide existir alguma característica de indisponibilidade do interesse questionado ou quando à defesa desse interesse, indisponível ou não, convenha à coletividade como um todo

Porém, há uma exceção. Por força do artigo 103, § 1º, da Constituição Federal, o Procurador-Geral da República, chefe do Ministério Público, atuará em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal. Como justificativa Valter Foletto Santin (2007, p. 191) traz: “especial relevância das causas de competência do STF, guardião da Constituição (art. 102, *caput*) e conseqüentemente da ordem jurídica e do regime democrático, que são protegidos pelo Ministério Público (art. 127)”.

A destinação constitucional do Ministério Público, ou seja, as atribuições a ele conferidas são: a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. A partir daí se faz necessário ponderarmos um por um destes elementos.

7.3.3 Defesa da Ordem Jurídica

Algumas civilizações, desde o início já atribuíam ao Ministério Público a função de fiscal da lei. Justamente nesse contexto que se encaixa a função de defensor da ordem jurídica, que abarca todo o ordenamento jurídico brasileiro. Vale dizer, nas palavras de Valter Foletto Santin (2007, p. 193): “[...] A defesa da ordem jurídica tem amplo campo de atuação”.

A defesa da ordem jurídica, entretanto, não pode ser analisada levando em consideração o ordenamento jurídico em sentido amplo. Essa atividade deve estar limitada e, ser compatível com as demais finalidades do Órgão Ministerial, bem como aos demais dispositivos legais referentes à instituição.

Nesse contexto, ressalta Hugo Nigro Mazzilli (1997, p. 22):

Consagrado como fiscal da lei, a destinação do Ministério Público deve ser compreendida à luz dos demais dispositivos constitucionais que disciplinam sua atividade, sempre voltada para o zelo de interesses sociais e individuais indisponíveis e do bem geral. Por isso, o art. 129, IX, da Constituição, veda-lhe exercer outras funções que não sejam compatíveis com sua finalidade, como a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas

Assim, leciona Valter Foletto Santin (2007, p. 194): “O Ministério Público não funciona em todas as causas em que discutidas normas legais e conseqüentemente a ordem jurídica vigente”.

A defesa da ordem jurídica não pode ser analisada amplamente porque o próprio ordenamento jurídico atribui a outras instituições a defesa de determinadas feições de ordem jurídica. Como exemplo, cumpre citar as lições de Valter Foletto Santin (2007, p. 194):

[...] a defesa administrativa e judicial do Estado-Administração e da Fazenda Pública é feita por outras instituições estatais (nas esferas tributária e civil, as procuradorias do Estado e dos Municípios, a procuradoria da fazenda nacional e a advocacia geral da União, conforme arts. 131 e 132, da Carta Magna) [...]

Pedro Henrique Demercian (2009, p. 72) defende a tese de que, na esfera criminal, a defesa da ordem jurídica esta fortemente atrelada à norma que confere ao Ministério Público a titularidade da ação penal pública, o que caracteriza o princípio da obrigatoriedade, ou seja, a obrigação concernente ao Promotor de Justiça, no sentido exercer sua função dentro daquilo que estabelece a legislação e, de forma objetiva.

Quanto ao dever do Ministério Público de atuar de maneira objetiva, leciona com domínio Pedro Henrique Demercian (2009, p. 72): “[...] deve-se entender [...] não apenas a obediência estrita à legalidade, mas, principalmente, uma atuação isenta de idiosincrasias e paixões, que respeite o princípio da isonomia [...]”.

7.3.4 Defesa do Regime Democrático

Outra finalidade presente no conceito de Ministério Público apresentado pela Magna Carta, o regime democrático está ligado à idéia de democracia, que quer dizer soberania popular, ou seja, o povo tendo voz ativa na ordem política do Estado.

Nas palavras de Valter Foletto Santin (2007, p. 195): “O regime democrático é baseado na soberania popular, liberdade eleitoral, divisão de poderes e controle dos atos das autoridades públicas. É o regime originário da democracia”.

Ensina Ataliba Nogueira (1966, p. 67) *apud* Valter Foletto Santin (2007, p. 195) que: “Estado democrático é o Estado em que o povo, pelo seu livre entendimento, toma decisões políticas ou decide as linhas diretrizes das ações dos governantes”.

Hugo Nigro Mazzilli (2004, p. 32) menciona algumas hipóteses em que a atuação do Ministério Público reflete na defesa do regime democrático. São elas:

- a) zelar para que os Poderes Públicos e os serviços de relevância pública observem os direitos assegurados na Constituição Federal (função de *ombudsman*, art. 129, II, da CF);
- b) promoção da ação penal e da ação civil públicas, nas hipóteses em que princípios democráticos precisem ser preservados pela via jurisdicional (art. 129, I e III, da CF);
- c) defesa da representatividade popular e do exercício de direitos políticos (arts. 2º a 5º, da LC n. 75/93);
- d) fiscalização de todo o processo eleitoral, a cada passo e em todos os momentos.

Outras funções, pelas quais o Órgão Ministerial pode exteriorizar a defesa do regime democrático são: através da ação direta de inconstitucionalidade (Adin), no exercício do controle externo da atividade policial, a defesa dos hipossuficientes e da minoria, dentre outras.

Sendo assim, para que se tenha um Estado Democrático, dentre outras coisas, é indispensável a atuação do Ministério Público no sentido de efetivar a democracia em meio a

uma sociedade muitas vezes corrompida, onde a injustiça predomina e, onde só os fortes decidem.

7.3.5 Exação pelo Interesse Público

O interesse público abarca todas as incumbências conferidas ao Ministério Público pela Constituição Federal, ou seja, a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, agrega o zelo pelo interesse público.

No tocante à expressão interesse público, Hugo Nigro Mazzilli (2001, 26) faz duras críticas, por entender que a expressão é confusa e, que sua aplicação seria mais conveniente quando se deseja destacar toda a esfera de atuação do Ministério Público na proteção de interesses (sociais, indisponíveis, coletivos, difusos, etc.)

Todavia, as inúmeras formas de interesses que são protegidos mediante a atuação do órgão ministerial não podem ser confundidas. Nesse sentido, leciona com precisão Valter Foleto Santin (2007, p. 192):

O “interesse público” a ser zelado pelo Ministério Público é o primário, interesse do bem geral, identificado como o interesse social (da sociedade ou da coletividade, designados como interesse coletivo e difuso). Não passível de confusão com o interesse público secundário, de interesse da administração. [...] Não podem ser confundidos o interesse do bem geral (público primário) com o interesse da administração (interesse público secundário, ou seja, o modo como os órgãos governamentais vêem o interesse público).

Diante do que foi exposto acima, podemos concluir, portanto, que de um lado encontra-se o interesse da administração e, de outro lado o interesse da sociedade, sendo que o Ministério Público tem a função de defender, de prestigiar sempre o interesse público da sociedade.

Para que se consiga diferenciar o interesse da Administração, do interesse da sociedade, Valter Foleto Santin (2007, p. 193) esclarece que este pode ser denominado de “interesse comunitário”, “interesse social”, ou ainda “interesse público-social”.

Quanto aos interesses sociais, outra atribuição do Ministério Público, estudaremos no próximo capítulo.

Por hora, cumpre mencionar como exemplo de interesse público, os interesses individuais homogêneos, proteção produzida pelo Ministério no âmbito das relações de consumo, onde figura como interessado, principalmente o consumidor.

7.3.6 Defesa dos Interesses Sociais

O inciso III, do artigo 129, da Constituição Federal dispõe que é função institucional do Ministério Público: “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, e de outros interesses difusos e coletivos”.

Conforme sopesado anteriormente, é atribuição do Ministério Público a defesa dos interesses sociais, como por exemplo, as relações de consumo, nos termos do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor. São abraçados pelo conceito constitucional de interesse social, os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Os interesses difusos são aqueles comuns a todas as pessoas, ou seja, cujos privilégios são atinentes a todos os que possuam legitimidade para sobre ele reclamar, indistintamente, como v.g. o meio ambiente, o patrimônio público etc.

Para o Código de Defesa do Consumidor, nos moldes do dispositivo legal acima mencionado, os interesses ou direitos difusos são: “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

Os interesses coletivos por sua vez também são considerados transindividuais, entretanto, são comuns a um grupo de pessoas ligadas em razão de um determinado critério.

Conforme inciso II, do parágrafo único, do artigo 81, do Código de Defesa do Consumidor, os interesses ou direitos coletivos são entendidos pelo legislador como “os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base [...]”.

Valter Foleto Santin (2007, p. 196) dá o exemplo de um grupo de estudantes de uma escola que possuem direito em relação à qualidade do ensino.

Por derradeiro, têm-se os interesses ou direitos individuais homogêneos, que, por força do inciso III, do parágrafo único, do artigo 81, do Código de Defesa do Consumidor,

são “os decorrentes de origem comum”. Assim, Valter Foletto Santin (2007, p. 196) expõe alguns exemplos: “os compradores de veículos de um determinado modelo; os estudantes de uma escola em relação às mensalidades [...]”.

Quanto aos direitos individuais homogêneos, é importante ressaltar que, embora não estejam presentes expressamente na norma constitucional, uma vez que esta espécie de interesse social somente foi instituída em 1990, por intermédio do Código de Defesa do Consumidor, portanto, póstumo à Constituição, que foi promulgada em 1988. Contudo, por força do disposto no inciso IX, do artigo 129, da Lei Maior, não há dúvida de que a defesa do interesse individual homogêneo é previsto constitucionalmente, ainda que implicitamente, sendo perfeitamente possível a atuação do Ministério Público na defesa destes interesses (SANTIN, 2007, p. 196).

Conforme assinala com atributo Valter Foletto Santin (2007, p. 193): “Os interesses individuais homogêneos, de caráter disponível, pela dimensão de consumidores ou pessoas vitimizadas e do direito afetado ganham relevância na sociedade, tornando-se questões de “interesse social”, a justificar a intervenção do Ministério Público em seu favor”.

Ainda que o interesse individual homogêneo tenha como característica a disponibilidade, não estará impedida a atividade do Ministério Público de intervir na defesa destes direitos, já que se trata de uma espécie de interesse social, que esta previsto como incumbência do Órgão Ministerial dentre as funções compatíveis com a finalidade da instituição (SANTIN, 2007, p. 196-197).

Tendo em vista o artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor, há que se destacar além do Ministério Público, outros entes, públicos ou não, também possuem legitimidade para atuar na defesa coletiva dos interesses dos consumidores. Ademais, nos termos do artigo 83 do mesmo diploma legal, para a defesa de todos estes interesses “são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequação e efetiva tutela”.

7.3.7 Defesa dos Interesses Individuais Indisponíveis

Como última destinação constitucional do Ministério Público esta a defesa dos interesses individuais indisponíveis.

Ao contrário dos interesses individuais homogêneos, nos individuais indisponíveis o sujeito está impedido de dispor espontânea e livremente o seu direito. Os direitos à vida, à saúde, à educação, à filiação, ao nome, à integridade física e mental, são alguns exemplos de direitos indisponíveis citados por Valter Foleto Santin (2007, p. 197).

Há que se observar que se é direito indisponível, o interesse individual tem alcance limitado à esfera do particular, no entanto, nas palavras de Valter Foleto Santin (2007, p. 197): “[...] a sua importância é reconhecida especialmente no meio social quando sejam considerados indisponíveis, justificando a intervenção do Ministério Público”.

7.3.8 Princípios Institucionais

Dispõe o § 1º, do artigo 127, da Constituição Federal, que “São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

Diante disso, passaremos a estudar, sucintamente, cada um desses princípios.

7.3.8.1 Unidade

A unidade está ligada à ideia de se considerar o Ministério Público como uma só instituição, não havendo mais de um Ministério Público. Nas palavras de Valter Foleto Santin (2007, p. 197): “O princípio da unidade relaciona-se à consideração do Ministério Público como ente único, independentemente da diversidade de órgãos ou de sua divisão”. Guilherme Peña de Moraes (2008, p. 473) por sua vez realça a unidade do Ministério Público, considerando a instituição “[...] um todo orgânico, com idênticos fundamentos, direção e finalidades [...]”.

Portanto, embora haja o desmembramento em Ministério Público Federal, Estadual, do Trabalho, Militar, Eleitoral, somente há uma instituição denominada Ministério Público, que possui várias espécies e, cada uma desempenha a mesma destinação do Ministério Público, porém, cada espécie possui suas particularidades, como v.g., o Ministério Público Eleitoral, que tem como finalidade a atuação somente nas causas eleitorais.

Pedro Lenza (2009, p. 606) discorre a respeito da unidade:

sob a égide de um só Chefe, o Ministério Público deve ser visto como uma instituição única, sendo a divisão existente meramente **funcional**. Importante notar, contudo, que a unidade se encontra dentro de cada órgão, não se falando em unidade entre o Ministério Público da União (qualquer deles) e o dos Estados, nem dentre os ramos daquele

Nos ensinamentos de Hugo Nigro Mazzilli (2004, p. 33) o princípio da unidade: “é o conceito de que o Ministério Público é um só órgão, sob uma só direção (regra válida para cada Ministério Público). Essa chefia é antes administrativa que funcional, pois seus membros gozam de independência no exercício das funções”.

Cumprе ressaltar ainda que os membros da Instituição Ministério Público, mesmo com a divisão, exercem a mesma atribuição, além de integrarem o mesmo órgão, conforme ponderação feita por E. Magalhães Noronha (1990, p. 141).

Hugo Nigro Mazzilli (2004, p. 33) fala, levando em conta o conceito, na unidade de ofício de Ministério Público. Deste modo,

[...] quando o Código de Processo Penal prevê que o “Ministério Público” oferecerá a denúncia em prazo mais exíguo quando o réu estiver preso processualmente ou, em prazo mais dilatado, quando estiver solto, refere-se a qualquer Ministério Público, da União ou de qualquer Estado [...] (MAZZILLI, 2004, p. 34)

Do exposto, infere-se que, quer a função seja exercida pelo Ministério Público da União, quer exercida pelo Ministério Público Estadual, ela é atinente a ambos, ou seja, independentemente de quem quer que a utilize, assinalando-se a unidade do *Parquet*.

7.3.8.2 Indivisibilidade

No entendimento majoritário da doutrina, a indivisibilidade é consequência da unidade. Nesse sentido, Valter Foleto Santin (2007, p. 198) defende que “A indivisibilidade e a unidade são conceitos bem próximos”.

Para o doutrinador: “A indivisibilidade significa que a instituição é um todo indivisível é único o ofício de Ministério Público, podendo um membro ser substituído por outro da mesma carreira e ramo [...]”.

Pedro Lenza (2009, p. 606) leciona com propriedade a respeito do princípio da indivisibilidade:

corolário do princípio da unidade, em verdadeira relação de logicidade, é possível que um membro do Ministério Público substitua outro, dentro da mesma função, sem que, com isso, exista qualquer implicação prática. Isso porque quem exerce os atos, em essência, é a instituição “Ministério Público”, e não a pessoa do Promotor de Justiça ou Procurador

Um promotor federal que esteja atuando em uma causa onde haja interesse da União, por exemplo, pode ser substituído por outro membro do Ministério Público Federal. Da mesma forma, um membro do Ministério Público Estadual pode ser substituído por outro membro do Órgão Ministerial do Estado. A única vedação, entretanto, é a substituição de um membro do Ministério Público de São Paulo, por um de outro Estado, bem como um membro do Ministério Público Estadual substituir o membro do Federal, e vice-versa (SANTIN, 2007, p. 198).

No tocante à substituição, ela deve ocorrer sem que haja interferência na execução das funções do *Parquet* e, desde que esteja dentro do que estabelece a lei, a fim de que a unidade não perca seu significado (NORONHA, 1990, p. 141).

Essa substituição não acarreta qualquer vinculação atinente a entendimentos, isto é, posições a serem adotadas no processo. Assim sendo, caso o promotor na ação penal, opine pelo arquivamento e, eventualmente venha a ser substituído por outro promotor, não haverá nulidade, nem qualquer vício no processo, se este opinar pelo prosseguimento do feito e conseqüente condenação.

Ainda em relação à substituição, cabe ressaltar, segundo Hugo Nigro Mazzilli (2004, p. 32), que ela não pode ser arbitrária, ou seja, deve ser empregada dentro do que dispõe a legislação.

7.3.8.3 Independência Funcional

A independência funcional exprime a idéia no sentido de que o membro do Ministério Público tem autonomia para exercer suas funções, isto é, no desempenho de suas atividades, o promotor não está vinculado a nenhum outro órgão, pois atua de maneira independente.

Assim, conforme os ensinamentos de Valter Foletto Santin (2007, p. 199): “A autonomia funcional ou independência funcional garante a liberdade de atuação do órgão do Ministério Público, sem sofrer influência hierarquicamente superior [...] Agem conforme a sua convicção fática e jurídica”.

Para Hugo Nigro Mazzilli (2004, p. 34) a independência funcional “significa que, no exercício da atividade-fim do Ministério Público, cada qual deles pode tomar as decisões últimas colocadas em suas mãos pela Constituição Federal e pelas leis, sem se ater a ordens de outros membros ou órgãos da mesma instituição [...]”.

Ensina Pedro Lenza (2009, p. 606):

trata-se de autonomia de convicção, na medida em que os membros do Ministério Público não se submetem a qualquer poder hierárquico no exercício de seu mister, podendo agir, no processo, da maneira que melhor entenderem [...]

Conforme o conceito acima é possível verificar que a independência está ligada a questões eminentemente funcionais, isto é, ligada ao exercício das funções do Ministério Público.

Entretanto, Pedro Lenza (2009, p. 606) faz uma ressalva, qual seja, a única hierarquia existente é de caráter administrativo, consolidada pelo Chefe do Órgão Ministerial.

Nesse mesmo sentido, Valter Foletto Santin (2007, p. 199) expõe que “A hierarquia é apenas administrativa, não podendo o chefe da instituição determinar como deva agir o membro oficiante, muito menos em qual sentido. A chefia do Procurador-Geral é administrativa, não funcional [...]”.

Valter Foletto Santin (2007, p. 199) ainda menciona que a independência funcional não possui caráter absoluto, pois, segundo ele:

[...] Os membros do Ministério Público devem acatar as decisões dos órgãos da administração superior (art. 43, XIV, da Lei Federal nº 8.625/1993), da natureza administrativa e não processual. Não se insere no âmbito da independência funcional as decisões de caráter administrativo relativas à revisão de promoção de

arquivamento de inquérito policial (pelo Procurador-Geral) ou de inquérito civil (pelo Conselho Superior) ou de imposição de sanções disciplinares, pelos órgãos superiores

Quanto a esse caráter não absoluto, Hugo Nigro Mazzilli (2004, p. 35) defende a idéia de que a independência funcional refere-se apenas à atividade-fim do Ministério Público, e não a atividade-meio, já que, “[...] Nesta, a atuação dos membros e órgãos do Ministério Público é hierarquicamente vinculada”. Nesse contexto, explica ainda o doutrinador:

[...] Assim, o promotor natural decide com total independência, apenas sujeito à lei e à sua consciência, se é caso de denunciar ou não, de recorrer ou não (atos da atividade-fim). No tocante aos atos da atividade-meio, porém, está vinculado à observância das determinações legais dos demais órgãos de administração da instituição. Assim, por exemplo, submete-se às decisões provenientes da atividade-meio dos Órgãos de Administração Superior (decisões administrativas de caráter disciplinar, portarias de acumulação de Promotorias, concessão ou não de licenças ou férias etc.)

Para justificar a inexistência de hierarquia funcional, Pedro Lenza (2009, p. 606) cita como exemplo, o artigo 85, II, da Constituição Federal, que tipifica como crime de responsabilidade qualquer ato do Presidente da República que atentar contra o livre exercício funcional do Ministério Público.

Antigamente, os membros do Ministério Público deveriam seguir as ordens do chefe da instituição, uma vez que o órgão estava submisso ao Poder Executivo e, portanto, representava o Estado. Contudo, atualmente, o Ministério Público deve zelar pelo interesse público, interesse social, sendo que suas atribuições estão determinadas em lei e não mais ao livre arbítrio do chefe institucional (MAZZILLI, 2004, p. 35).

7.3.8.4 Princípio do Promotor Natural

Os princípios da unidade, indivisibilidade e da independência funcional, são considerados pela doutrina (como por exemplo, Guilherme Peña de Moraes) como princípios explícitos. O Princípio do Promotor Natural por sua vez, é mencionado como sendo um princípio implícito.

Trata-se de um direito pertencente ao réu, no sentido de ser acusado por uma instituição imparcial, despidida de qualquer dependência do Estado. Segundo Pedro Lenza (2009, p. 606): “Além de ser julgado por órgão independente e pré-constituído, o acusado também tem o direito constitucional de ser acusado por um órgão independente do Estado”.

Para Pedro Henrique Demercian (2009, p. 74): “[...] É, por assim dizer, um desdobramento do princípio do juiz natural, e que foi concebido com a mesma preocupação de limitar o arbítrio estatal no desenvolvimento do processo”.

Já Hugo Nigro Mazzilli (2004, 36) defende a tese de que este princípio é consequência de outro princípio referente ao Ministério Público, qual seja, o da independência funcional. No seu entendimento, o princípio do promotor natural “consiste na existência de um órgão do Ministério Público investido nas suas atribuições por critérios legais prévios”.

A justificativa para a instauração do princípio do promotor natural é resguardar todos os interesses e direitos que estão em jogo durante o procedimento penal. Nas palavras de Pedro Henrique Demercian (2009, p. 74):

[...] do propósito de se conferir efetiva e especial proteção a todos os interesses envolvidos na persecução penal, com destaque para a tutela da liberdade pessoal e para os diversos aspectos ligados ao *devido processo legal* (acusatoriedade, contraditoriedade, ampla defesa, paridade de armas etc.), é que se tem extraído o chamado princípio do *promotor natural*

Seguindo os ensinamentos de Pedro Lenza (2009, p. 606) o princípio do promotor natural gera como consequência a proibição dos chamados promotores “*ad hoc*”, isto é, a instituição de promotores somente após a ocorrência do fato, portanto, promotores para o ato. Infere-se, dessa forma, que o órgão já deve estar estruturado, organizado, antes mesmo do fato delituoso.

Quanto às características do promotor natural, leciona com excelência Guilherme Peña De Moraes (2008, p. 474):

[...] De um lado, o promotor natural é antecedido pela lotação por titularidade no órgão de execução e inamovibilidade do membro do Ministério Público, na medida em que a falta de atribuição importa nulidade absoluta do processo. De outro lado, o promotor natural é sucedido pela limitação do poder hierárquico do Procurador-Geral à independência funcional dos membros do Ministério Público, de maneira que as avocações, delegações, designações e remoções são restritas às hipóteses previstas em lei [...]

Conforme o magistério de Alexandre de Moraes (2007, p. 583):

Esse princípio consagra uma garantia de ordem jurídica, destinada tanto a proteger o membro do Ministério Público, na medida em que lhe assegura o exercício pleno e independente do seu ofício, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando, em quaisquer causas, apenas o Promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e pré-determinados, estabelecidos em lei

Tendo em vista o ordenamento jurídico processual penal brasileiro, verifica-se que o Ministério Público irá atuar em duas hipóteses. A primeira hipótese de atuação do *Parquet* ocorre nas causas em que figura como parte da relação jurídica processual, atuando diretamente; já a segunda hipótese de atuação, se dá nos casos em que ele não é parte, mas intervém no processo como fiscal da lei.

Diante disso, abraçando a linha de raciocínio de Guilherme Peña De Moraes (2008, p. 474), pode-se dizer que o promotor natural é ponderado sob dois olhares. Assim, ensina o doutrinador:

[...] um é correlato ao direito subjetivo da pessoa, natural ou jurídica, que figura como parte no processo que reclama a intervenção ministerial, à atuação do membro do Ministério Público lotado no órgão com atribuição predeterminada em lei, enquanto que outro é correlativo ao direito subjetivo público do membro do Ministério Público de officiar nos processos incluídos no âmbito de atribuição do órgão que titulariza [...]

Cabe mencionar ainda, as formas de materialização do princípio do promotor natural, isto é, sua manifestação na prática. Para tanto, iremos adotar o exemplo citado por Hugo Nigro Mazzilli (2004, p. 37).

Uma das formas de aplicação do princípio em pauta é nos casos de arquivamento do inquérito policial, nos termos do artigo 28, do Código de Processo Penal. Caso o membro do Ministério Público requeira o arquivamento do inquérito, o juiz pode concordar ou não; se o juiz indeferir o pedido de arquivamento, o inquérito será enviado ao Procurador-Geral, que poderá adotar três medidas: a) oferecer a denúncia; b) designar outro promotor para proceder, obrigatoriamente, à acusação ou, c) insistir pelo arquivamento, hipótese que vinculará o juiz, e o inquérito será definitivamente arquivado.

Caso o Procurador-Geral entenda ser hipótese de nomear outro promotor para oferecer a denúncia, segundo Hugo Nigro Mazzilli (2004, p. 37):

[...] não pode o promotor designado recusar-se a dar denúncia, invocando sua independência funcional, pois o promotor designado por esse procedimento não é o promotor natural e a lei não pôs em suas mãos a decisão sobre o ajuizamento ou não da ação penal pública

Embora presente em quase todos os livros que tratam do Ministério Público, ainda é vaga a incidência do princípio do promotor natural no direito brasileiro, conforme se pode verificar em alguns julgados do Supremo Tribunal Federal, bem como nos comentários de alguns doutrinadores, dentre eles Pedro Henrique Demercian (2009, p. 77) que, abordando as características do promotor natural assim ponderou: “[...] o princípio do promotor natural, que não tem uma conformação legal expressa e precisa (e, portanto, é de duvidosa incidência no sistema brasileiro) [...]”.

7.3.9 Autonomia Funcional, Administrativa e Financeira

Nos termos dos §§ 2º e 3º, do artigo 127, da Constituição Federal, aos membros do Ministério Público são atribuídas autonomia funcional, administrativa e financeira, também denominadas por alguns autores, dentre eles Pedro Lenza (2009, 607), de garantias institucionais.

Reza o § 2º, do artigo 127, da Lei Maior que:

Art. 127, § 2º - Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento

Este artigo pode ser desmembrado em duas partes. A primeira diz respeito à autonomia funcional, ao passo que a segunda, refere-se à autonomia administrativa.

No tocante à autonomia funcional, leciona Pedro Lenza (2009, p. 607):

inerente à Instituição como um todo e abrangendo todos os órgãos do Ministério Público, [...] o membro do Ministério Público não se submeterá a nenhum outro “poder” (Legislativo, Executivo ou Judiciário), órgão, autoridade pública etc. Deve observar, apenas, a Constituição, as leis e a sua própria consciência

Cumprе salientar que autonomia funcional não pode ser confundida com independência funcional

Independência funcional é o alvedrio que um membro ou órgão do Ministério Público tem, em relação a outro membro ou órgão ministerial. Já a autonomia funcional, é a

liberdade que o membro ou órgão do Ministério Público possui, frente a outros órgãos estatais (MAZZILLI, 2004, p. 35).

Hugo Nigro Mazzilli (2004, p. 35) exemplifica essa diferença. Quanto à independência funcional:

[...] é possível falar-se que o Promotor de Justiça substituto tem independência funcional em face do Promotor de Justiça titular ou falar-se que o Conselho Superior do Ministério Público tem independência funcional em face do Colégio de Procuradores de Justiça

Na autonomia funcional por sua vez, “[...] é possível falar-se que o Ministério Público tem autonomia funcional em face do Poder Executivo”.

Quanto à autonomia funcional do Ministério Público, leciona Valter Foletto Santin (2007, p. 200):

A própria instituição tem autonomia funcional em relação a outros entes públicos, de modo de que não pode alguma outra instituição pública – ligada direta ou indiretamente aos Poderes da República (Judiciário, Legislativo e Executivo) – determinar o modo de atuação do Ministério Público ou de seu membro. A instituição e os seus membros são independentes funcionalmente [...]

Para que possamos entender melhor esta autonomia funcional, convém mencionar alguns exemplos trazidos por Hugo Nigro Mazzilli (2004, p. 39), que, nas palavras do próprio autor, “demonstram o alcance da autonomia funcional do Ministério Público”:

1.º) quanto à decisão de não promover a ação penal, o Ministério Público dá a última palavra, que o Poder Judiciário é obrigado a acatar (art. 28 do CPP); 2.º) cabe ao próprio Ministério Público identificar ou não a presença do interesse público que justifique sua própria intervenção no processo civil (art. 82, III, do CPC)

Assim como ponderado anteriormente, nos dias de hoje, o Ministério Público já não é mais considerado auxiliar do Estado, vale dizer, advogado do Estado, pelo contrário, uma de suas funções é zelar pelo interesse da sociedade (interesse primário), daí se dizer ser o Ministério Público uma instituição independente, com autonomia funcional e, desvinculada dos três poderes (SANTIN, 2007, p. 200).

A autonomia administrativa é caracterizada pela possibilidade do Ministério Público ter o controle das questões atinentes à criação e extinção de cargos, questões remuneratórias, enfim, tudo o que disser respeito à organização interna da instituição.

Conforme o ensinamento proferido por Hugo Nigro Mazzilli (2004, p. 39): “A autonomia administrativa manifesta-se no exercício dos atos de sua atividade-meio, ou seja, consiste na possibilidade de o Ministério Público, apenas subordinado à lei, praticar livremente os atos próprios de gestão administrativa da instituição”.

Na conceituação de Pedro Lenza (2009, p. 607): “a autonomia administrativa consiste na capacidade de direção de si próprio, autogestão, auto-administração, um governo de si [...]”.

Segundo Valter Foletto Santin (2007, p. 199): “A autonomia administrativa é uma conquista institucional alcançada na Constituição Federal de 1988 [...]”.

A autonomia administrativa pode ser vista na segunda parte do § 2º, do artigo 127, da Constituição, quando a lei diz que o Ministério Público poderá propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, a organização e atribuição do órgão, a política remuneratória e planos de carreira de cada cargo, caracterizando-se, portanto, a iniciativa do processo legislativo no que diz respeito à estruturação da instituição (SANTIN, 2007, p. 200).

Conforme Valter Foletto Santin (2007, p. 200) dentro dessa autonomia administrativa, o Ministério Público:

Também pode iniciar o processo legislativo para a fixação ou majoração de vencimentos, decorrente do princípio da independência funcional do Ministério Público (art. 127, § 1º, da Constituição Federal e 91, § 1º, da Constituição do Estado de São Paulo, dando-lhe efetividade [...])

Para corroborar o que dispõe a Constituição Federal sobre a autonomia administrativa, a Lei nº 8.625, de 1993, nos incisos V e VI, do artigo 3º, trata do reajuste dos subsídios atinentes aos membros e servidores do Ministério Público.

A autonomia administrativa cria forma, quando, por exemplo, o Ministério Público, através de seu chefe, estabelece cargos e serviços auxiliares, exerce a iniciativa de criação de leis, realize contratações e processos licitatórios, dentre outros, segundo o escólio de Hugo Nigro Mazzilli (2004, p. 39).

Por fim, o Ministério Público ainda detém como garantia institucional, a autonomia financeira, nos termos do § 3º, do artigo 127, da Constituição Federal. Assim dispõe a norma constitucional: “O Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias”.

A autonomia financeira, na elucidação de Hugo Nigro Mazzilli (2004, p. 40), “além do que expressamente estabelece a Constituição, ou seja, a criação da proposta orçamentária, também abrange a aptidão para administrar, gerir e aplicar as verbas que lhe forem reservadas, bem como a administração da aplicação das dotações orçamentárias”.

Como é de praxe em qualquer órgão público, o Ministério Público não está escusado da fiscalização, devendo se sujeitar ao controle feito pelo Poder Legislativo e pelo Tribunal de Contas, assim como pelo Poder Judiciário, nas questões jurisdicionais (MAZZILLI, 2004, p. 40).

Todas as questões atinentes à autonomia financeira foram disciplinadas com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, que, nas palavras de Pedro Lenza (2004, p. 608):

[...] regulamentou o procedimento de encaminhamento da proposta orçamentária do Ministério Público e solução em caso de inércia. Proibiu, outrossim, a realização de despesas ou a assunção de obrigações que extrapolem os limites fixados na lei de diretrizes orçamentárias, exceto de previamente autorizadas, mediante a abertura de créditos suplementares ou especiais (arts. 127, §§ 4.º, 5.º e 6.º)

Hugo Nigro Mazzilli (2004, p. 40) traz alguns exemplos do exercício da autonomia financeira pelo Ministério Público: “[...] elaborar a proposta de orçamento de custeio e investimentos; adotar medidas contábeis e de apuração de custos; dispor sobre a aplicação e a execução do orçamento anual [...]”.

Instar citar ainda, como complemento à Constituição Federal, o artigo 3º, da Lei nº 8.625, de 1993, que possui o seguinte enunciado:

Art. 3º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional, administrativa e financeira, cabendo-lhe, especialmente:

I - praticar atos próprios de gestão;

II - praticar atos e decidir sobre a situação funcional e administrativa do pessoal, ativo e inativo, da carreira e dos serviços auxiliares, organizados em quadros próprios;

III - elaborar suas folhas de pagamento e expedir os competentes demonstrativos;

IV - adquirir bens e contratar serviços, efetuando a respectiva contabilização;

V - propor ao Poder Legislativo a criação e a extinção de seus cargos, bem como a fixação e o reajuste dos vencimentos de seus membros;

VI - propor ao Poder Legislativo a criação e a extinção dos cargos de seus serviços auxiliares, bem como a fixação e o reajuste dos vencimentos de seus servidores;

VII - prover os cargos iniciais da carreira e dos serviços auxiliares, bem como nos casos de remoção, promoção e demais formas de provimento derivado;

VIII - editar atos de aposentadoria, exoneração e outros que importem em vacância de cargos de carreira e dos serviços auxiliares, bem como os de disponibilidade de membros do Ministério Público e de seus servidores;

IX - organizar sua secretarias e os serviços auxiliares das Procuradorias e Promotorias de Justiça;

- X - compor os seus órgãos de administração;
- XI - elaborar seus regimentos internos;
- XII - exercer outras competências dela decorrentes.

Além das autonomias relativas à instituição do Ministério Público, existem também as prerrogativas que são inerentes aos seus membros, próximo tema a ser estudado.

7.3.10 Garantias e Prerrogativas do Ministério Público

Assim como em outros órgãos estatais, ao Ministério Público também são conferidas, pela Constituição Federal, garantias e prerrogativas, não contempladas em outras Cartas Políticas.

Nas palavras de Valter Foletto Santin (2007, p. 202): “As instituições públicas têm garantias e os seus membros e órgãos detêm prerrogativas, para melhor desempenharem suas atividades [...]”.

No caso do Ministério Público, há garantias relacionadas à instituição, como v.g., sua destinação constitucional, seus princípios, suas autonomias etc., que de maneira indireta ecoam nos seus membros e, outrossim, garantias referentes ao agente público, isto é, ao órgão ministerial, que refletem na instituição (SANTIN, 2007, p. 202).

Explica Valter Foletto Santin (2007, p. 202) que “As garantias são da pessoa, do órgão, do ofício ou da instituição e as prerrogativas ligam-se ao cargo”.

Quanto à distinção entre garantia e prerrogativa, colham-se os ensinamentos de Hugo Nigro Mazzilli (2004, p. 49):

Garantias são atributos que se destinam a assegurar o livre exercício das funções: a) do próprio Ministério Público, como instituição; b) de seus órgãos e membros, como agentes.
Prerrogativas são distinções, privilégios, vantagens e imunidades funcionais ínsitas aos cargos dos membros do Ministério Público.

Destarte, a Constituição Federal estabelece como garantia aos membros do Ministério Público a vitaliciedade, a inamovibilidade e a irredutibilidade de subsídios, nos termos do § 5º, inciso I, alíneas “a”, “b” e “c”, do artigo 128.

A vitaliciedade será efetivada após dois anos de exercício da função ministerial. É o que Pedro Lenza (2009, p. 608) denomina de “período probatório”. O

membro do Ministério Público somente perderá seu cargo mediante sentença judicial transitada em julgado.

Por inamovibilidade, entende-se a impossibilidade de remover ou promover, compulsoriamente, o membro do Ministério Público sem que haja sua autorização ou solicitação (LENZA, 2009, p. 608). Entretanto, a Constituição faz uma ressalva, ou seja, o membro do Ministério Público poderá ser deslocado de seu cargo “por motivo de interesse público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, pelo voto da maioria de seus membros, assegurada ampla defesa”, por força do artigo 128, § 5º, inciso I, alínea “b”.

Quanto à irredutibilidade de vencimentos, diz a norma constitucional que será fixada na forma do § 4º, do artigo 39, da Constituição Federal. Leciona Pedro Lenza (2009, p. 608-609): “[...] o subsídio do Ministério Público não poderá ser reduzido, lembrando que está assegurada a irredutibilidade nominal, não se garantindo a corrosão inflacionária”.

Ademais, também são consideradas garantias dos membros do Ministério Público a independência funcional e o foro por prerrogativa de função.

A independência funcional analisada anteriormente, se refere à independência atribuída aos membros do Ministério Público no desempenho de suas atividades, de modo que não estão vinculados a nenhum outro membro ou órgão da instituição ministerial.

O foro por prerrogativa de função é uma garantia concedida, por determinação legal, a determinadas pessoas, em virtude do cargo que ocupa. A competência para o julgamento dos membros do Ministério Público que cometerem crimes esta delimitada na Constituição Federal especialmente nos artigos 102, 105 e 108.

Por fim, insta mencionar o inciso II, do § 5º, do artigo 128, da Constituição Federal, que estabelece um rol de vedações imputadas aos membros do Ministério Público.

7.3.11 Funções Institucionais do Ministério Público

O *caput* do artigo 129, da Constituição Federal, dispõe a cerca das funções institucionais do Ministério Público. Contudo, o legislador almejou outro sentido.

Nesse contexto, conforme leciona Hugo Nigro Mazzilli (2004, p. 64): “Embora o artigo 129 da CF diga estar referindo-se às funções institucionais do Ministério Público, na

verdade, refere-se entes a seus instrumentos de atuação institucional (ação penal pública, ação civil pública, inquérito civil, requisições, notificações etc.)”.

Quanto às funções institucionais, diz o aludido autor:

[...] são aquelas previstas no art. 127, caput, ou seja, aqueles fins para os quais existe e para cujo adimplemento o Ministério Público emprega os instrumentos de atuação que a lei lhe conferiu; assim, estão entre suas funções institucionais a defesa do regime democrático, a defesa dos interesses sociais e dos interesses indisponíveis

Diz o inciso IX, do artigo 129, da Lei Maior, que o Ministério Público poderá exercer outras funções que lhe forem outorgadas, desde que sejam compatíveis com sua finalidade. Portanto, trata-se de um rol exemplificativo e não taxativo (LENZA, 2009, p. 611).

A doutrina divide as funções do Ministério Público em típicas e atípicas.

7.3.11.1 Funções Típicas e Atípicas

As funções típicas são aquelas peculiares, particulares do Ministério Público, vale dizer, são as funções propriamente ditas da instituição ministerial.

Para Hugo Nigro Mazzilli (2004, p. 64): “típicas são as funções intrinsecamente próprias do Ministério Público, ou seja, mais do que apenas compatíveis, são funções às quais o Ministério Público está diretamente votado [...]”. Valter Foleto Santin (2007, p. 202) as define, como “aquelas peculiares à instituição e às suas finalidades constitucionais”.

Ambos os autores, citam como exemplo dessas funções: a propositura da ação penal pública; da ação civil pública; a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis; defesa dos interesses individuais homogêneos; dos interesses difusos e coletivos, dentre outros.

Quanto à ação civil “*ex delicto*”, defende Valter Foleto Santin (2007, p. 203): “pode ser enquadrada como função típica, por sua ligação ao exercício completo da ação penal, num sentido amplo, que englobaria a reparação dos danos”.

No tocante à forma pela qual o Ministério Público exerce as funções típicas, colham-se as lições de Hugo Nigro Mazzilli (2004, p. 66):

Nessa atuação, o Ministério Público sempre busca seus fins institucionais últimos (o combate ao crime; a defesa do meio ambiente, de crianças e adolescentes, de pessoas discriminadas; o zelo de interesses transindividuais etc.). Naturalmente, para alcançar seus fins, vale-se de instrumentos de atuação funcional (requisição de inquérito policial, instauração de inquérito civil, promoção das ações públicas, expedição de requisições e notificações etc.)

As funções atípicas são aquelas que não se enquadram às atribuições tipicamente ministeriais. Guilherme Peña De Moraes (2008, p. 480) define as funções atípicas como as que “estão em desconformidade com a destinação institucional [...]”.

Nas palavras de Valter Foletto Santin (2007, p. 203): “Consideram-se atípicas as funções que não se amoldam às finalidades da instituição e são estranhas ao perfil constitucional do Ministério Público”.

São exemplos de funções atípicas: o patrocínio da reclamação trabalhista, nos termos do artigo 477, § 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho); defesa de ação acidentária no trabalho; assistência judiciária nos locais onde não houver constituída Defensoria Pública; análise de habilitação de casamento (SANTIN, 2007, p. 203-204).

As funções atípicas são geralmente transitórias, sendo que, mesmo diante desse caráter, o Ministério Público só poderá exercê-la se a função em questão for compatível com suas finalidades institucionais (MAZZILLI, 2004, p. 64).

A doutrina diverge quanto à possibilidade do Ministério Público continuar exercendo as funções atípicas. Aqueles que são contrários à esse exercício, justificam a posição invocando o disposto no inciso IX, do artigo 129, da Constituição Federal.

Guilherme Peña De Moraes (2008, p. 480) citando a doutrina de Paulo Cezar Pinheiro Carneiro (1985, p. 279) retrata o posicionamento voltado para a revogação das funções atípicas, uma vez que estas são consideradas anômalas, isto é, incompatíveis com a destinação constitucional do órgão ministerial.

Insta ressaltar que seja no exercício das funções típicas, seja no exercício das funções atípicas, o Ministério Público sempre atuará levando em consideração o interesse público primário, o qual esta ligado a defesa da sociedade, independente se o favorecido é um só sujeito ou, se é um grupo de pessoas (MAZZILLI, 2004, p. 66).

É relevante ainda, fazer menção à classificação apresentada por Valter Foletto Santin (2007, p. 204) quanto às funções do Ministério Público, qual seja, funções exclusivas e concorrentes. Nas lições do doutrinador: “As funções do Ministério Público relacionam-se à promoção da aplicação e execução das leis, direcionadas ao zelo de interesses sociais ou individuais indisponíveis, difusos e coletivos (arts. 127 e 129) [...]”.

Essas funções se mostram de forma exclusiva ou concorrente, não podendo perder de vista a defesa do interesse público (SANTIN, 2007, p. 204).

O artigo 129, inciso I, da Carta Magna, dispõe a cerca da propositura da ação penal, devendo ser feita privativamente pelo Ministério Público, uma vez que é o titular da ação penal. Destarte, infere-se ser uma função exclusiva do Órgão Ministerial.

Entretanto, essa regra pode sofrer uma mitigação no caso de omissão do Ministério Público. Neste caso, a vítima ou seu representante legal, em substituição ao Promotor, oferecerá a ação penal supletiva ou subsidiária da pública (SANTIN, 2007, p. 204).

As funções concorrentes, ou seja, aquelas em que o Ministério Público atua sem exclusividade, podem ser constatadas nos incisos II, III, IV e V, todos do artigo 129, da Constituição Federal. São elas: zelar pelos interesses do povo; a propositura do inquérito civil e da ação civil pública; promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de interferência da União e dos Estados; defender, judicialmente, os interesses dos indígenas, dentre outros (SANTIN, 2007, p. 204).

É possível verificar essa função concorrente em outros dispositivos constitucionais, qual seja, no § 1º, do artigo 129, da Constituição Federal, que possui a seguinte dicção: “A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei”.

8 A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

8.1 A Investigação Criminal Sob à Ótica do Atual Sistema Processual

Antes de começarmos a tratar o tema principal do presente trabalho, é necessária uma sucinta análise no tocante ao sistema da atual investigação criminal no Brasil, isto é, quem a desempenha, de que forma etc.

Tendo em vista o artigo 4º, do Código de Processo Penal, infere-se que no atual sistema jurídico brasileiro, a investigação criminal é incumbência atribuída à autoridade policial, isto é, ao Delegado de Polícia.

A investigação criminal, portanto, é competência do órgão estatal instituído justamente para proceder nesta função, denominado Polícia Judiciária.

A Constituição Federal, em dois de seus dispositivos, traz, expressamente, estas funções, fazendo uma divisão da Polícia Judiciária, quanto à competência material, em Polícia Federal e Polícia Civil.

Nesse sentido, dispõe o § 1º, do artigo 144, da Magna Carta as características da Polícia Federal: “A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira [...]”. Já nos incisos deste parágrafo, a Constituição versa a respeito das destinações da Polícia Federal, sendo que no inciso IV diz que, dentre estas funções, está a de “exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União”.

Outrossim, ao tratar da Polícia Civil, o artigo 144, § 4º, expõe que: “Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e apuração de infrações penais, exceto as militares”.

No tocante ao sistema hodierno da investigação criminal, leciona com qualidade Valter Foletto Santin (2007, p. 235): “No sistema brasileiro é o delegado de polícia quem preside as investigações policiais, colhendo e coordenando todos os trabalhos de colheita dos elementos investigatórios, com o apoio de policiais e investigadores”.

Como é notório, no processo penal brasileiro, todos os atos investigatórios são reduzidos a termo, isto é, a investigação criminal se instrumentaliza através do inquérito policial.

Depois de finalizada a investigação, o inquérito policial é encaminhado ao membro do Ministério Público, que através de todos os elementos coligidos durante as atividades investigatórias formará sua “*opinio delicti*”, no sentido de ofertar ou não a denúncia, desencadeando ou não, conforme o entendimento adotado, a ação penal (SANTIN, 2007, p. 235).

8.2 Críticas ao Atual Sistema

O atual sistema jurídico da investigação criminal sofre árduas críticas, sobretudo no que diz respeito ao não tratamento da possibilidade do Ministério Público atuar nas investigações criminais. Nas palavras de Valter Foletto Santin (2007, p. 236): “A sistemática falha pela duplicidade de colheita dos elementos, distanciamento do Ministério Público dos trabalhos de investigação, no papel de mero repassador de provas, e principalmente pela excessiva autonomia policial”.

Continua ponderando o mesmo autor (SANTIN, 2007, p. 236):

No atual sistema, o promotor fica distante dos atos de captação do material probatório durante a fase investigatória. Tem que se contentar com os dados trazidos pela polícia, o que é insatisfatório para sua atuação e para o futuro sucesso da ação penal. A polícia investiga o que quer e como quer. É mínima a interferência do promotor de justiça no trabalho da polícia, restrito à requisição da instauração do inquérito policial ou para a realização de diligências e ao acompanhamento dos atos investigatórios, este em poucos casos. O Ministério Público não tem domínio sobre a fase preliminar

Destarte, o Ministério Público está vinculado àquilo que a Polícia Judiciária trazer ao seu conhecimento, tendo que propor a denúncia, tomando por base somente os elementos adquiridos nas investigações policiais, sejam eles suficientes ou não.

A doutrina é majoritária, no sentido de criticar o que Valter Santin (2007, p. 239) chama de “inadequado distanciamento do Ministério Público”. Para ele:

O modelo atual de investigação criminal, conduzido pela polícia e com o distanciamento do Ministério Público, é visivelmente inadequado, arcaico e dissonante da tendência internacional de aproximação do *parquet* com os trabalhos da fase preliminar, até mesmo para a sua direção e condução, auxiliado pela polícia

Em muitos casos, o Ministério Público toma ciência da ocorrência de um fato criminoso tempos depois, por conta da demora por parte da polícia em realizar atos investigatórios, bem como elaborar o inquérito policial. Há casos ainda, em que a notícia, nem sequer chega ao conhecimento do promotor, como por exemplo, quando a autoria do crime é desconhecida. Nestes casos, ficam retidas na delegacia até que se consiga desvendar a autoria ou qualquer outra informação relevante (SANTIN, 2007, p. 239).

Sendo assim, nessas hipóteses, “[...] o Ministério Público sequer toma conhecimento dos crimes e permanece sem possibilidades de tomar providências adequadas”, conforme observa Valter Foletto Santin (2007, p. 239).

Além da necessidade de se rever esse afastamento do Ministério Público nas investigações, se torna de vital importância instigar e regulamentar a relação dos dois órgãos estatais responsáveis pela persecução penal, ou seja, a afinidade entre Polícia e Ministério Público.

Quanto ao relacionamento entre Polícia e Ministério Público, colham-se os ensinamentos de Valter Foletto Santin (2007, p. 237-238):

O relacionamento institucional entre a polícia e o Ministério Público é formal e distante, sendo normalmente pequena a integração e cooperação entre os órgãos. São raras as trocas de experiências e idéias entre polícia e Ministério Público sobre o andamento da investigação e principalmente em relação aos rumos a serem tomados para o desfecho do trabalho de pesquisa da autoria e materialidade, para uma rápida apresentação dos elementos para a *opinio delicti* ou para o arquivamento do feito, por ausência dos pressupostos legais para a movimentação da máquina judiciária na apreciação da ação penal. Cada instituição trabalha isolada e independentemente, com pouca integração e pequeno intercâmbio de informações

Existindo essa separação entre os dois órgãos estatais que são os responsáveis por fazer valer o *jus puniendi* do Estado, a sociedade será prejudicada, uma vez que suportará as conseqüências desse distanciamento, por força do aumento da criminalidade e, por conseqüência, da impunidade; da não solução dos crimes já cometidos. Segundo Valter Santin (2007, p. 238), a sociedade “[...] que critica a falha e demorada investigação policial, sofrendo os efeitos da deficiente movimentação da máquina de repressão estatal aos crimes”.

As investigações realizadas pelos órgãos policiais não atendem a finalidade determinada em lei, qual seja, apurar as infrações penais e suas autorias. Nas palavras de Valter Foletto Santin (2007, p. 239): “Em regra, as investigações policiais são insatisfatórias, demoradas e ineficientes, sendo que a polícia não consegue apurar a maioria dos crimes, o que gerou desinteresse da população no registro de ocorrências”.

Diante do exposto, bem como de tudo o que se verifica atualmente nas notícias apresentadas pelos meios de comunicação, em termos de criminalidade, impunidade, falha no sistema estatal, infere-se a necessidade de haver, o mais rápido possível, mudanças no tocante à investigação criminal.

Estas mudanças, conforme ensina Santin (2007, p. 239) servirão “[...] para a melhoria dos elementos e dados colhidos na fase antecedente e principalmente para viabilizar a agilização do conhecimento dos fatos pelo Ministério Público [...]”.

Portanto, para que haja uma investigação mais completa, que vá até onde for preciso para que se consiga desvendar tudo o que está oculto, além de conceder ao promotor elementos irrefutáveis para sustentar a ação penal, se torna imprescindível e adequada a realização de atividades investigatórias pelo Ministério Público.

Destarte, passaremos a estudar a atuação do Ministério Público na investigação criminal, ponderando sobre os argumentos contrários e favoráveis, bem como a respeito de sua legalidade e necessidade.

8.3 Argumentos Favoráveis à Atuação Investigativa do Ministério Público

Neste capítulo iremos estudar as posições favoráveis à atuação do Ministério Público na investigação criminal, analisando o que diz a doutrina e a jurisprudência e respeito deste tema.

No tocante à posição da doutrina, menciona Valter Foletto Santin (2001, p. 251): “é maciça a aceitação da atuação investigatória do Ministério Público. Essa participação na apuração de crimes já era defendida anteriormente por Alckmin, Frederico Marques, Hélio Bicudo, Marcio Antonio Inacarato, Ubirajara do Mont’Serrat Faria Salgado e outros [...]”.

Desde a década de 1970, muitos destes autores já colaboraram com seus ensinamentos a respeito do tema, sempre no sentido de possibilitar ao Ministério Público a atuação nas atividades investigatórias, tanto na fase do inquérito, quanto na fase do processo propriamente dito, inclusive, concedendo ao *Parquet* a chefia da investigação criminal (SANTIN, 2001, p. 251).

Com o passar do tempo as posições foram se aperfeiçoando, sem, contudo, mudar o entendimento de ser possível o Ministério Público atuar nas atividades investigatórias.

Segundo leciona Valter Foletto Santin (2001, p. 252): “Em 1986, René Ariel Dotti recomendou ao constituinte incumbisse o Ministério Público de dirigir a investigação criminal e promover a ação penal [...]”. Ademais, “Em 1987, Vasco Della Giustina seguiu a linha de raciocínio de René Dotti, sugerindo a inclusão no texto constitucional da função institucional do Ministério Público de dirigir a investigação criminal”.

Atualmente, a doutrina é esmagadora na defesa da possibilidade do Ministério Público atuar, e até mesmo presidir as investigações criminais, alegando como justificativa, um leque de argumentos, os quais passaremos a estudar a seguir.

Quanto à jurisprudência, não obstante haja entendimentos contrários à investigação ministerial, o entendimento predominante nos tribunais superiores é no tocante à autorização conferida ao Ministério Público de atuar diretamente na colheita de elementos formadores de sua opinião, conforme veremos nos julgados citados posteriormente.

8.3.1 Legalidade

A permissão legal para que o Ministério Público possa atuar diretamente na investigação criminal está contida nos artigos 127 e 129, ambos da Constituição Federal. Segundo Valter Foletto Santin (2007, p. 240): “O respaldo constitucional do poder investigatório do Ministério Público encontra-se principalmente nos arts. 127, *caput*, e 129, da Carta Magna, enquadrado-se harmoniosamente no sistema constitucional vigente”.

Nos termos do artigo 127, a destinação constitucional do Ministério Público é a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Destarte, a atuação do Ministério Público na investigação criminal está atrelada às destinações constitucionais que lhe foram conferidas. Isso se dá em razão de a infração penal afrontar os interesses da comunidade, ou seja, os interesses sociais e, além disso, ofender a ordem jurídica, uma vez que transgride os tipos penais estabelecidos no ordenamento penal (SANTIN, 2007, p, 240).

No tocante ao artigo 129, o legislador constituinte, no inciso I, definiu como função típica do Ministério Público a titularidade privativa da ação penal. A expressão “ação penal” deve ser entendida em seu sentido amplo, ou seja, abarcando a ação penal propriamente dita, assim como todas as atividades que a precederam e, que permitiram sua propositura, portanto, as atividades investigatórias (SANTIN, 2007, p. 240).

Nesse prisma, leciona com propriedade Valter Foletto Santin (2007, p. 240): “[...] É um grande contra-senso garantir privativamente o exercício da ação penal e impedir o desempenho de atos investigatórios. Quem pode o mais (promover a ação penal), pode o menos (fazer investigação criminal)”.

No entendimento de Pedro Lenza (2009, p. 613):

A possibilidade de investigação pelo MP decorreria de sua atribuição de promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei (art. 129, I), assim como das atribuições estabelecidas nos incisos VI e VIII do art. 129, CF/88, apresentando-se como atividade totalmente compatível com as suas finalidades institucionais

Ademais, a Constituição Federal, por força do artigo 129, inciso IX, conferiu ao Ministério Público a possibilidade de, além das elencadas no rol do artigo citado, “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade”.

Portanto, é absolutamente possível conferir ao Ministério Público a atuação na investigação criminal, pois esta função é totalmente compatível com as finalidades do *Parquet*.

Ainda quanto ao artigo 129, nas palavras de Valter Foletto Santin (2007, p. 240): “É norma constitucional aberta, que se amolda perfeitamente à finalidade institucional de defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis [...] inclusive para maior eficiência do exercício da ação penal [...]”.

Outra justificativa irrefutável de que a investigação criminal não é de competência exclusiva da Polícia Judiciária e, que, portanto, pode ser realizada pelo Ministério Público, se encontra presente no parágrafo único, do artigo 4º, do Código de Processo Penal.

Segundo o dispositivo processual, a competência atribuída a polícia judiciária para apurar os delitos e suas autorias, não exclui a de autoridades administrativas. Portanto, o Ministério Público, órgão estatal administrativo, tem competência para dirigir atividades investigatórias.

Além da Constituição Federal e do Código Processo Penal, outras legislações especiais também garantem a possibilidade da atuação direta do membro do Ministério Público nas atividades investigatórias.

Reza o parágrafo único, do artigo 41, da Lei nº 8.625, de 1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público dos Estados):

Parágrafo único - Quando no curso de investigação, houver indício da prática de infração penal por parte do membro do Ministério Público, a autoridade policial, civil ou militar remeterá, imediatamente, sob pena de responsabilidade, os respectivos autos ao Procurador-Geral de Justiça, a quem competirá dar prosseguimento à apuração.

Mesma redação possui o parágrafo único, do artigo 18, da Lei Complementar Federal nº 75/1993, com a diferença que neste caso, o crime é cometido por integrante do Ministério Público Federal, e os autos serão remetidos ao Procurador-Geral da República.

O artigo 8º, inciso V, da Lei Complementar nº 75/1993, por sua vez dispõe que:

Art. 8º - Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência:
inciso V - realizar inspeções e diligências investigatórias;

O Ministério Público, na esfera civil, tem competência para instaurar inquérito civil, efetuar investigações e conseqüentemente, propor a ação civil pública. Ocorre que, se os elementos que forem colhidos nessas investigações caracterizarem a existência de um delito, o Ministério Público tem o poder de ingressar com um processo criminal, sendo o inquérito policial dispensável para o oferecimento da denúncia, que poderá se basear em qualquer outro elemento (SANTIN, 2007, p. 241-242).

O entendimento adotado nos Tribunais Superiores, sobretudo no Supremo Tribunal Federal, segundo menciona Valter Foleto Santin (2007, p. 242), é no sentido da:

dispensabilidade do inquérito policial para o desencadeamento da ação penal em caso de presença de elementos informativos obtidos por outros meios. A representação da vítima ou de qualquer cidadão e as peças encaminhadas por tribunais e outras autoridades administrativas são dados suficientes para o oferecimento da denúncia

Diante disso, é plenamente possível que o Ministério Público, investigue diretamente fatos delituosos, a fim de captar elementos que achar imprescindível ao oferecimento da denúncia. Conforme Valter Foletto Santin (2007, p. 242):

Com muito mais razão, o Ministério Público pode colher dados complementares para alicerçar melhor a ação penal ou até mesmo para eventual convicção da inocorrência dos fatos ou da participação do indiciado. Os interesses do indiciado e da sociedade estarão mais bem protegidos, porque a atividade acusatória do Ministério Público poderá ser exercida de forma mais segura, adequada, embasada e de acordo com os fatos e a realidade

Portanto, é possível concluir que por força do critério da legalidade, não tem base jurídica nenhuma se dizer que a lei não conferiu poderes investigatórios ao Ministério Público.

8.3.2 Celeridade do Procedimento Criminal

Atualmente, é manifesta a lentidão presente no Poder Judiciário brasileiro. Em muitos casos, uma ação em primeiro grau que demoraria seis meses, dura em média um ano ou mais, isso sem contar nos graus superiores, o que acarreta uma demora na prestação jurisdicional.

No processo criminal, especificamente nas investigações criminais, em algumas situações, por conta da lentidão, muitos crimes ficam sem solução, muitos criminosos ficam impunes e muitas vítimas não tem um rápido acesso à Justiça. Nas palavras de Valter Foletto Santin (2007, p. 260): “Em regra, as investigações policiais são demoradas e ultrapassam constantemente o prazo legal de 30 dias para a sua conclusão, com inúmeros e sucessivos pedidos de prazo”.

Essa demora na conclusão das investigações acarreta ao Ministério Público um prejuízo na elaboração da denúncia, bem como no seguimento da ação penal (SANTIN, 2007, p. 260).

Diante disso, entra em cena o princípio da celeridade processual, que busca uma rápida solução diante de um conflito de interesses. Ensina Valter Foletto Santin (2007, p. 260): “A celeridade é um princípio processual buscado incessantemente pelas normas

jurídicas modernas, para permitir o rápido acesso ao Judiciário e o conseqüente fornecimento da prestação jurisdicional”.

Em sede de investigação criminal, o princípio da celeridade pode ser efetivado com a união da Polícia e do Ministério Público no desenvolvimento das atividades investigatórias. Ambos os órgãos estatais atuando em conjunto para se conseguir de uma maneira rápida, a elucidação de um fato criminoso.

Valter Foletto Santin (2007, p. 260) defende a tese de que, para a celeridade ser alcançada, é necessário uma aproximação do Ministério Público aos trabalhos de investigação criminal, a qual segundo ele, possibilitaria uma “rápida atividade de oferecimento de denúncia e o início da ação penal, com a conseqüente possibilidade de rapidez e eficiência na prestação jurisdicional”.

8.3.3 Princípio da Imediação

Segundo o princípio da imediação, havendo essa proximidade do Ministério Público nas investigações criminais, acarretará um contato direto do órgão responsável pela ação penal, com os elementos probatórios coligidos nas atividades investigatórias (SANTIN, 2007, p. 260).

Esse contato direto proporcionará “a melhor compreensão dos fatos e influência positiva na rápida formação da *opinio delicti*, seja pela emissão da denúncia ou pedido de arquivamento”, conforme observa Valter Foletto Santin (2007, p. 260).

Ainda no tocante à importância desse contato direto com os elementos resultantes das investigações, colham-se os ensinamentos de Valter Foletto Santin (2007, p. 260):

[...] A imediação (contato direto na colheita dos elementos investigatórios) é muito mais conveniente e adequada para estimular os órgãos sensoriais e permitir uma maior percepção, facilitando a melhor compreensão das informações em comparação com a mediação (contato indireto, distante, emanado da leitura dos escritos investigatórios).

Para que a *opinio delicti* seja mais completa, sem a existência de dúvidas, seria bem mais viável a atuação imediata do Ministério Público. O contato direto na colheita dos

dados investigatórios leva o membro do Ministério Público a ir formando sua persuasão no sentido de qual destino dar ao procedimento, se arquivá-lo ou prosseguir, ofertando a denúncia.

8.3.4 Princípio da Universalização das Investigações

De acordo com os ensinamentos de Valter Foletto Santin (2007, p. 261): “O princípio da universalização das investigações representa o aumento do leque de pessoas e entidades legitimadas a participar no trabalho de investigação criminal, em oposição ao monopólio e exclusividade do trabalho policial”.

As investigações administrativas, como por exemplo, as realizadas pelas Comissões Parlamentares de Inquérito, pelo Ministério Público, são modelos de ampliação do rol dos órgãos legalizados a investigar (SANTIN, 2007, p. 261).

Nesse sentido, ensina Valter Foletto Santin (2007, p. 60):

A polícia não é o único ente estatal autorizado a proceder à investigação criminal; não há exclusividade. O princípio é da universalização da investigação, em consonância com a democracia participativa, a maior transparência dos atos administrativos, a ampliação dos órgãos habilitados a investigar e a facilitação e ampliação de acesso ao Judiciário, princípios decorrentes do sistema constitucional atual. O reconhecimento do monopólio investigatório da polícia não se coaduna com o sistema constitucional vigente, que prevê o poder investigatório das comissões parlamentares de inquérito (art. 58, § 3º, Constituição Federal), o exercício da ação penal e o poder de investigar do Ministério Público (art. 129, I, III, VI, CF), o direito do povo de participar dos serviços de segurança pública (art. 144, *caput*, CF), função na qual a investigação criminal se inclui (art. 144, § 1º, I e § 4º, CF), o acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV, CF) e o princípio da igualdade (art. 5º, *caput* e I, CF)

A ampliação do rol de órgãos ou instituições com poderes investigatórios proporcionará um melhor desempenho das atividades investigatórias, sem que com isso, a polícia perca seu poder de investigação (SANTIN, 2007, p. 261).

O atual sistema de investigação criminal onde a polícia dirige quase exclusiva e livremente as atividades investigativas, é criticado por grande parte da doutrina. Nesse prisma, nas palavras de Valter Foletto Santin (2007, p. 261) esse sistema:

[...] não tem justificativa plausível nem atende ao interesse público e da sociedade, tendo em vista que normalmente o inquérito policial é visto pela polícia como “um processo em si mesmo”, a ser burocratizado e prolongado, talvez para a sua maior

valorização, quando deveria ser encarado como uma etapa intermediária (até mesmo dispensável) para a movimentação da ação penal o mais rapidamente possível pelo Ministério Público [...]

Insta mencionar o posicionamento de Guilherme Peña de Moraes (2008, p. 486):

[...] a realização direta da investigação criminal pelo Ministério Público está lastreada nos poderes explícitos do art. 129, incs. I, VI e VII da CRFB, uma vez que o princípio da universalização das investigações é concretizado pelas regras que prescrevem a função institucional de promoção da ação penal pública, cujo substrato probatório mínimo pode ou não ser fornecido pela polícia judiciária, sob controle externo, da Instituição [...]

Portanto, por força do princípio da universalização das investigações, cai por terra o entendimento de que somente a Polícia pode realizar, com exclusividade, as atividades investigatórias, assunto que será abordado em momento oportuno.

8.3.5 Melhoria da Qualidade dos Elementos Investigatórios

Em algumas situações, os elementos coligidos pela Polícia na investigação criminal não são suficientes, ou mesmo não atendem à necessidade do Ministério Público, ou seja, não auxiliam na formação de seu convencimento, nem servem de fundamento para a denúncia (SANTIN, 2007, p. 261).

Segundo Valter Foletto Santin (2007, p. 261), isso ocorre porque:

A polícia tem estratégia e visão peculiares na investigação dos fatos criminosos, tanto na forma da colheita dos elementos como na qualidade das informações obtidas. Busca descobrir a autoria do crime, mas raramente aprofunda a caça de elementos de prova e vestígios do crime para futura facilitação da demonstração do fato em Juízo

Destarte, além de proporcionar uma investigação mais célere, a aproximação do Ministério Público às atividades investigatórias, também gerará a instituição de um instrumento de comunicação mais amplo, a fim de que a polícia tenha ciência das necessidades do Ministério Público diante do caso concreto, isto é, quais os elementos que

serão indispensáveis ao oferecimento da denúncia e bom desenvolvimento da ação penal (SANTIN, 2007, p. 261-262).

Na conclusão de Valter Foletto Santin (2007, p. 262): “Essa troca de informações entre a polícia e o Ministério Público certamente provocará a melhoria acentuada dos dados investigatórios do caso concreto”.

8.3.6 Maiores Dificuldades de Desvios Funcionais dos Membros da Polícia

Nos últimos tempos, os órgãos estatais vêm sofrendo um bombardeio de desconfianças, tendo em vista a grande quantidade de casos de corrupção que os assolam. Nas palavras de Rodrigo Régner Chemi Guimarães (2008, p. 19): “[...] o Brasil vem atravessando – há um bom tempo – uma séria crise de confiança nas instituições públicas, decorrência de inúmeros desmandos e da constante corrupção dos órgãos públicos”.

Essa desconfiança esta acentuada de maneira mais evidente nos órgãos de repressão, especialmente com relação às polícias (GUIMARÃES, 2008, p. 19). Segundo Valter Foletto Santin (2007, p. 262):

[...] A polícia sofre mais intensamente os efeitos nefastos de excessos e abusos dos seus servidores, provavelmente pelo seu difícil encargo de tomar as primeiras providências nas ocorrências de crimes e no afã de esclarecer o delito ou de acobertar a sua autoria

Contudo, isso não quer dizer que a corrupção é exclusiva dos órgãos policiais, pelo contrário, ela se faz presente em todo e qualquer órgão estatal, uma vez que são compostos por seres humanos, tendentes a errar a todo instante (GUIMARÃES, 2008, p. 19).

Diversos fatores colaboraram com o aumento significativo da corrupção nas instituições policiais. Segundo leciona Rodrigo Régner Chemi Guimarães (2008, p. 19-20):

Além da questão salarial, do mecanismo de ingresso nas carreiras, da proximidade física com a prática delitiva, da formação cultural e jurídica dos integrantes do Judiciário e do Ministério Público serem historicamente diferenciados em relação aos mesmo critérios de análise nas polícias, ainda pesa e questão do chamado “controle social interno”, que pode ser resumido na “vergonha do colega”. Ou seja, enquanto no Judiciário e no Ministério Público se algum Juiz de Direito ou Promotor de Justiça quiser cometer desvios de conduta, a regra é ter, no seu colega, uma fiscalização rotineira seguida da imediata adoção de providências para a responsabilização e, assim, passa a temer ser por ele descoberto; na polícia, não

raras vezes, esse controle social interno se aproxima de níveis muito insignificantes. Em outras palavras: pela ausência de efetiva punição do mau policial, este passou a sentir-se motivado a praticar desvios de comportamento [...]

Para que essa desconfiança cesse ou ao menos diminua, é necessário que o próprio Estado intervenha nas instituições policiais, por intermédio de seus próprios órgãos. É nesse ponto que entra em cena a figura do Ministério Público, o qual participando das investigações dificultará os desvios funcionais dos agentes policiais. Nas lições de Valter Foleto Santin (2007, p. 262): “A maior interferência do Ministério Público na investigação preliminar certamente diminuirá a possibilidade de desvios funcionais e de corrupção policial, eventualmente existente em alguns segmentos da polícia”.

Através desta interferência, o Ministério Público irá garantir maior confiabilidade nos elementos colhidos na investigação, velará pelos direitos constitucionais individuais do indiciado, e ainda, cuidará para que não haja nenhuma nulidade na ação penal (SANTIN, 2007, p. 263).

Ademais, isso não significa que o Ministério Público não sofrerá fiscalização. Caberá aos órgãos superiores do Ministério Público, bem como ao Juiz, interferir quando da ocorrência de atos ilegais praticados pelos membros do *Parquet* (SANTIN, 2007, p. 263).

8.3.7 Teoria dos Poderes Implícitos

Outro argumento bastante utilizado pela doutrina para justificar a possibilidade da atuação do Ministério Público na investigação criminal é o da teoria dos poderes implícitos.

Para Pedro Lenza (2009, p. 612):

[...] segundo a teoria dos poderes implícitos, quando o texto constitucional outorga competência explícita a determinado órgão estatal, implicitamente, pode-se interpretar, dentro de um contexto de razoabilidade e proporcionalidade, que a esse mesmo órgão tenham sido dados os meios necessários para a efetiva e completa realização dos fins atribuídos

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade do Ministério Público participar diretamente da investigação criminal invocando o princípio dos poderes implícitos. Conforme o julgamento da Ministra Ellen Gracie:

[...] 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 haveria como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que “peças de informação” embasem a denúncia [...] (RE 535.478, Rel. Min. Ellen Gracie, j. 28.10.2008, DJE de 21.11.2008)

No entendimento de Guilherme Peña de Moraes (2008, p. 486):

[...] ainda que as funções institucionais do Ministério Público não houvessem sido enumeradas expressamente na Constituição da República entendimento diferente importaria violação da teoria dos poderes implícitos, segundo a qual os órgãos que detém um poder (e.g.: acusação pública) dispõem de todos os meios disponíveis para a sua consecução (v.g.: diligências investigatórias)

Conforme ponderado anteriormente, seria inviável conceder ao Ministério Público a titularidade da ação penal e impedi-lo de desempenhar atividades investigatórias. Da mesma forma, a teoria dos poderes implícitos parte da premissa de que quem pode o mais, pode também o menos, isto é, se o membro do Órgão Ministerial é o titular da ação penal, nada mais justo e coerente do que ele também realizar atos atinentes à investigação criminal, poder implicitamente concedido pela lei, a fim de melhor formar sua *opinio delicti*.

8.3.8 Inexistência de Exclusividade da Polícia Judiciária na Investigação Criminal

Parte da doutrina e da jurisprudência, de forma minoritária, alega ser a investigação criminal competência exclusiva da polícia judiciária, por força do que dispõe o artigo 144, § 1º, inciso IV, da Constituição Federal, que atribui à Polícia Federal o exercício exclusivo das funções de polícia judiciária da União.

Entretanto, quando ponderado a respeito do princípio da universalização da investigação, verificou-se que o rol de legitimados a proceder à investigação foi estendido e que, portanto, a polícia não detém o monopólio das investigações.

Mas não para por aí. Ocorre que a polícia não possui exclusividade nas atividades investigatórias por outra razão. Nesse sentido, colham-se os ensinamentos de Pedro Lenza (2009, p. 613): “[...] Quando o art. 144, § 1º, IV, estabelece ser exclusividade da polícia

federal exercer as funções de polícia judiciária da União, nos parece tenha o texto objetivado afastar essa atividade de outros órgãos policiais”.

Não é outro o entendimento de Pedro Henrique Demercian (2009, p. 140). Segundo ele: “A própria Constituição Federal, quando delega à Polícia Federal o exercício com exclusividade das funções de polícia judiciária da União [...] o faz com o nítido propósito de impedir que essas funções sejam exercidas pelas polícias judiciárias dos Estados”. Continua expondo que: “[...] os crimes da competência da Justiça Federal só podem ser objeto de inquérito instaurado pela Polícia Federal e não pelas Polícias Estaduais”.

Quanto ao sentido da expressão “exclusividade”, ensina Valter Foleto Santin (2001, p. 66):

O termo “exclusividade” no máximo poderia ser interpretado em relação ao trabalho de outros órgãos policiais, sem impedir o trabalho investigatório do Ministério Público [...] porque a própria Carta Magna previu a atribuição de outros órgãos para a investigação: o Senado, as comissões parlamentares de inquérito e o Ministério Público [...]

Ou seja, o papel atribuído à Polícia Federal de exercer com exclusividade a função de polícia judiciária da União, não quer dizer exercer com exclusividade a investigação criminal. Na verdade, o que o legislador quis dizer, é que quando do crime cometido sobrevier interesse da União, somente a Polícia Federal é que poderá exercer a função de polícia judiciária, ou seja, realizar a investigação criminal frente às outras espécies de polícia, mas não frente a outros órgãos administrativos.

Tanto é que, conforme Valter Foleto Santin (2001, p. 60) “[...] O constituinte não usou o termo “exclusividade” no tocante à polícia civil (§ 4º)”.

Isso porque as atribuições da Polícia Civil (estadual) são subsidiárias, ou seja, só será competência da Polícia Civil quando a lei não dispuser o contrário.

Pedro Lenza (2009, p. 613) ainda cita um julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal, que reconheceu que os poderes investigatórios do Ministério Público não violam o artigo 144, § 1º, incisos I e IV, da Lei Maior, uma vez que o disposto nestes incisos deve ser interpretado em harmonia com as atribuições do *Parquet*, presentes no artigo 129, incisos I, VI, VIII e IX, da Constituição.

8.3.9 Controle Externo da Atividade Policial

Mais um argumento utilizado pela doutrina favorável aos poderes investigatórios do Ministério Público, o controle externo da atividade policial vem sendo frequentemente considerado como de grande relevância ao sucesso das atividades investigatórias.

Conforme anteriormente estudado, é grande a desconfiança que a população tem tido em relação aos órgãos policiais, tendo em vista o alto índice de corrupção, bem como a não solução da maioria dos crimes sobrevividos.

Segundo dispõe Rodrigo Régner Chemim Guimarães (2008, p. 21) “Para que se consiga minimizar esta crise de confiança será preciso cada vez mais investir em mecanismos eficientes de controle das instituições”.

Destarte,

Todos os órgãos públicos devem possuir controles para maior e melhor vigilância, fiscalização, segurança, regularidade, eficiência e qualidade dos serviços públicos, para acompanhamento da correção e lisura do comportamento dos servidores públicos, em prol do interesse da sociedade [...] (SANTIN, 2001, p. 70)

Controle segundo Hugo Nigro Mazzilli (2004, p. 85) “[...] significa ato de vigilância, verificação administrativa, fiscalização, inspeção, supervisão e exame minucioso exercido sobre as atividades de pessoas, órgãos e departamentos [...]”.

Já a expressão “externo”, nas palavras de Rodrigo Régner Chemim Guimarães (2008, p. 80) “implica em dizer que é exercido por órgão distante da estrutura da Polícia”, isto é, por outro órgão estatal.

Diante disso, é necessário conceituarmos “controle externo da atividade policial”. Nas lições de Rodrigo Régner Chemim Guimarães (2008, p. 80):

[...] o controle externo da atividade policial deve ser compreendido como esse conjunto de normas que regulam a fiscalização exercida pelo Ministério Público em relação à Polícia, na prevenção, apuração, e investigação de fatos tidos como criminosos, na preservação dos direitos e garantias constitucionais dos presos que estejam sob responsabilidade das autoridades policiais e na fiscalização do cumprimento das determinações judiciais

Todos os órgãos estatais precisam receber um controle externo de suas atividades. Todavia o controle externo das atividades policiais deve ser mais intenso. Assim, ensina Valter Foletto Santin (2001, p. 70):

A polícia necessita de maior atenção e controle de outros órgãos públicos e da sociedade, porque é uma das instituições estatais mais poderosas e suas múltiplas atividades afetam diretamente a vida em sociedade, constituindo-se o braço armado do Estado em confronto com o cidadão e sua liberdade

O artigo 129, inciso VII, da Constituição Federal dispõe que é função institucional do Ministério Público: “exercer o controle externo da atividade policial”. Mas não foi somente o legislador constitucional que tratou esta função. Na legislação infraconstitucional, igualmente, consta esta função relativa ao Órgão Ministerial (v.g. artigo 38, inciso IV, da Lei Complementar nº 75/1993).

Nos ensinamentos de Valter Foletto Santin (2001, p. 74):

O ministério Público foi incumbido constitucionalmente de exercer o controle externo da atividade policial. A incumbência constitucional é coerente com o perfil institucional do Ministério Público, desenhado na Carta Magna, que lhe conferiu a promoção privativa da ação penal pública (art. 129, I), o zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia (inciso II) [...]

Prossegue o referido autor explicando a cerca da importância do controle externo:

[...] O Ministério Público é talhado para exercer o controle externo da polícia, porque o trabalho policial tem ligação direta com a sua função de exercer a ação penal pública. Se a atividade policial não funcionar adequadamente, há prejuízo para a atuação do Ministério Público

Diante de tudo o que foi exposto, infere-se, portanto, que a presença do Ministério Público nas atividades investigatórias, harmonizará uma maior concretização do controle externo das atividades policiais, extinguindo aos poucos as atividades irregulares que incidirem (SANTIN, 2001, p. 263).

8.3.10 Posições Jurisprudenciais Favoráveis à Atuação do Ministério Público na Investigação Criminal

8.3.10.1 Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

O Tribunal de Justiça de São Paulo já se manifestou no tocante à discussão quanto à possibilidade ou não do Ministério Público atuar na investigação criminal. Assim dispõe um dos julgados do E. Tribunal:

HABEAS CORPUS – INVESTIGAÇÃO - PODERES DO MINISTÉRIO PÚBLICO - EXCLUSIVIDADE DA POLÍCIA JUDICIÁRIA - INEXISTÊNCIA - ARTIGO 129 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - PRECEDENTES - Não é exclusividade da Polícia Judiciária a investigação de crimes, sendo cabível que o Ministério Público o faça, ante o disposto no artigo 129 da Constituição Federal. (HC 0082642-50.2011.8.26.0000 , Relator Ministro Amado de Faria, Julgamento: 16/06/2011, Publicação: 13/07/2011, Disponível em: <www.tj.sp.gov.br>, Acesso em: 20/09/2011).

8.3.10.2 Superior Tribunal de Justiça

No tocante à posição do Superior Tribunal de Justiça não há o que se discutir, tendo em vista a Súmula 234, que pacificou o entendimento do Tribunal no sentido de ser possível a atuação do Ministério Público na investigação criminal.

Diz a Súmula 234: “A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia”.

Valter Foletto Santin (2001, p. 245) explana que no Superior Tribunal de Justiça, há “confirmação pacífica da atuação do Ministério Público na fase investigatória, conforme se depreende de inúmeras decisões das 5ª e 6ª Turmas”

Ademais, cabe citar alguns julgados proferidos pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça autorizando à atuação do Órgão Ministerial na investigação criminal:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO PROCESSANTE. PREVENÇÃO. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS AUTORIZADAS POR JUIZ PLANTONISTA. MATÉRIAS NÃO ANALISADAS PELA CORTE ESTADUAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. Os pleitos referentes ao reconhecimento da incompetência do Juízo da 7ª Vara Criminal da comarca de Porto Alegre/RS para o prosseguimento do feito em razão da prevenção do Juízo da 8ª Vara Criminal da mesma comarca e a alegação de que as interceptações telefônicas realizadas durante as investigações teriam sido autorizadas por juiz plantonista, e não pelo juiz da causa principal, como preconiza a Lei n. 9.286/96, não foram alvo de deliberação pelo Tribunal de origem, circunstância que impede qualquer manifestação desta Corte Superior de Justiça sobre as matérias, sob pena de operar-se em indevida supressão de instância.

PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO REALIZADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRESIDÊNCIA E CONDUÇÃO DO INQUÉRITO DE FORMA EXCLUSIVA. ILEGITIMIDADE DO PARQUET. DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE DOCUMENTAÇÃO ESSENCIAL PARA O DESLINDE DA QUESTÃO. NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

1. De acordo com entendimento consolidado na Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, amparado na jurisprudência do Pretório Excelso, o órgão ministerial possui legitimidade para proceder, diretamente, à colheita de elementos de convicção para subsidiar a propositura de ação penal, só lhe sendo vedada a presidência do inquérito, que compete exclusivamente à autoridade policial, de tal sorte que a realização de tais atos não afasta a legitimidade do Ministério Público para a propositura da ação penal, entendimento este contido no enunciado 234 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, que afirma que "A participação do membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia". (HC 125580, Relator Ministro Jorge Mussi, Julgamento: 25/11/2010, Publicação: 14/02/2011, Disponível em: <www.stj.jus.br>, Acesso em: 20/09/2011)

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO. MINISTÉRIO PÚBLICO. INVESTIGAÇÃO. POSSIBILIDADE. MEDIDA CAUTELAR. OITIVA DE TESTEMUNHA. EFICÁCIA DA MEDIDA OU PROVIMENTO DA AÇÃO PENAL. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. POSTERGAÇÃO DO EXERCÍCIO. RECURSO PROVIDO.

1. "Na esteira de precedentes desta Corte, malgrado seja defeso ao Ministério Público presidir o inquérito policial propriamente dito, não lhe é vedado, como titular da ação penal, proceder a investigações. A ordem jurídica, aliás, confere explicitamente poderes de investigação ao Ministério Público - art. 8º, incisos II e IV, e § 2º, da Lei Complementar nº 75/1993" (REsp 665.997/GO, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJ 30/5/05), a fim de viabilizar o cumprimento de sua função de promover, privativamente, a ação penal pública.

2. O inquérito policial, por ser peça meramente informativa, decorrente de atividade administrativa inquisitorial, não é pressuposto para o oferecimento de denúncia, que pode estar fundada em outros elementos que demonstrem a existência de crime e indícios de autoria, inclusive colhidos pelo titular da ação penal pública.

[...] (HC 778545, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, Julgamento: 20/04/2010, Publicação: 10/05/2010, Disponível em: <www.stj.jus.br>, Acesso em: 20/09/2011)

Embora com alguns julgados isolados, no Superior Tribunal de Justiça já está consolidado o entendimento no sentido de ser cabível a atuação do Ministério Público na

investigação criminal, levando em consideração ser uma atividade compatível com sua destinação constitucional.

8.3.10.3 Supremo Tribunal Federal

Quanto à Corte Suprema, diversos são os julgados autorizando o Ministério Público a atuar nas atividades investigatórias. Citaremos dois destes julgados:

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 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. (HC 91661, Relator (a): Min. Ellen Gracie, Julgamento: 10/03/2009, Divulgação: 02-04-2009. Publicação: 03-04-2009, Disponível em: < www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>, Acesso em: 20/09/2011)

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

MONOPÓLIO DA COMPETÊNCIA PENAL INVESTIGATÓRIA. - O poder de investigar compõe, em sede penal, o complexo de funções institucionais do Ministério Público, que dispõe, na condição de "dominus litis" e, também, como expressão de sua competência para exercer o controle externo da atividade policial, da atribuição de fazer instaurar, ainda que em caráter subsidiário, mas por autoridade própria e sob sua direção, procedimentos de investigação penal destinados a viabilizar a obtenção de dados informativos, de subsídios probatórios e de elementos de convicção que lhe permitam formar a "opinio delicti", em ordem a propiciar eventual ajuizamento da ação penal de iniciativa pública. Doutrina. Precedentes: RE 535.478/SC, Rel. Min. ELLEN GRACIE - HC 91.661/PE, Rel. Min. ELLEN GRACIE - HC 85.419/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO - HC 89.837/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO. CONTROLE JURISDICIONAL DA ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO: Oponibilidade, a estes, do sistema de direitos e garantias individuais, quando exercido, pelo "Parquet", o poder de investigação penal. - O Ministério Público, sem prejuízo da fiscalização intra-orgânica e daquela desempenhada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, está permanentemente sujeito ao controle jurisdicional dos atos que pratique no âmbito das investigações penais que promova "ex propria auctoritate", não podendo, dentre outras limitações de ordem jurídica, desrespeitar o direito do investigado ao silêncio ("nemo tenetur se detegere"), nem lhe ordenar a condução coercitiva, nem constrangê-lo a produzir prova contra si próprio, nem lhe recusar o conhecimento das razões motivadoras do procedimento investigatório, nem submetê-lo a medidas sujeitas à reserva constitucional de jurisdição, nem impedi-lo de fazer-se acompanhar de Advogado, nem impor, a este, indevidas restrições ao regular desempenho de suas prerrogativas profissionais (Lei nº 8.906/94, art. 7º, v.g.). - O procedimento investigatório instaurado pelo Ministério Público deverá conter todas as peças, termos de declarações ou depoimentos, laudos periciais e demais subsídios probatórios coligidos no curso da investigação, não podendo, o "Parquet", sonegar, selecionar ou deixar de juntar, aos autos, quaisquer desses elementos de informação, cujo conteúdo, por referir-se ao objeto da apuração penal, deve ser tornado acessível tanto à pessoa sob investigação quanto ao seu Advogado. - O regime de sigilo, sempre excepcional, eventualmente prevalecente no contexto de investigação penal promovida pelo Ministério Público, não se revelará oponível ao investigado e ao Advogado por este constituído, que terão direito de acesso - considerado o princípio da comunhão das provas - a todos os elementos de informação que já tenham sido formalmente incorporados aos autos do respectivo procedimento investigatório. (HC 87610. Relator (a): Min. Celso de Mello. Santa Catarina-SC. Julgamento: 27/10/2009. Divulgação 03/12/2009 Publicação 04/12/2009. Disponível em: < www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>, Acesso em: 20/09/2011)

Na Suprema Corte, prevalece, sobretudo na segunda turma, o entendimento favorável à atuação do Ministério Público nas atividades persecutórias. A Ministra Ellen Gracie já se posicionou adepta da investigação desempenhada pelo *Parquet*, invocando, inclusive, em um de seus julgamentos, o princípio dos poderes implícitos.

O Ministro Celso de Mello por sua vez, se posicionou no mesmo sentido, alegando que a investigação criminal não é monopólio da Polícia Judiciária.

8.4 Argumentos Desfavoráveis à Atuação Investigativa do Ministério Público

Nada no Direito é absoluto e, portanto, assim como acontece em outros institutos do ordenamento brasileiro, existem, além das posições favoráveis, posições contrárias à atuação do Ministério Público na investigação criminal.

Nesse contexto, explica Valter Foleto Santin (2001, p. 243): “O poder de investigação pelo Ministério Público não é pacífico”. Conforme explica o doutrinador: “Atualmente, o poder investigatório próprio do Ministério Público vem sendo questionado em recursos e ações diretas de inconstitucionalidade, nas instâncias superiores, por indiciados e entidade associativa policial”.

Diversas ações diretas de inconstitucionalidade foram movidas por órgãos policiais, principalmente pela Associação dos Delegados de Polícia (ADEPOL), sendo que não foi obtido sucesso nestas ações, no sentido de impedir a investigação ministerial (SANTIN, 2001, p. 243).

Nas palavras de Valter Foleto Santin (2001, p. 243): “[...] A E. Suprema Corte brasileira não concedeu nenhuma medida liminar, mantendo eficazes as normas da Lei nº 6.825/1993 e Lei Complementar Federal nº 75/1993”.

No tocante ao Supremo Tribunal Federal, o seu posicionamento quanto à possibilidade ou não dos poderes investigatórios do Ministério Público não está pacificado. Embora haja julgamento nos dois sentidos, ultimamente, em seus julgados, o Supremo vem se posicionando favoravelmente à atuação do Ministério Público nas atividades investigatórias (SANTIN, 2001, p. 244).

8.4.1 Atribuição Exclusiva da Polícia Judiciária

A doutrina que se posiciona desfavorável à atuação do Ministério Público defende que a investigação criminal é função exclusiva da Polícia Judiciária, tendo em vista o inciso IV, do § 1º, do artigo 144, da Constituição Federal.

O ordenamento brasileiro, segundo esta doutrina, elegeu o órgão policial para realizar as atividades investigativas, diferenciando-o dos outros órgãos estatais responsáveis

pelo julgamento (Juiz) e pela acusação (Ministério Público). A Constituição atribuiu expressamente à Polícia Judiciária a privatividade das atividades investigatórias, sem estabelecer nenhuma exceção, nem mesmo quanto ao Ministério Público, ainda que este detenha a prerrogativa de acompanhar as diligências desenvolvidas pelos agentes policiais (LOPES, 2009, p. 87).

Para Fábio Motta Lopes (2009, p. 88): “O fato de ser o inquérito policial dispensável, como preceitua o Código de Processo Penal (CPP), não transfere ao Ministério Público a função investigatória [...]”.

Ainda no tocante à atribuição exclusiva da investigação criminal à polícia, Fábio Motta Lopes (2009, p. 89) destaca outro argumento:

Importante salientar que as investigações efetivadas por outros órgãos, como as Comissões Parlamentares de Inquérito (art. 58, § 3º, da CF), por exemplo, possuem amparo legal, diferentemente do que ocorre como as pretendidas pelo MP, que não encontram respaldo na legislação. Se é correto que órgãos não policiais realizam investigações, podendo trazer reflexos na área criminal, o deslocamento dessas atribuições somente acontece, excepcionalmente, em virtude de previsão constitucional ou legal

No caso de investigação criminal desempenhada por particular, o Ministério Público continua sem legitimidade para atuar nos procedimentos investigatórios. Nesse contexto, segundo o escólio de Fábio Motta Lopes (2009, p. 89):

[...] O particular pode realizar qualquer ato que não seja vedado pela lei. Já a competência dos órgãos públicos, no entanto, deverá estar autorizada no ordenamento jurídico. Não estando, como acontece no caso em análise, é porque o órgão acusatório não possui a função investigatória

Portanto, diante do argumento de que foi atribuída, exclusivamente, a legitimidade para realizar atos investigatórios à Polícia Judiciária e, que nenhum dispositivo legal previu a mesma legitimidade ao Ministério Público, é que a doutrina contrária à atuação do *Parquet* vai, dentre uma das posições, se sustentando.

8.4.2 Inexistência de Dispositivo Legal

Outra justificativa apresentada pela parte da doutrina considerada desfavorável à atuação ministerial na investigação é a inexistência de dispositivo constitucional ou legal dizendo o contrário, isto é, dando legitimidade ao promotor de investigar diretamente as infrações criminais. Nesse prisma, colham-se os ensinamentos de Fábio Motta Lopes (2009, p. 91): “Por ser a investigação criminal atividade exclusiva das polícias judiciárias, não existe dispositivo legal na CF, tampouco na legislação infraconstitucional, que autorize a realização de investigação pelo MP”.

Conforme analisado no tópico anterior, todos os órgãos que recebem poderes para atuar na investigação, o recebe por conta de expressa disposição legal, sendo que em nenhuma destas exceções está disciplinada a possibilidade do Ministério Público atuar.

Segundo a tese defendida por Fábio Motta Lopes (2009, p. 91):

A CF, ao explicitar as funções do MP, tratou da atuação da instituição na investigação preliminar no inciso VIII do art. 129, conferindo ao órgão ministerial, apenas, o poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial

Destarte, tendo em vista o que dispõe a Carta Magna e a legislação infraconstitucional, o Ministério Público, na posição de titular da ação penal, detém a faculdade de requisitar à polícia judiciária novas diligências, bem como a instauração de inquérito policial. Todavia, em nenhum momento lhe foi concedida a possibilidade de atuar diretamente nas investigações criminais, justamente por deficiência de dispositivo legal (LOPES, 2009, p. 91).

Quanto ao disposto no inciso III e VI do art. 129, da CF, dispõe Fábio Motta Lopes (2009, p. 92): “[...] utilizados por parte da doutrina como amparo legal para a realização das investigações ministeriais, possuem incidência somente na área cível, assegurando ao *Parquet* o exercício de uma de suas funções: a promoção do inquérito civil”.

Ainda dentro da ausência de base legal, a doutrina contrária entende que a Lei Complementar nº 75/1993 não autorizou o Ministério Público a realizar investigação na esfera criminal, mas sim na esfera civil. Nas palavras de Fábio Motta Lopes (2009, p. 93):

Os procedimentos da competência do MP, previstos no *caput* do art. 8º da mencionada lei, são aqueles de natureza não criminal, como o inquérito civil. Nesse

campo, aí, sim, teria o *Parquet* atribuições para, por exemplo, “realizar inspeções e diligências investigatórias

Mesmo posicionamento adotado no que tange à Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, uma vez que esta, não atribuiu ao Órgão Acusatório o poder de desempenhar atividades investigatórias em âmbito criminal (LOPES, 2009, p. 93).

A Lei nº 8.625/1993, em se tratando de esfera criminal, somente autoriza o Ministério Público “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”, nos termos do artigo 26, inciso IV.

Por força da ausência de base legal, diversos atos internos editados pela Procuradoria-Geral de Justiça em São Paulo e no Paraná; pelo Conselho Nacional do Ministério Público; pelo Ministério Público Federal, dentre eles a Resolução 97/1994; o Ato Normativo nº 314/2003; a Resolução nº 13/2006, estão sendo submetidos à análise do Supremo Tribunal Federal, para que ele se manifeste quanto à inconstitucionalidade destes regimentos internos (LOPES, 2009, p. 95-96).

Quanto à Resolução nº 13/2006, a sua constitucionalidade é interrogada no Supremo Tribunal Federal, uma vez que “[...] ela viola o art. 22, I, da CF, por legislar sobre matéria processual penal”, conforme explica Fábio Motta Lopes (2009, p. 96).

Diante do exposto, em virtude do princípio da legalidade, bem como da ausência de dispositivo legal autorizador, a atuação do Ministério Público na investigação é vedada.

8.4.3 Princípio da Paridade de Armas

É levantado pela doutrina, como argumento contrário à atuação ministerial, o princípio da paridade ou igualdade de armas, que nada mais é do que a concessão, equivalente, a ambas às partes, de meios justos e efetivos de participação no procedimento, de modo que uma das partes não pode ter seus poderes expandidos, de forma interminável, reduzindo assim os poderes da outra.

No ordenamento jurídico brasileiro, vigem os princípios do contraditório, da ampla defesa, da igualdade nas relações jurídicas processuais etc. Diante disso, entra em cena

o princípio da paridade de armas, cujo estado ideal a ser promovido é a equidade entre as partes durante o processo, de modo que a garantia concedida a uma das partes, não pode prejudicar a outra.

Nesse contexto, ensina Fábio Motta Lopes (2009, p. 98): “Conceder ao MP, pessoal e diretamente, a produção de provas na fase pré-processual fere o princípio da paridade de armas [...]”.

Acusação e defesa estão em pé de igualdade na relação jurídica processual. Entretanto, ao conceder a legitimidade ao Ministério Público para desempenhar atos investigatórios, se estaria prejudicando a defesa. Conforme Fábio Motta Lopes (2009, p. 98-99): “[...] No processo penal, a criação de uma parte polivalente, leva ao patente desequilíbrio entre acusação e defesa, derrubando a igualdade de armas das partes na batalha travada em juízo”.

Fábio Motta Lopes (2009, p. 98) sintetiza expondo: “[...] é indispensável que se garanta no processo penal a equidade entre as partes, situação consubstanciada na igualdade de armas entre acusação e defesa”.

8.4.4 Imparcialidade

A imparcialidade é outro argumento alegado pela doutrina contrária à investigação ministerial.

Quem adota este entendimento, defende a tese de que o órgão responsável pelas atividades investigatórias deve se mostrar imparcial.

Deste modo,

[...] mostra-se perigosa a acumulação das funções de apuração e de acusação sobre um mesmo órgão estatal, criando o risco da parcialidade no investigador – seja ele policial, promotor de justiça ou Magistrado -, que poderá adotar um ponto de vista desde o início das investigações e manter-se avesso a quaisquer outras alternativas que possam surgir ao longo do procedimento (LOPES, 2009, p. 99)

Pondera ainda a doutrina desfavorável que, em um Estado Democrático de Direito, não se pode admitir a prática direta de atividades investigatórias pelo Ministério Público, vez que estará descaracterizada a impessoalidade do órgão acusatório (2009, p. 99).

Essa imparcialidade do Ministério Público pode causar um dano significativo ao acusado, réu. Conforme as lições de Fábio Motta Lopes (2009, p. 99-100):

Sendo o *Parquet* parte, impossível lhe exigir neutralidade ou imparcialidade durante a fase pré-processual, razão pela qual não se pode aceitar que possa, isoladamente, investigar infrações penais, por restar evidente a tendência de selecionar aquilo que interessar apenas à acusação. Mostra-se inconcebível, portanto, a tese de que uma parte, ao investigar, seja imparcial [...]

Assim sendo, não é possível a legitimidade autônoma do Ministério Público nas atividades persecutórias, por força da ausência de imparcialidade.

8.4.5 Escolha dos Casos a Serem Investigados

Há autores que defendem a possibilidade da atuação do Ministério Público na investigação criminal. Porém, essa atuação não se dá em qualquer hipótese, mas sim em situações específicas, sendo que cada doutrinador, elenca uma hipótese de atuação.

De tal modo, ensina Fábio Motta Lopes (2009, p. 100):

[...] aceita a tese da investigação ministerial, o MP selecionaria, principalmente em razão da falta de estrutura, os casos que seriam apurados, escolhendo-os ao seu bel-prazer. Não existiria um critério para se definir em quais situações atuaria, ficando essa decisão ao alvedrio do órgão de acusação e gerando “incertezas e confusões”

Justamente nesse contexto é que se emerge a impossibilidade da investigação ministerial, uma vez que, com a ausência de regulamentação legal, a hipótese de atuação do membro do Ministério Público ficará a seu próprio critério, sobretudo, nos casos em que há grande repercussão nos canais de imprensa, com o propósito de receber promoções pessoais (LOPES, 2009, p. 100).

Nesse prisma, colham-se os ensinamentos de Tourinho Filho (2010, p. 343):

“[...] sempre que o Ministério Público procede a investigações [...] ele procura, apenas, as provas que lhe interessam e os casos que têm repercussão [...] embora devesses agir com absoluta imparcialidade, mesmo porque, sendo o Estado o titular do direito de punir, repugna-lhe uma condenação iníqua.

Nas palavras de Fábio Motta Lopes (2009, p. 101): “[...] a escolha de fatos que deem repercussão na mídia como parâmetro para as investigações ministeriais não é nada criteriosa”. Em seguida, expõe: “[...] é preocupante a postura de promotores de justiça que promovem a divulgação nos órgãos de imprensa, precipitada e injustamente, dos resultados de investigações preliminares [...]”.

8.4.6 Inexistência de Controle Externo das Atividades do Ministério Público

Conforme analisado anteriormente, a atividade investigatória da Polícia Judiciária submete-se a um controle externo, cujo exercício é atribuição do Ministério Público.

Diante disso, a atividade investigatória do membro do Ministério Público é questionada, uma vez que não há dispositivo legal que regule essa atividade, embora alguns doutrinadores apresentem o mandado de segurança e o *habeas corpus* como instrumentos de controle (LOPES, 2009, p. 102)

Quanto à inexistência de controle das atividades investigatórias ministeriais, colham-se as lições de Fábio Motta Lopes (2009, p. 102): “Assumida a investigação pelo *Parquet*, possuirá o órgão ministerial um poder sem controle, permitindo-se a uma das partes a colheita de provas e, posteriormente, o desencadeamento da ação penal ao seu talante”.

Dentro dessa falta de fiscalização do Ministério Público, é levantada outra situação que inviabiliza a investigação ministerial, qual seja, a concentração das funções de execução e fiscalização. Nesse sentido,

[...] Não se pode conferir a uma instituição a função de exercer o controle de outro órgão e, ao mesmo tempo, autorizar que pratique os mesmos atos atribuídos à organização controlada. Portanto, a realização de investigação direta pelo MP seria incompatível com a função de controle (LOPES, 2009, p. 103)

Ou seja, o Ministério Público fica impedido de realizar as atividades investigatórias, uma vez que uma de suas funções é controlar, fiscalizar as mesmas.

O simples fato do Órgão Ministerial estar autorizado a exercer o controle externo das investigações policiais, não lhe confere o direito de também atuar nas atividades investigatórias. Segundo os ensinamentos de Fábio Motta Lopes (2009, p. 103): “O controle

externo da atividade policial foi regulamentado por meio do art. 9º da Lei Complementar nº 75/1993. Em nenhum dos incisos do dispositivo citado, porém, consta que poderá o MP apurar um fato, em tese, criminoso”.

8.4.7 Titularidade da Ação Penal

De acordo como artigo 129, I, da Constituição Federal, ao Ministério Público pertence à titularidade da ação penal pública, o que não significa que detém a legitimidade de exercer as investigações preliminares, como observa Fábio Motta Lopes (2009, p. 106).

A titularidade da ação penal:

[...] impede a atuação ministerial no campo pré-processual, por serem os promotores de justiça interessados na colheita de provas desfavoráveis aos investigados e desinteressados naquelas que lhes possam trazer benefícios (LOPES, 2009, p. 106)

Destarte, torna-se insustentável a teoria dos poderes implícitos, já estudada, pois “essa tese só existiria no silêncio da CF, e o Texto Constitucional possui norma expressa que consagra o sistema de investigação policial, limitando a atuação do MP, na etapa pré-processual, à requisição de diligências e de inquérito policial”, conforme o escólio de Fábio Motta Lopes (2009, p. 106-107).

Continua ponderando o referido doutrinador: “De fato, em matéria de investigação criminal, a CF é explícita, determinando que se trata de uma tarefa das polícias judiciárias [...]”.

Ademais, sem definir o que venha ser o “mais” ou o “menos” de uma função, a Carta Magna apenas delimita o âmbito de atribuição de cada órgão estatal, os quais só atuam, quando expressamente autorizados por ela (LOPES, 2009, p. 107).

8.4.8 Outros Argumentos Afins

A partir do momento em que é conferido a um só órgão, amplos poderes, abre-se precedentes para a incidência de desvios de condutas, abusos, irregularidades. Por esse ensejo, nas palavras de Fábio Motta Lopes (2009, p. 108):

[...] o critério de atribuir, durante a *persecutio criminis*, as funções de investigação e de acusação a órgãos distintos – polícia judiciária e MP, respectivamente – preserva os indivíduos do poder de persecução do Estado, coadunando-se melhor com o sistema acusatório

Vale dizer, cada órgão deve exercer sua função dentro do que lhe foi estabelecido, sem interferir na esfera de atuação de outro órgão.

Portanto, o Ministério Público fica impedido de desempenhar atividades investigatórias, uma vez que:

[...] por terem a CF e as leis infraconstitucionais, no campo da instrução criminal pré-processual, conferido ao órgão ministerial o poder requisitório e incumbido as polícias judiciárias da realização de investigações, impossível a execução de diligências pelo MP de maneira autônoma, em obediência às limitações impostas pelo garantismo (LOPES, 2009, p. 109)

No sentido contrário às atividades investigatórias desempenhadas pelo Ministério Público está Fernando da Costa Tourinho Filho (2010, p. 343). Para ele, “A função de investigar foi reservada à Polícia (art. 144)”. Dispõe seu magistério:

É como dispõe o nosso Pacto Fundamental. Sabe-se que na França, Alemanha, Espanha, Itália, Estados Unidos, por exemplo, confere-se ao Ministério Público o direito de investigar. Entre nós, não, salvo se houver emenda constitucional. Ademais, sabemos que os nossos Delegados de Polícia têm a mesma formação universitária dos membros do Ministério Público. São Bacharéis em Direito. Por que, então, diminuir as atividades da Polícia e aumentar as do Ministério Público?

Quanto aos problemas de corrupção nos órgãos policiais, Fábio Motta Lopes (2009, p. 110) defende que: “[...] eventuais problemas nas polícias judiciárias não transferem a outras instituições a atribuição de investigar delitos, nem subsidiariamente”.

Por fim, cabe ressaltar que as investigações desempenhadas por membros do Ministério Público, bem como todos os atos que delas procederem, terão sua nulidade

decretada, uma vez que ferem à Constituição e às leis infraconstitucionais (LOPES, 2009, p. 110-111).

Assim, a atuação do Ministério Público na investigação criminal é ilegal e, portanto, inconstitucional.

8.5 Posicionamento do Autor

No nosso entendimento é inteiramente admissível a atuação direta do Ministério Público na investigação criminal, levando em consideração a presença de inúmeros argumentos, sobretudo, partindo-se dos critérios da legalidade e da necessidade.

Embora parte da doutrina entenda ser incabível a realização das atividades investigatórias pelo Ministério Público, por conta da falta de dispositivo constitucional ou legal que assim autorize, a nosso entender, esse argumento cai por terra diante dos vários dispositivos citados anteriormente.

Primeiramente, o artigo 127, ao estabelecer, como destinação constitucional do Ministério Público, a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses individuais indisponíveis, esta concedendo legitimidade ao Ministério Público para desempenhar atividades investigatórias.

Isso ocorre porque ao atuar diretamente na investigação, o *Parquet*, por consequência, está agindo na defesa da parte do ordenamento jurídico que lhe foi atribuído por lei, assim como está atuando em favor dos interesses sociais, isto é, dos interesses da sociedade, cumprindo, portanto, com sua função constitucional.

Outro argumento plausível, dentro do critério da legalidade, é o disposto no artigo 129, inciso IX, que autoriza o Ministério Público a exercer, além das funções apontadas nos demais incisos, qualquer outra função que lhe for conferida, desde que seja compatível com sua finalidade.

Ora, é evidente que a função investigatória é compatível com as finalidades do Ministério Público, como por exemplo, com a formação da *opinio delicti*.

A participação direta na investigação criminal, irá ajudar o promotor a formar sua convicção de uma forma mais concreta, mais clara, pois tendo contato com os elementos probatórios, poderá sanar eventuais dúvidas que surgirem a respeito da forma como ocorreu o

crime e de natureza do crime, da presença de agravantes ou atenuantes, se o agente agiu em legítima defesa ou não etc.

Nos termos do disposto no parágrafo único, do artigo 4º, do Código de Processo Penal, outrossim, é possível dizer que a lei autorizou o Ministério Público a desempenhar atividades investigatórias, já que o Ministério Público é considerado autoridade administrativa.

Quanto à investigação criminal ser atribuição exclusiva da polícia judiciária, por força do inciso IV, do § 1º, do artigo 144, da Constituição Federal, não ha que se considerar uma justificativa razoável, tendo em vista dois argumentos.

Primeiro, porque quando a Constituição determinou ser competência exclusiva da Polícia Federal a função de polícia judiciária da União, não quis dizer que ela possui a exclusividade da investigação criminal em sentido amplo. Na verdade, a vontade do legislador foi que, perante um crime, onde há interesse da União em jogo, frente a outros órgãos policiais, somente a Polícia Federal é que pode atuar nas investigações criminais, não impedindo, com isso, a atuação do Ministério Público. Até porque, a Lei Maior não fez o mesmo quando tratou das atribuições da Polícia Civil.

Segundo, por conta do princípio da universalização das investigações, ou seja, não há órgão nenhum que detenha a exclusividade da investigação criminal.

Diz a Constituição Federal, em seu artigo 127, que o Ministério Público é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, isto é, sua função é fazer valer o acesso ao Judiciário, direito inerente a todo brasileiro.

Destarte, atuando na investigação criminal, o Ministério Público estará cumprindo sua finalidade constitucional, qual seja, de órgão essencial à justiça. Para que a sociedade tenha um acesso à Justiça mais efetivo, é viável e conveniente, que o Ministério Público realize pessoalmente as diligências e, tenha um contato direto com os elementos de prova.

Valter Foleto Santin (2001, p. 240-241), no tocante ao acesso à Justiça, ressalta a importância do Ministério Público na investigação criminal, em virtude das falhas que podem sobrevir com as atuações policiais. Segundo ele: “[...] O acesso à Justiça não pode ficar prejudicado pela ineficiência ou demora de outro órgão público na investigação do crime”.

Isso não quer dizer, contudo, que o Ministério Público é um órgão perfeito e, que sua atuação não conterà falhas.

A doutrina favorável à atuação do Ministério Público pondera a cerca do princípio da imediação, ou seja, do contato direto do Ministério Público, com os elementos probatórios, com as diligências investigativas.

Justificativa extremamente relevante, já que o contato direto levará o Ministério Público saber, aprofundadamente e com mais convicção, qual destino dar ao procedimento, isto é, se é caso de arquivamento ou de oferecimento da denúncia. Ademais, esse contato direto também irá colaborar com o princípio da celeridade processual.

A doutrina, cujo entendimento é contrário à atuação do órgão ministerial na investigação, alega que esta atuação, feriria a imparcialidade.

A nosso ver, no entanto, não há qualquer lesão à imparcialidade do órgão acusador, uma vez que, atualmente, ao receber o inquérito policial e, verificar que não está comprovada a materialidade ou a autoria delitiva, ou ambos, o promotor deverá, obrigatoriamente, posicionar-se no sentido de arquivar o mesmo.

Além disso, o juiz sim, ao realizar atos investigatórios, estará ferindo a imparcialidade, já que trata-se do órgão julgador, daquele que irá decidir, efetivamente, o destino do réu. O Ministério Público por sua vez, é o representante da sociedade, advogado do povo, não tem competência de decidir nada. Portanto, cabe ao juiz, com imparcialidade, analisar quem tem razão, se o acusador, ou se o acusado.

Conforme se pode verificar, no direito comparado, é quase que unanimidade a presença do Ministério Público na investigação criminal, ora agindo de forma autônoma, ora em conjunto com a polícia e, ora presidindo as atividades investigatórias, tendo a polícia como auxiliadora.

Cumprir destacar o sistema processual americano, onde a investigação criminal é desempenhada tanto pela polícia, quanto pelo Ministério Público, sendo que o *Parquet* detém amplos poderes investigatórios.

A nossa proposta é justamente esta. Transpor do Direito Americano esse modelo de sistema de investigação criminal, onde Polícia e Ministério Público atuem conjuntamente, buscando sempre o acesso à Justiça, sem que haja contendas entre os dois órgãos, por conta de inveja, ganância por poder etc.

Com a atuação em conjunta dos dois órgãos estatais da persecução criminal teremos, com certeza, um procedimento mais célere, mais efetivo, no sentido de desvendar os crimes, mais respeitado em todos os aspectos.

Para Valter Foleto Santin (2001, p. 281):

É perfeitamente aceitável que os dois órgãos atuem na investigação preliminar, em concorrência de atribuições: a polícia fica encarregada das investigações normais e tradicionais e o Ministério Público [...] incumbido subsidiariamente da investigação preliminar em casos envolvendo crimes praticados por policiais, por autoridades governamentais, crimes financeiros [...]

Embora com alguns julgados isolados, os Tribunais Superiores, vem se posicionando no sentido de ser admissível a investigação criminal pelo Ministério Públicos sob os mais variados argumentos, já analisados nos tópicos anteriores.

8.6 Considerações Quanto à Atuação do Ministério Público na Investigação Criminal

Primeiramente, convém salientar que, com a atuação do Ministério Público na investigação criminal, não se quer a presidência do inquérito policial remetida para o promotor. Pelo contrário, o inquérito policial continua sendo elaborado e presidido pelo Delegado de Polícia. Nem tampouco, se pretende retirar ou diminuir as funções atribuídas à Polícia Judiciária.

A finalidade de permitir que o Ministério Público atue nas atividades investigatórias, é colaborar com o procedimento criminal, em todos os seus aspectos, conforme analisado exhaustivamente.

Insta ponderarmos a respeito das hipóteses em que será permitida a investigação criminal pelo Ministério Público. Tanto a lei, quanto a doutrina, apresentam hipóteses em que o Ministério Público poderá atuar na investigação criminal.

A Lei Complementar Federal nº 75/1993 e a Lei nº 8.625/1993 dispõem ser possível a investigação criminal desempenhada pelo membro do Ministério Público, na hipótese de crime cometido por seus membros.

Já a doutrina, entende ser admissível a atuação investigatória do Ministério Público nos crimes cometidos por pessoas comuns, isto é, “por indiciados sem foro especial”, expressão utilizada por Valter Foleto Santin (2001, p. 256). Para este doutrinador:

A possibilidade de investigação criminal pelo Ministério Público não se restringe aos delitos envolvendo os membros da instituição [...] O Ministério Público também pode investigar crimes praticados por pessoas diversas dos seus membros, vale dizer os delitos envolvendo cidadãos comuns, cuja atribuição investigatória incumbe normal e principalmente à instituição policial. A atividade do Ministério Público na

investigação criminal envolvendo indiciado sem foro especial é subsidiária e complementar à função da polícia

Nessa hipótese, a fim de instrumentalizar a investigação, o Ministério Público poderá utilizar-se dos seus próprios recursos, ou seja, os procedimentos referentes à sua função, nos termos do artigo 129, VI, da Constituição; artigo 26, I e II, da Lei nº 8.625/1993 e artigo 7º, I, da Lei Complementar nº 75/1993 (SANTIN, 2001, p. 256).

Atualmente, o Ministério Público tem atuado com maior frequência nas investigações relativas a crimes praticados no âmbito da infância e da juventude, mormente pelas características do indivíduo que comete a infração.

O promotor participa diretamente das diligências investigatórias, tendo contato direto com os elementos probatórios, principalmente no tocante ao contato com o menor infrator, com a vítima e com as testemunhas. Caso seja necessário, o promotor poderá requisitar a realização de diligências complementares à polícia judiciária ou, ele mesmo realizá-las (SANTIN, 2001, p. 258).

Segundo Valter Foletto Santin (2001, p. 258):

A experiência tem demonstrado a inegável utilidade da medida, dando condições para uma rápida movimentação da máquina judiciária, sem perda de tempo desnecessário e inútil com produção de elementos informativos unilaterais, que depois devem ser repetidos em Juízo, para atendimento aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa

Portanto, infere-se que na esfera da infância e da juventude, se está conseguindo alcançar, com a investigação criminal desempenhada diretamente pelo membro do Ministério Público, a efetivação do princípio da celeridade, do amplo acesso à Justiça etc., pois, nas palavras de Valter Foletto Santin (2001, p.258) "[...] A ação por ato infracional de adolescente é rapidamente intentada pelo Ministério Público e permite um julgamento mais célere pelo Judiciário". No primeiro caso, verifica-se o acesso à Justiça, ao passo que no segundo, o princípio da celeridade.

Tourinho Filho (2010, p. 344) defende a idéia de que, nos crimes comuns, como furto, estelionato, lesão corporal, a legitimidade para realizar as atividades investigatórias seria da Polícia. Por sua vez "Para os fatos mais importantes da vida nacional e envolvendo pessoas de projeção, afasta-se a Polícia e passa a atuar Sua Excelência o membro do Ministério Público".

Entendemos ser possível a atuação do Ministério Público em todas as hipóteses que foram analisadas. Porém, o mais correto e viável, seria a criação de uma lei,

regulamentando as situações em que será possível a atuação do Ministério Público nas atividades investigatórias.

A delimitação das hipóteses dependerá sempre do caso concreto, podendo levar em consideração a gravidade do crime, a repercussão que ele causou, a complexidade do caso, questões atinentes ao interesse público em sentido amplo.

Valter Foletto Santin (2001, p. 281) menciona alguns exemplos em que a atuação do Ministério Público se torna relevante. São eles:

[...] crimes praticados por policiais, por autoridades governamentais, crimes financeiros, delitos de organização criminosa, crimes contra os direitos humanos e outros que pela importância dos autores ou das vítimas ou da repercussão social, clamor público e do especial interesse dos meios de comunicação recomendem uma especial atenção do Ministério Público [...]

Esses crimes, geralmente, causam repugnância na sociedade e, demandam uma investigação mais apurada, profunda. Nesse prisma, se torna de extrema importância a união das forças policiais e ministeriais, deixando de lado eventuais dissensões institucionais, com o intuito de buscar melhor resultado nas persecução ao crime.

9 CONCLUSÃO

Tendo em vista tudo o que foi explanado e, diante da proporção que gerou o tema estudado, é possível concluir que alguns conceitos em nosso ordenamento devem ser repensados, sobretudo no tocante a investigação criminal e suas peculiaridades.

Conclui-se que o Ministério Público é uma das instituições estatais mais importantes em uma sociedade moderna, uma vez que, à luz da Constituição Federal, incumbe-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais, além de ser essencial ao acesso à Justiça.

Destarte, a sociedade, muitas vezes desprovida de conhecimento ou de recursos, terá na figura do Ministério Público seu amparo, em face de eventual lesão que possa estar padecendo. Vale dizer, a sociedade não pode ser privada da atuação do Ministério Público, pois será a mais beneficiada com o cumprimento efetivo das destinações constitucionais do *Parquet*.

Embora haja inúmeros entendimentos, no sentido de obstar a atuação ministerial na investigação criminal, alegando ser atividade exclusiva da Polícia Judiciária, bem como violação à imparcialidade, é certo que o Ministério Público tem sim, legitimidade para desempenhar atividades investigatórias.

Tanto constitucionalmente, quanto legalmente, é permitido ao órgão acusatório a atuação nas investigações preliminares, já que sendo o titular da ação penal pública, nada mais correto e viável que ter acesso direto aos elementos probatórios, a fim de formar sua *opinio delicti* com maior precisão.

O monopólio da investigação criminal da Polícia Judiciária caiu por terra, em face do princípio da universalização das investigações, pelo qual o rol dos órgãos legitimados a realizar atos investigatórios ganhou um maior alcance, sendo que neste rol, encontra-se o Ministério Público.

Ademais, o Código de Processo Penal, expressamente, autoriza outras autoridades administrativas, fora do âmbito Policial, a atuarem na investigação criminal.

Tendo em vista o aumento da criminalidade, o desenvolvimento das entidades criminosas, a complexidade dos crimes, muitas vezes difíceis de desvendar, e o entendimento ultrapassado de que somente a Polícia Judiciária pode investigar, infere-se ser plenamente possível a atuação do Ministério Público na investigação criminal.

A legitimidade do Ministério Público atuar na investigação criminal já é entendimento majoritário na doutrina e, nos tribunais, tudo se encaminha para o mesmo posicionamento, levando em consideração a súmula 234 do Superior Tribunal de Justiça, bem como as decisões dos demais Tribunais, principalmente o entendimento já prolatado na segunda turma do Supremo Tribunal Federal.

O que se pretende com a atuação do *Parquet* nas atividades investigatórias não é a presidência do inquérito policial e, muito menos diminuir ou retirar as funções da Polícia Judiciária. O inquérito continua sendo presidido pelo Delegado de Polícia, e nenhuma função será retirada das mãos dos órgãos policiais, que continuarão atuando na investigação dos crimes.

O que se pretende com este trabalho, na realidade, assim como ocorre no sistema investigatório dos Estados Unidos, é propor uma atuação em conjunto, isto é, Ministério Público e Polícia, ambos órgãos estatais da persecução penal, atuando atrelados na defesa da sociedade.

No sistema brasileiro, é necessária uma aproximação do Ministério Público das investigações preliminares e, conseqüentemente da Polícia Judiciária, com a finalidade de se buscar a celeridade e a eficácia tanto das investigações, quanto da ação penal, de modo a satisfazer o interesse da sociedade.

Por derradeiro, infere-se ser possível a atuação do Ministério Público nas atividades investigatórias realizando todas as diligências que achar necessária, para que possa, através de um contato direto com os elementos probatórios, desenvolver sua *opinio delicti*, sem que haja dúvidas.

Para tanto, é necessário ainda que o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal, se pronuncie, definitivamente, a favor da legitimidade do Ministério Público na investigação criminal, através da edição de uma súmula vinculante, de modo a surtir efeitos contra todos os órgãos estatais, obrigando-os a reconhecerem essa legitimidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **O processo criminal brasileiro**. 3. ed., aum. Rio de Janeiro: Typ. Baptista de Souza, 1920. v.2

ARAÚJO, Bartolomeu. **Persecução penal pré-processual**. Porto Alegre: Fabris, 2005. 111 p. ISBN 85-7525-308-5

BARBOSA, Manoel Messias. **Inquérito policial: doutrina, prática, jurisprudência**. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Método, 2004. 222 p. ISBN 85-86456-84-5

BECHARA, Fabio Ramazzini. **Legislação especial: interesses difusos e coletivos, ação civil pública, inquérito civil, improbidade administrativa, consumidor, meio ambiente**. São Paulo: Saraiva, 2005. 123 p. (Coleção curso & concurso) ISBN 85-02-04991-7

BISCAIA, Ederson José. **O Inquérito Policial no âmbito das Polícias Militares Estaduais**. Disponível em: <www.jusmilitares.com.br>. Acesso em: 20 Agosto 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, súmula n.º 234. A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia. In: VADE Mecum. 3. ed. São Paulo: Verbo Jurídico, 2009. 1646 p. ISBN 978-85-7699-184-7

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus. Procedimento investigatório realizado pelo ministério público. Presidência e condução do inquérito de forma exclusiva. Ilegitimidade do parquet. Denúncia. Ausência de documentação essencial para o deslinde da questão. Necessidade de prova pré-constituída. Constrangimento ilegal não evidenciado. HC: 125580. Relator Ministro Jorge Mussi. Rio Grande do Sul/RS. Julgamento: 25/11/2010. Publicação: 14/02/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL PENAL. Recurso especial. Ação penal. Habeas corpus. Trancamento. Ministério público. Investigação. Possibilidade. Medida cautelar. Oitiva de testemunha. Eficácia da medida ou provimento da ação penal. Contraditório e ampla defesa. Postergação do exercício. Recurso provido. HC: 778545. Relator Ministro: Arnaldo Esteves Lima. Paraná/PR. Julgamento: 20/04/2011. Publicação: 10/05/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 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. HC 91.661. Relator (a): Min. Ellen Gracie. Pernambuco-PE. Julgamento: 10/03/2009. Divulgação: 02/04/2009. Publicação: 03/04/2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. "HABEAS CORPUS" - Crimes de tráfico de drogas e de Concussão atribuídos a Policiais Civis - Possibilidade de o Ministério Público, fundado em Investigação por ele próprio promovida, formular denúncia contra referidos agentes policiais - Validade jurídica dessa atividade investigatória. HC 87610. Relator (a): Min. Celso de Mello. Santa Catarina-SC. Julgamento: 27/10/2009. Divulgação 03/12/2009 Publicação 04/12/2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo Habeas Corpus – Investigação - Poderes Do Ministério Público - Exclusividade Da Polícia Judiciária - Inexistência - Artigo 129 Da Constituição Federal – Precedentes. HC: 0082642-50.2011.8.26.0000. Relator Ministro Amado de Faria. Santos/SP. Julgamento: 16/06/2011. Publicação: 13/07/2011.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **O Ministério Público no processo civil e penal:** promotor natural, atribuição e conflito. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995. 266p.

DEMERCIAN, Pedro Henrique. **Regime jurídico do Ministério Público no processo penal.** 1. ed. São Paulo: Verbatim, 2009. 329 p. ISBN 978-85-61996-00-0

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. 876 p. ISBN 978-85-224-6184-4

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo; SILVA, José Geraldo da; LAVORENTI, Wilson. **Código de processo penal brasileiro anotado.** Campinas: Bookseller, 2000. 9 v. ISBN 85-7468-037-0

GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. **Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público.** 2. ed., rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008. 255 p. ISBN 978-85-362-2004-8

JESUS, Damásio E. de. **Lei dos juizados especiais criminais anotada.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 178 p. ISBN 978-85-02-07502-3

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 13. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. 926 p. ISBN 978-85-02-07916-8

LOPES, Fábio Motta. A Inconstitucionalidade da Investigação Criminal Realizada pelo Ministério Público. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal.** Porto Alegre/RS, nº 57-Ago/Set/2009. Pág. 87 a 114.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **A intervenção do ministério público no processo civil brasileiro**. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998. 675 p. ISBN 85-02-00576-6

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed., atual. Campinas: Millennium, 2000. 4 v. ISBN 85-86833-22-3

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**. São Paulo: Saraiva, 1997. 208 p. ISBN 85-02-02350-0

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Ministério público**. 2. ed. São Paulo: Ed. Damásio de Jesus, 2004. 144 p. ISBN 85-88714-50-7

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O acesso a justiça e o ministério público**. 4. ed., rev, ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001. 223 p. ISBN 85-02-02775-1

MEDEIROS, Flávio Meirelles. **Do inquérito policial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. 112 p. ISBN 85-85166-18-0

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. 872 p. ISBN 978-85-7420-999-9

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Juizados especiais criminais: comentários, jurisprudência, legislação**. 4. ed., rev. atual. São Paulo: Atlas, 2000. 486 p. ISBN 85-224-1856-X

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2006-2008. 818 p. ISBN 978-85-224-4326-2

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007. 994 p. ISBN 978-85-224-4615-5

MORAES, Guilherme Braga Peña de. **Curso de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 805 p. ISBN 978-85-375-0261-7

MUCCIO, Hidejalma. **Inquérito policial: teoria e prática**. 2. ed., rev., ampl. e atual. Jaú: HM Editora, 2006. 320 p. (Temas de processo penal; 1) ISBN 85-89266-05-2

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. 498p.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 822 p. ISBN 978-85-375-0486-4

PACHECO, Denilson Feitoza. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 5. ed., rev., ampl. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2008. 1023 p. ISBN 978-85-7626-268-8

PROENÇA, Luis Roberto. **Inquérito civil: atuação investigativa do Ministério Público a serviço da ampliação do acesso à justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 197 p. ISBN 85-203-2054-6

ROCHA, Luiz Carlos. **Investigação policial: teoria e prática**. São Paulo: Saraiva, 1998. 197 p. ISBN 85-02-02515-5

SAMPAIO, Patrícia Gomes. **Histórico Da Investigação Criminal No Brasil: Dos Tempos De Império À Discussão Da IC Realizada Por Membro Do MP**. Disponível em: <www.artigonal.com>. Acesso em: 05 Maio 2011.

SANTIN, Valter Foletto. **O ministério público na investigação criminal**. 2. ed., rev. e ampl. Bauru: EDIPRO, 2007. 351 p. ISBN 978-85-7283-587-9

SANTIN, Valter Foletto. **O ministério público na investigação criminal**. 1. ed. Bauru: EDIPRO, 2001. 319 p. ISBN 85-7283-328-5

SAUWEN FILHO, João Francisco. **Ministério público brasileiro e o estado democrático de direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 254 p. (Biblioteca de teses ISBN 85-7147-111-8

SILVA, José Geraldo da. **O inquérito policial e a policia judiciária**. Campinas: Bookseller, 2000. 740 p. ISBN 85-86310-98-0

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 23. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 1498 p. ISBN 85-309-1807-X

SOUZA, Motauri Ciocchetti de. **Ação civil pública e inquérito civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. ISBN 85-02-04764-7

TÁVORA, Nestor; ANTONNI, Rosmar. **Curso de direito processual penal**. 2. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2009. 926 p. ISBN 85-77-61125-6

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, Gen, 2009. v.1 (790 p.) ISBN 978-85-309-2832-2

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 32. Ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2010. 711 p. ISBN 978-85-02-08993-8

VADE Mecum. 3. ed. São Paulo: Verbo Jurídico, 2009. 1646 p. ISBN 978-85-7699-184-7