

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO

**IMPOSSIBILIDADE DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PELO
MINISTÉRIO PÚBLICO**

Soraia Aparecida da Silva Aquotti

Presidente Prudente/SP
2008

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO

**IMPOSSIBILIDADE DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PELO
MINISTÉRIO PÚBLICO**

Soraia Aparecida da Silva Aquotti

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Marcus Vinicius Feltrim Aquotti.

Presidente Prudente/SP
2008

IMPOSSIBILIDADE DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Trabalho de Monografia aprovado com requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Marcus Vinicius Feltrim Aquotti
Orientador

Sandro Marcos Godoy

Arnaldo Vicente Erani Gonino

Presidente Prudente/SP, _____ de _____ de 2008.

O temor do Senhor é o princípio do saber.
(Provérbios 1:7)

Dedico este trabalho ao meu amado esposo Marcus Vinícius, a minha princesinha Ana Carolina, a minha mãe Jaires, e a todos àqueles que buscam uma justiça imparcial.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente a Deus pelas muitas bênçãos que tem me concedido, mesmo não sendo merecedora, em sua infinita bondade tem cuidado de mim, por nunca me abandonar, e me sustentar todas as vezes que encontrei obstáculos. Toda honra e toda glória seja dada a Ele, Senhor da minha vida.

Ao meu esposo, Marcus Vinícius, que é meu orientador e foi meu mestre em Direito Penal por três anos, meu maior incentivador, por acreditar em mim, pela paciência, companheirismo, pela dedicação na busca da minha felicidade e da nossa filha, e pelo imenso amor que tem tido para comigo.

A minha filha Ana Carolina, benção de Deus na minha vida, que tanto foi privada de minha companhia para que eu chegasse nesta etapa do curso.

A minha mãe Jaires por estar sempre do meu lado nos momentos em que mais precisei, e aos meus sogros Édina e Moacir, por me incentivar, apoiar e auxiliar, nesta trajetória.

A todos os meus amigos e colegas, por compartilharem comigo das tristezas e alegrias.

Ao Dr. Sandro e ao Dr. Arnaldo por aceitarem compor a minha banca examinadora, com tanto carinho e disposição.

A todos, meus sinceros agradecimentos.

RESUMO

O presente trabalho buscou analisar a questão relativa a atribuição legal para a realização da investigação criminal, o órgão com atribuição constitucional para desempenhar tão importante papel. O objetivo dessa pesquisa foi analisar a legislação e a doutrina sobre a questão da investigação criminal e a sua conseqüente formalização, além de ser visto o posicionamento jurisprudencial sobre o assunto, mostrando que são totalmente equivocados os argumentos que tentam defender a possibilidade de que outro órgão, além da Polícia Judiciária, possa realizar tal atribuição, tratando-se de inconstitucional as tentativas do Ministério Público de forjar tal atribuição através de normas impróprias para tratar do assunto, sendo que é imperativo constitucional que somente por lei complementar é que tal atribuição pode ser conferida, em caráter excepcional, a algum outro órgão que não seja a Polícia Judiciária, como no caso do Inquérito Parlamentar, Militar ou Civil.

Palavras-chave: Investigação Criminal. Atribuição Constitucional. Polícia Judiciária.

ABSTRACT

The present work looked for to analyze the relative subject to the legal attribution for the accomplishment of the criminal investigation, the organ with constitutional attribution to play such important part. The objective of that research was to analyze the legislation and the doctrine on the subject of the criminal investigation and his consequent formalização, besides the positioning jurisprudencial to be seen on the subject, showing that they are totally mistaken the arguments that try to defend the possibility that other organ, besides the Judiciary Police, it can accomplish such attribution, being treated of unconstitutional the attempts of the Public prosecution service of forging such attribution through inappropriate norms to treat of the subject, and it is imperative constitutional that only for complemental law it is that such attribution can be checked, in exceptional character, the some other organ that is not the Judiciary Police, as in the case of the Inquiry Parliamentary, Military or Civil.

Keywords: Criminal investigation. Constitutional attribution. Judiciary police.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 ORIGEM DO INQUÉRITO POLICIAL NO DIREITO BRASILEIRO E BREVE ANÁLISE DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL	10
2.1 Antigüidade	11
2.2 Idade Média	14
2.3 Brasil.....	18
2.3.1 Origens	18
2.3.2 Atualidade.....	20
3 ESPÉCIES DE PROCEDIMENTO PARA FORMALIZAÇÃO DE PROVAS	22
3.1 Inquérito Policial Militar	22
3.2 Inquérito Parlamentar	22
3.3 Inquérito Civil	23
3.4 Inquérito Policial	24
3.4.1 Conceito e Finalidade	24
3.4.2 Natureza e Características do Inquérito Policial.....	25
4 DA POLÍCIA JUDICIÁRIA	28
4.1 Conceito.....	28
4.2 Origem.....	28
4.3 Atribuições	30
5 DO MINISTÉRIO PÚBLICO	32
5.1 Conceito.....	32
5.2 Origem.....	33
5.3 Atribuições	34
6 IMPOSSIBILIDADE DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO	36
7 CONCLUSÃO	52
BIBLIOGRAFIA	54

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a impossibilidade de investigação criminal por parte do Ministério Público, analisando os textos legais, o entendimento doutrinário e jurisprudencial, principalmente diante do disposto na Constituição Federal de 1988.

Foram utilizados os variados métodos de pesquisa no intuito de realizar a pesquisa sobre a origem histórica do Inquérito Policial e da investigação criminal, sendo aquele o corpo onde se formaliza toda a investigação levada a efeito quando da prática de uma infração penal.

Também se pesquisou sobre os inquéritos extra-policiais que, por previsão expressa da lei, podem ser realizados por outros órgãos que não a Polícia Judiciária, mais especificamente os inquéritos policiais militares, inquéritos parlamentares, inquérito civil.

Foi necessário fazer uma abordagem sobre as atribuições da Polícia Judiciária e do Ministério Público, haja vista que são as instituições mais próximas da atividade de persecução penal, sendo ambas as instituições que atuam no combate das infrações penais, com o objetivo de buscar a verdade real e comprovar a responsabilidade criminal do delinqüente ou até mesmo comprovar a inocência do cidadão injustamente acusado.

Por fim, foi realizada a pesquisa no sentido de embasar o núcleo do trabalho, ou seja, o objeto central do estudo e da presente pesquisa, qual seja a impossibilidade da prática da atividade de investigação criminal por parte do Ministério Público. Nesse ponto a pesquisa foi realizada junto a doutrina atual, buscando também o entendimento jurisprudencial, principalmente do Supremo Tribunal Federal, no intuito de mostrar que a quem pertence, legalmente, a atividade de investigação criminal, e conseqüentemente, a formalização de tal atividade.

2 ORIGEM DO INQUÉRITO POLICIAL NO DIREITO BRASILEIRO E BREVE ANÁLISE DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

O Inquérito Policial, segundo Carlos Alberto Marchi de Queiroz (2000, p. 27), originou-se no Direito brasileiro com a promulgação do Decreto nº 4824, de 22 de novembro de 1871, que regulamentou a Lei 2033, de 20 de setembro de 1871.

O Inquérito Policial, com esse *nomem iuris*, e características fundamentais próprias, originou-se no Direito brasileiro a partir do desdobramento e evolução do sumário de culpa elaborado pelos Juizes de Paz à época da promulgação do Decreto 4.824, de 22 de novembro de 1871, que regulamentou a Lei 2.033, de 20 de setembro do mesmo ano. Assim, Há quase século e meio, o Inquérito Policial é instrumento oficial da *persecutio criminis extra-judicio*.

Também no Código de Processo Penal de 1941 encontramos a instituição do Inquérito Policial, como instrumento de formalização da investigação criminal, sendo mantido neste diploma legal como garantia democrática ao cidadão contra acusações precipitadas e infundadas.

Na Constituição Federal de 1988 os princípios e dispositivos processuais penais referentes ao Inquérito Policial foram totalmente recepcionados, continuando a serviço do cidadão e do Estado Democrático de Direito, com o fim de evitar abusos.

Conforme lição do Professor e Delegado de Polícia Carlos Alberto Marchi de Queiroz (2000, p. 27):

Com a promulgação do Código de Processo Penal, em 1941, o inquérito foi mantido devia à sua característica democrática, como instrumento de garantia do cidadão contra as acusações apressadas e infundadas. Surge, então o Inquérito Policial cujas formas, reguladas pelo diploma adjetivo, tomaram de empréstimo as do próprio processo penal.

Por tais motivos é que na Constituição Federal de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, os princípios processuais que orientam o Inquérito Policial foram totalmente recepcionados, já que é o único instrumento de defesa contra eventuais abusos advindos de juízo precipitados. Note-se que o estigma provocado por uma ação penal contra determinado indivíduo pode perdurar toda a vida e, por isso, a acusação deve possuir fundamento fático e jurídico suficientes para ser promovida, o que, em regra geral, somente se consegue através do Inquérito Policial. Pelos mesmos princípios garantistas, a Constituição Federal, no seu artigo 144, IV, parágrafo 4º, determinou que as polícias civis devem ser dirigidas por Delegados de

Polícia de carreira, garantia do cidadão de que não será investigado aleatoriamente ao talante de qualquer pessoa que se intitule autoridade, mas por profissional, bacharel em Direito, legalmente constituído e responsável perante os poderes instituídos.

2.1 Antigüidade

As bases do inquérito policial da forma como é conhecido atualmente iniciam-se na era romana, onde o acusador recebia do magistrado uma comissão, com poderes para o inquérito e com a fixação de um prazo para proceder às diligências.

Esta comissão, verdadeira delegação do Poder Judiciário, dava ao acusador o direito de dirigir-se aos lugares, coligir indícios, visitar e ouvir testemunhas, notificá-las para o comparecimento no dia do julgamento, proceder o arresto de documentos e coisas necessárias à prova, tirar cópias e requerer autenticações e, mesmo, proceder a buscas e apreensões, penetrando na casa do acusado e de seus amigos. Esta *inquisitio* era contraditória, pois o acusado podia, no seu interesse, proceder a semelhantes diligências.

Assim, diferentemente do que se propõe atualmente, a investigação era promovida pela a vítima ou o ofendido, ou seu familiar ou representante, que deveria colher os elementos de prova para a acusação posterior. Depois, à falta do acusador, competia ao juiz, *ex officio*, realizar a inquirição e a acusação nos crimes.

Os *Irenarch*, os *Curiosi*, os *Stationari*, agentes da Polícia Imperial, eram encarregados de percorrer incessantemente todas as partes do território, com a missão especial de investigar os crimes; para isso, foram investidos no poder de prender os indiciados e seus cúmplices, interrogá-los, coligir esclarecimentos, e esse inquérito, reduzido a autos escritos, era transmitido, com os indiciados, à autoridade judiciária. E o juiz, recebendo este inquérito, dava-lhe continuidade.

Na época imperial de Roma, a *inquisitio*, limitada a atos de investigação e de segurança, era realizada antes da *accusatio*, para assegurar a repressão dos crimes. Posteriormente, foi conferida ao procônsul ou chefe das províncias a atribuição de proceder *ex officio*, mesmo sem *acusatio*, até o ponto de ser o processo levado à audiência do julgamento, isto é, apenas para os atos da instrução; levado o processo à audiência, era imprescindível a nomeação de um *acusator*.

Entende o mestre João Mendes de Almeida Júnior (1959, p.07), que tal procedimento é o “*germe do sistema misto, modernamente adotado*”.

Em verdade, nele distinguem-se, as duas fases – inquisitiva e acusatória – assim: a primeira de que seria formado o inquérito policial, quando são levantados os elementos de prova do crime e sua autoria; e a segunda, em que se encontra o processo criminal, no qual desenvolve-se o contraditório e o juiz sentencia.

Neste campo, esclarece o Professor Hélio Tornaghi (1977, p.23) que:

O germe da Polícia judiciária só aparece com a instituição da ‘inquisitio generalis’ indagação feita pelo Estado e não deferida a particulares e que não visava a ninguém em especial, mas a todos em geral, dando assim a denominação generalis. Somente quando terminado o inquérito (inquisitório "gerais") e se o autor da infração se tornasse conhecido, é que seria ele acusado do crime. Passava-se, então, à indagação específica de sua responsabilidade (inquisitório specialis); era a instrução judicial.

Evidentemente, o nosso inquérito policial tem suas raízes no processo inquisitorial, a ser tratado logo a seguir, e continua com essa característica, embora tendo os seus traçados em lei.

A história do Direito Penal, como preleciona Magalhães Noronha (1991, p.20), “é a própria história da humanidade. A aplicação desse Direito substantivo é, de longa data, tão importante quanto o Direito definidor de crimes.”

Os gregos pregavam a distinção entre os crimes públicos e os crimes privados. Como os primeiros afetavam, não só a vítima imediata, como toda a coletividade, a sua repressão não era reservada apenas ao ofendido, mas sim, ao Estado. Quanto aos crimes privados, como o gravame ocorreu apenas para o ofendido, sua repressão dependia exclusivamente deste.

No entanto, os juizes, diz Véiez Mariconde, citado por Fernando da Costa Tourinho Filho (1994, p.61), posicionavam-se como meros espectadores de uma luta leal entre as partes; votavam sem deliberar. A decisão era tomada por maioria de votos. Quando havia empate, o acusado era absolvido.

Como os gregos, os romanos também distinguiam os delitos públicos dos delitos privados.

Os germânicos, de igual forma, faziam a mesma distinção.

No ensinamento de Fernando da Costa Tourinho Filho (1994, p.66):

Até o século XII, o processo era de tipo acusatório: não havia juízo sem acusação. O acusador devia apresentar aos bispos, arcebispos ou oficiais encarregados de exercerem a função jurisdicional a acusação por escrito e oferecer as respectivas provas. Punia-se a calúnia. Não se podia processar o acusado ausente.

Do século XIII em diante desprezou-se o sistema acusatório, estabelecendo-se o inquisitivo. Muito embora Inocêncio III houvesse consagrado o princípio de que *tribuns modis processi possit: per accusationem, per denuntiationem et per inquisitionem*, o certo é que, somente as denúncias anônimas e a inquisição se generalizaram, culminando o processo inquisitivo, per *inquisitionem*, em tomar-se comum[...]

O juiz procedia *ex officio* e em segredo. Os depoimentos das testemunhas eram tomados secretamente. O interrogatório do imputado era precedido ou seguido de torturas. Regulamentou-se a tortura: deve cessar quanto o imputado expresse a vontade de confessar. Se confessasse durante os tormentos e, para que a confissão seja válida, deve ser confirmada no dia seguinte.

Não era dada nenhuma garantia ao acusado e uma simples denúncia anônima era suficiente para se iniciar um processo. Não se permitia defesa, sob a alegação de que esta poderia criar obstáculos na descoberta da verdade. O Santo Ofício, Tribunal da Inquisição, instituído para reprimir a heresia, o sortilégio etc., era por demais temido.

O sistema inquisitivo, estabelecido pelos canonistas, pouco a pouco dominava as legislações laicas da Europa Continental, convertendo-se em verdadeiro instrumento de dominação política.

Nos ensinamentos de Hélio Tornaghi (1977, p.8-18), "o processo penal se apresenta, através da história, sob três formas diferentes conhecidas pelos nomes: - acusatória; - inquisitória; e - mista".

Analisaremos cada uma delas a fim de estabelecermos um paralelo entre a forma inquisitória e o inquérito policial.

2.2 Idade Média

Segundo Nicolau Eymerich (1993, p.186):

O sistema inquisitorial, surgido na Idade Média, por volta de 1.200, tinha como base a autoridade papal para proceder contra os blasfemadores, lançadores de sorte, necromantes, excomungados, apóstatas, cismáticos, neófitos que retomaram aos erros anteriores, judeus, infiéis que viviam no meio dos cristãos, invocadores do diabo. De maneira geral, o inquisidor procedia contra todos os suspeitos de heresias.

“O inquisidor era tido como um juiz delegado, uma vez que tinha poder sobre o que lhe foi delegado pelo Papa.” (EYMERICH, 1993, p. 186)

Toda e qualquer ameaça à fé católica era averiguada pelo Santo Ofício.

Alexandre Herculano (1993, p. 24-103) diz que:

Durante os doze primeiros séculos da Igreja foi aos bispos que exclusivamente incumbiu-se vigiar pela pureza das doutrinas religiosas dos fiéis. Era isso para eles, ao mesmo tempo, um dever e um direito que resultavam da índole do seu ministério[...] Esta era a doutrina e a praxe dos bons tempos da Igreja. Um tribunal especial e estranho à hierarquia eclesiástica, incumbido de examinar os erros de crença que a ignorância ou a maldade introduziam; um tribunal que não fosse o do pastor da diocese, encarregado de descobrir e condenar as heresias, seria, nos séculos primitivos, uma instituição intolerável e moralmente impossível. E, todavia, esse tribunal, se nalguma parte houvera então existido, não teria sido na essência senão aquela instituição terrível que, ajuntando ao monstruoso da origem e natureza a demência das suas manifestações e atrocidades das suas fórmulas, surgiu no seio do catolicismo durante o século XIII, e que veio com o nome de Inquisição ou Santo Ofício, a cobrir de terror, de sangue e de luto quase todos os países da Europa Meridional e, ainda, transpondo os mares, a oprimir extensas províncias da América e do Oriente.

A instituição do Santo Ofício nasceu frágil e desenvolveu-se gradual e lentamente. Criada subitamente, embora o fosse com menos atribuições que as adquiridas depois, durou pouco tempo. Já antes do século XII, as comissões chamadas sínodos, que constituíam nos diversos distritos de cada diocese uma espécie de Tribunais dependentes do bispo, tinham a seu cargo proceder contra os hereges. Essas comissões, porém, depois de o qualificarem como tais e de lhes aplicarem a excomunhão, deixavam o resto à ação do poder civil. Há, na verdade, exemplos de condenarem os Juizes seculares os hereges ao último suplício, embora nenhuma lei da Igreja, nem de direito romano lhe impusesse maior pena do

que o confisco dos bens: todavia, no meio do fanatismo que inspirava semelhante crueldade, o sistema de processo contra os delinquentes desta espécie não tinha analogia alguma com o que depois a Inquisição adotou. Não havia Juizes especiais para investigarem e apurarem os fatos: serviam para isso os tribunais ordinários. O acusado assistia aos atos do processo, dava-se-lhe conhecimento de todas as acusações, facilitavam-se-lhe os meios de defesa, e nada se lhe ocultava. Era inteiramente o inverso das praxes posteriores; e, ainda assim, pode-se dizer que a Igreja, era, até certo ponto, estranha à imposição de penas aflitivas e ao derramamento de sangue com que mais de uma vez se manchou a intolerância religiosa antes do século XII.

Escrevendo a Donato, procônsul da África, Santo Agostinho declarava-lhe positivamente que, continuando-se a punir de morte os donatistas, os bispos cessariam de denunciar, ficando eles, assim, impunes, e que, se queria que as leis se cumprissem, era necessário usar em tais matérias de moderação e brandura.

Segundo José Geraldo Silva (2000, p.23):

Depois da queda do império romano, até os fins do século XI, as heresias e os hereges foram raros, e nesses mesmos casos a Igreja limitou-se aos castigos espirituais, às vezes remidos por um sistema de penitência que equivalia às multas por delitos civis. Se a repressão material se julgava oportuna, essa continuava a ser regulada pela lei civil e aplicada pela magistratura civil. O século XII viu pulular muitas discórdias religiosas, filhas de várias causas, sendo as principais a luta dos imperadores com os papas, luta nascida da desmesurada ambição de alguns pontífices e da corrupção extrema a que haviam chegado os costumes de clerezia, consistindo, por isso, inicialmente, a maior parte dessas heresias na negação da autoridade eclesiástica. A opinião reagia contra os excessos do clero; mas, como sucede em todas as reações, ultrapassava, não raro, os limites do justo [...]. As coisas tinham chegado a termos que as pessoas prudentes procuravam evitar as discussões em matérias de fé, e, até o papa Alexandre III, escrevendo a Geroho, prior de Reichsberg, lhe ordenava se abstinésse de debater pontualidades e ápices da doutrina religiosa, porque desses debates, só se tirava o caírem em erros de fé as inteligências apoucadas e rasteiras”.

Segundo José Geraldo Silva (2000, p.24):

A Constituição promulgada por Lúcio III, em 1184, é considerada por alguns escritores como a origem e gérmen da Inquisição. Aquele ato do poder papal, expedido de acordo com os príncipes seculares, ordena aos bispos que, por si, pelos arcebispos, ou por comissários de sua nomeação, visitem uma, ou duas vezes, por ano as respectivas dioceses, a fim de descobrir os delitos de heresia, ou por fama pública ou por denúncias particulares. Nessa Constituição aparecem já as designações de suspeitos, convencidos, penitentes e relapsos, com que se indicavam diversos graus de culpabilidade religiosa, com diversas sanções penais. Todavia, conserva-se aí ainda pura a distinção dos dois poderes, limitando-se a Igreja aos castigos espirituais e deixando ao poder secular a aplicação de outras penas.

Ainda segundo José Geraldo Silva (2000, p.25):

Foi, verdadeiramente, no século XIII que começou a aparecer a Inquisição, como entidade, até certo ponto, independente; como instituição alheia ao episcopado. Ativo, consciente dos imensos deveres e, por conseqüência, dos direitos do pontificado e resolvido a reconquistar para a Igreja a preponderância que lhe dera Gregório VII e a restaurar a severidade da disciplina, meio indispensável para obter aquele fim, Inocêncio III não se mostrou, nem devia se mostrar, menos ativo na matéria das dissidências religiosas do que nas questões disciplinares. Não se contentou com excitar o zelo dos bispos. No sul da França e, ainda, nas províncias setentrionais da Espanha, apesar das providências tomadas anteriormente, a heresia lavrava cada vez mais possante, favorecida -por diversas causas.

Os nomes de inquisidores da fé tinham sido dados aos diversos legados do Papa, mas nem tal designação importava o mesmo que depois veio a significar, nem eles constituíam um verdadeiro tribunal, com fórmulas especiais de processo.

Os decretos do imperador Frederico II, promulgados entre 1220 e 1224, para a repressão das heresias vieram dar novo vigor e, em grande parte, absolver, revestindo-o de sanção legal, o sistema de intolerância sanguinária adotado contra os dissidentes.

De acordo com José Geraldo Silva (2000, p.25-26):

O ano de 1220 é a verdadeira data do estabelecimento da Inquisição. O legado do Papa Gregório IX, Romano de Santo Ângelo, ajuntou nesse ano (1229) um concílio provincial em Tolosa. Promulgaram-se aí quarenta e cinco resoluções conciliares, dezoito das quais eram especialmente relativas aos hereges ou suspeitos de heresia. Estatuiu-se que os arcebispos e bispos nomeassem em cada paróquia um clérigo, com dois, três ou mais assessores seculares, todos juramentados para inquirirem da existência de quaisquer heresiarcas ou de alguém que os seguissem ou protegessem e para os delatarem aos respectivos bispos ou aos magistrados seculares, tomando as necessárias cautelas para que não pudessem fugir. Ao mesmo tempo, Luiz IX promulgava um decreto, não só acorde na substância com as provisões do concílio tolosano, mas em que, também, se ordenava o suplício imediato dos hereges condenados, e se cominavam as penas de confisco e infâmia contra os seus fautores e protetores. Assim, o espírito da legislação de Frederico II, que dominava já na Alemanha e numa parte da Itália, estendia-se agora à França e tornava muito mais tremendas as providências tomadas na Assembléia de Tolosa.

Fosse, porém, qual fosse o caráter de cruel intolerância que predominava naquele conjunto de leis civis e canônicas, havia, ainda, uma diferença profunda entre essas inquisições, e a instituição que, posteriormente, se deu o mesmo nome, no século XVI e nos seguintes.

Á medida que os tribunais da Inquisição se multiplicavam, as reações contra o seu bárbaro procedimento multiplicavam-se. A tolerância e a resignação evangélicas tinham sido completamente banidas. A Inquisição, que era forte, tinha o cadafalso e a fogueira: a heresia, que era fraca, tinha o punhal.

Ainda segundo José Geraldo Silva (2000, p.29):

É no final do século XV que podemos fixar o estabelecimento da Inquisição como tribunal permanente, com superintendência exclusiva sobre todas as aberrações da doutrina católica e revestida dos caracteres e tendências que nos séculos seguintes lhe conciliaram tão triste celebridade. Foi então que o episcopado se resignou a perder de todo, na prática ao menos, uma das suas mais importantes funções e um dos mais sagrados direitos, quebra deplorável da antiga disciplina da Igreja, contra a qual apenas nos aparecem depois de raras inúteis protestações de um ou de outro prelado que ousava ainda lembrar-se das prerrogativas episcopais.

Helena Cláudio Fragoso (1985, p.32-33), entende que:

[...] a penitenciária é de inspiração nitidamente eclesiástica. Defendeu a Igreja a mitigação das penas (*Ecclesia non sinit sanguinem*). Os tribunais eclesiásticos nunca aplicavam a pena de morte, entregando o réu que deveria sofrê-la aos tribunais seculares. Parece certo que, em seu ulterior desenvolvimento, afirmou-se a maior severidade dos tribunais eclesiásticos, especialmente com a Inquisição, que fez largo emprego da tortura, escrevendo negra página na história do direito penal. O processo inquisitório surgiu com o Concílio de Latrão, em 1215, e possibilitava o procedimento de ofício, sem necessidade de prévia acusação, pública ou privada.

Em 1163, no Concílio de Tours, na França, o Papa Alexandre III ordenou que o clero procurasse os hereges com base em inquéritos, com a ajuda de testemunhas juramentadas. Durante um período de cerca de cinquenta anos (de 1163 a 1215), houve processos inquisitoriais em andamento. No século XIII, a Inquisição atuava em toda a Europa, excetuando-se na Escandinávia e na Inglaterra. Diferentemente dos casos tratados nos tribunais civis, os acusados nunca eram informados quem eram os seus acusadores. Se as ofensas fossem consideradas leves, penalidades bastante insignificantes eram baixadas, geralmente envolvendo formas de penitência. Mas, os alegados crimes, que usualmente nada mais envolviam, senão diferenças de opinião doutrinária que eram pesadamente punidos, com encarceramento, banimento e até morte, para nada dizemos sobre indescritíveis torturas sofridas pelas vítimas. O mais incrível é que, em 1253, o Papa Inocêncio IV autorizou oficialmente o uso de torturas, no processo dos interrogatórios.

Os governos civis davam seu apoio à Igreja, encetando buscas que levaram a excessos notórios de arbitrariedade. Na Espanha, a Inquisição mostrava-se altamente organizada, tendo sido eficaz e devastadora, porquanto atuava sobre a autoridade direta do Rei. E estendeu seus braços maliciosos contra a América Latina, uma vez descobertas e colonizadas as Américas. A Inquisição espanhola foi estabelecida em 1480, e só foi abolida em 1834; o Santo Ofício da Inquisição foi estabelecido em Roma, em 1542, tendo prosseguido até 1965, quando foi substituído pela Congregação da Doutrina da Fé, que é uma inquisição que não se utiliza de meios violentos. O Santo Ofício de Roma ordenou que Bruno fosse executado na fogueira, o qual, por isso mesmo, tornou-se um dos mártires da filosofia. Também teve a duvidosa distinção de julgar e condenar Galileu Galilei. (CHAPLIN E BENTES, 1991, p.338-339)

2.3 Brasil

2.3.1 Origens

Em nosso país, os atos preparatórios de investigação, demonstrativos da apuração material do ato ilícito e típico, bem como algum indício de autoria, que precedem o inquérito policial, tem como denominação a “formação da culpa”. Em outras palavras:

Com pontualidade, já se afirmou: Formação do corpo de delito e **formação da culpa** são, pois, em sentido lato, aspectos de uma só coisa: formação do delito na consciência do juiz. Se considerarmos os elementos instrutores, sob o ponto de vista objetivo, cuidamos de formação do corpo de delito (entenda-se: verificação da tipicidade concreta); se os levarmos em conta, porém sob o ponto de vista subjetivo da responsabilidade criminal, cuidamos de formação da culpa (compreenda-se:

suficiente para, no processo, acusar e levar a julgamento). Por isso designa na consciência do julgador. A formação da culpa preparatória, ou ainda prévia, corresponde à instrução preparatória. (PITOMBO, 2000. p. 16)

Segundo nos relata José Guilherme Raimundo (2000, p. 23):

Nos anais da história desta peça inquisitiva, foi criado pela Lei n. 261, de 3 de dezembro de 1841, a qual dispunha, em um de seus capítulos, sobre a competência das autoridades policiais em enviarem aos juízes dados investigatórios e esclarecimentos para que estes analisassem os fatos, a fim de darem início ao processo. Com o Decreto n. 4.824, de 22 de novembro de 1871, ele foi aperfeiçoado.

José Guilherme Raimundo (2000, p. 13):

Assim, como nos mostrou o citado autor, o Inquérito Policial foi reconhecido pela criação da Lei n. 261 acima citada, na vigência do Código de Processo Criminal, de 1832, que era assumidamente liberalista, segundo a convicção política da época e que necessitava de uma reforma urgente, frente o aumento da criminalidade no país. Desta forma, o legislador nacional sancionou a Lei ora em comento, buscando uma “norma eficaz que combatesse a criminalidade, além dos atos de política preventiva e repressiva, cuja polícia era eletiva, exercida pelos juízes de paz, subjugada pelos políticos.

Diante de tais reformas, houve no país diversos movimentos manifestadamente contrários a edição da nova Lei, como nos relata o autor:

Diante dessa aprovação, ocorreram movimentos contrários, em São Paulo, mais precisamente na cidade de Sorocaba, comandados pelo brigadeiro RAFAEL TOBIAS DE AGUIAR E CASTRO e pelo padre DIOGO FEIJÓ. Em Minas Gerais, Barbacena foi o centro de onde se expandiu a revolta, chefiada pelo Dr. TEÓFILO BENEDITO OTÔNI.

LUIS ALVES DE LIMA E SILVA, na época Barão de Caxias, ao comandar as forças legalistas, sufocou a rebelião.

A polícia foi dividida em administrativa e judiciária, por força do Regulamento n. 120, de 31 de janeiro de 1842, bem como deu a devida regulamentação às suas atribuições. (Raimundo (2000, p. 13-14)

A seguir, mais precisamente em 20 de setembro do ano de 1871, foi feita a edição da Lei n. 2.033 que introduziu alterações na legislação judiciária, diminuindo as atribuições das autoridades policiais.

Na lição da doutrina vimos ainda que em 22 de novembro do mesmo ano, foi publicado o Decreto n. 4.824, que teve como finalidade a regulamentação da Lei n. 2.033, com a formalização definitiva do instituto do Inquérito Policial, em especial em seu art. 42, que até nossos dias é acolhida pela legislação penal. Raimundo (2000, p. 13-14)

No Brasil, na época, cada Estado possuía o seu próprio Código de Processo Penal, porém, em todos foi adotado o inquérito policial, como procedimento para a apuração dos crimes, com a presidência dos Delegados de Polícia.

2.3.2 Atualidade

Como visto, o Brasil em matéria processual penal adotou o sistema acusatório, pois o processo penal é eminentemente, contraditório, onde se assegura ao acusado ou réu o princípio da ampla defesa, direito esse, assegurado pela nossa Magna Carta de 1988, em seu art. 5.º, a, XLIX, LIV, LXIII e LXIV.

Já o inquérito policial possui um caráter inquisitório, pois, não obstante, seja permitido ao indiciado, obter assistência de um advogado. O mesmo não poderá fazer a defesa de seu cliente na fase investigatória, pois inexistente o princípio do contraditório na fase do inquérito policial, muito embora lhe seja permitido indicar testemunhas ou solicitar certas diligências, podendo, no entanto, a autoridade policial decidir sobre a sua realização ou não (art. 14 CPP), respeitado sempre o interesse maior da sociedade (art. 20 CPP).

Como esclarece Ismar Estulano Garcia (1987, p. 8):

O inquérito não é processo, constituindo-se simplesmente num procedimento administrativo. Como não poderia deixar de ser, seu caráter é inquisitivo, tendo o presidente do inquérito poderes discricionários (limitados pelo direito), mas não arbitrários, para conduzir as investigações.

Conforme esclarece o Prof. José Frederico Marques (2000, p. 156). *"Ao contrário do que pensam alguns, não se deve tolerar um inquérito contraditório, sob pena de fracassarem as investigações policiais, sempre que seja um caso de difícil elucidação"*.

Diz-se inquisitório o inquérito policial, pelo simples motivo de que a

autoridade policial preside as investigações necessárias sobre o fato criminoso e conseqüente autoria, com alguma discricionariedade. Fato é que o art. 107 do CPP dispõe que não se poderá opor suspeição às autoridades policiais nos autos de inquérito, mas deverão elas declarar-se suspeitas quando ocorrer motivo legal.

Finalizando citamos Paulo Lúcio Nogueira (1986, p.26), quando este confirma o inquérito policial como procedimento inquisitivo:

É uma peça investigatória porque se destina a fazer investigações sobre o fato criminoso e sobre seu autor. Não tem rito preestabelecido para sua elaboração, mas deve obedecer a certa ordem, com o interrogatório do indiciado depois de colhidas certas provas. Também chamado inquisitivo por causa da discricionariedade da autoridade que comanda as investigações.

Posto isto, a doutrina majoritária traça algumas características ou facetas do inquérito policial, quais sejam:

- 1)Discricionariedade, temperada, da autoridade policial, a qual preside aos atos investigatórios do inquérito policial;
- 2)Como ainda não se formou a acusação contra o indiciado, cujo próprio nome já diz que não é sujeito processual, mas tão somente objeto de investigações, inexistente o princípio do contraditório;
- 3)É assegurado, ao indiciado, o direito de assistência de um advogado, o qual participa mas não intervém nos atos investigatórios, quer seja na oitiva de testemunhas, na colheita de provas, ou no interrogatório do indicado;
- 4)Todos os atos do inquérito policial são escritos, atualmente através da datilografia;
- 5)Resguarda-se um certo sigilo, caso contrário, atrapalharia o curso das investigações, isto porque o princípio da publicidade se aplica, tão-somente, ao processo penal, e como o Inquérito é uma peça preparatória da ação penal, não tem como compatível o mencionado princípio. (SILVA, 2000, p.43-44)

Esta é a questão apresentada sob o ponto de vista da doutrina majoritária em nosso país. Apesar de termos algumas ressalvas em alguns pontos apresentados, em especial no que trata do processo investigatório no Brasil, reservamos espaço para tais esclarecimentos nos próximos capítulos quando então nos ateremos às apresentações das garantias constitucionais do investigado.

3 ESPÉCIES DE PROCEDIMENTO PARA FORMALIZAÇÃO DE PROVAS

3.1 Inquérito Policial Militar

É um procedimento inquisitivo, administrativo, feito para apuração de crimes militares próprios, que são aquelas infrações previstas no Código Penal Militar, sendo que tal procedimento está previsto no Código de Processo Penal Militar, de acordo com o Decreto Lei 1002 de 21.10.1969, publicado no dou. 21.10.1969, onde em seu artigo 9 caput traz o seguinte conceito:

O inquérito policial militar é a apuração sumária de fato, que, nos termos legais, configura crime militar, e de sua autoria. Tem o caráter de instrução provisória, cuja finalidade precípua, é a de ministrar elementos necessários à propositura da ação penal. (Lei 1002, 1969)

Segundo Fernando da Costa Tourinho Filho (1992, p. 175), tal inquérito nada mais é do que investigações levadas a cabo pelas autoridade militares para apurar a existência de crime da alçada da Justiça Militar e suas respectiva autoria (fls. 175)

3.2 Inquérito Parlamentar

A Constituição Federal prevê a possibilidade de instauração de procedimentos de natureza investigatória, com o fim de apuração de fato determinado e com poderes das autoridades judiciais, sendo que no artigo 58, parágrafo 3º da Constituição Federal assim está previsto o Inquérito realizado pelas comissões parlamentares de inquérito:

As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para 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. (CF,2000, 51)

Portanto o Inquérito Parlamentar, segundo José Geraldo da Silva (1996, p. 88) é presidido por Parlamentar da União, Estado ou Município, e que procede a investigações de grande vulto, fiscalizando atos praticados pelos agentes da Administração Pública, assim consagrado pela Constituição Federal.

Ainda segundo consagra Pinto Ferreira apud Tiago Batista Freitas (2000):

Comissão de Inquérito é a comissão nomeada por uma Câmara, composta por membros desta, e que agem em seu nome para realizar um inquérito ou investigação sobre determinado objetivo. Este objeto pode ser um determinado fato ou conjunto de fatos alusivos a acontecimentos políticos, a abusos ou ilegalidade da administração, a questões financeiras, agrícolas, industriais, etc., a tudo que interesse à boa atividade do Parlamento.

3.3 Inquérito Civil

O Inquérito Civil é um procedimento preparatório para a Ação Civil Pública, nos casos que em que haja interesses difusos e coletivos. É presidido pelo membro do Ministério Público, sendo sua existência prevista na Constituição Federal, no art. 129, III, que dispõe: São funções institucionais do Ministério Público: III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Trata-se de um procedimento inquisitivo, preparatório da ação civil, que conforme Fernando da Costa Tourinho Filho (1992, p. 175) tem por objetivo, colher elementos para propor a ação civil pública, afirmando o citado doutrinador que:

Tal Inquérito, presidido pelo órgão do Ministério Público, tendo por objetivo, 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.

Desta forma fica evidenciado que a Constituição Federal não trouxe nenhuma previsão legal para a instauração de outro procedimento investigatório pelo Ministério Público, principalmente no que tange a investigação criminal, pois se fosse essa a intenção do legislador constitucional, em sendo nossa Constituição Federal analítica e não sintética, teria ele inserido expressamente tal possibilidade, o que será analisado mais detidamente em capítulo futuro.

3.4 Inquérito Policial

3.4.1 Conceito e Finalidade

O Inquérito Policial é um procedimento criminal inquisitivo, destinado a formalizar a investigação criminal realizada pela Polícia Judiciária, ou seja, é o corpo onde são registradas e catalogadas as provas colhidas durante a apuração das infrações penais cometidas, sendo seu conceito, segundo ensinamento de Júlio Fabrini Mirabete (2004, p. 82):

Inquérito Policial é todo procedimento policial destinado a reunir os elementos necessários à apuração da prática de uma infração penal e de sua autoria. Trata-se de instrução provisória, preparatória, informativa, em que se colhem elementos por vezes difíceis de obter na instrução judiciária, como auto de flagrante delito, exames periciais etc.

A finalidade do Inquérito Policial é então a colheita de provas que deve ser feita sempre que uma infração penal é praticada, para se buscar a verdade real, princípio de direito processual penal, e assim se comprovar a autoria e materialidade da infração penal praticada pelo infrator da lei penal.

Serve o Inquérito Policial de subsídio para fundamentar a decisão segura e correta do Ministério Público, ao propor uma ação penal, quando são reunidas provas contra o autor da infração penal ou mesmo no caso de propor o arquivamento da investigação realizada, quando se comprova a inocência do cidadão que estava sendo investigado, como também serve o Inquérito Policial para embasar a decisão serena e tranqüila do Magistrado ao aceitar a denúncia ou arquivar os autos de Inquérito Policial, além de servir de supedâneo para a decisão final do Juiz, ao sentenciar, posto que muitas provas ali colhidas são irrepetíveis.

Augusto Modin (1967, p. 50) afirma com muita propriedade que o Inquérito Policial bem fundamentado pode ser uma peça imprescindível para a busca da verdade real, da mesma forma que um Inquérito Policial mal elaborado pode ser um grande desserviço para a sociedade.

Júlio Fabrini Mirabete (2004, p. 82), afirma, quanto a finalidade do Inquérito Policial que:

Seu destinatário imediato é o Ministério Público (no caso de crime que se apura mediante ação penal pública), ou o ofendido (na hipótese de ação penal privada), que com ele formam sua opinião delicti para a propositura da denúncia ou da queixa. O destinatário mediato é o Juiz, que nele também pode encontrar fundamentos para julgar. Diz o artigo 12 do CPP que o “inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra”.

3.4.2 Natureza e Características do Inquérito Policial

O Inquérito Policial é procedimento administrativo informativo, não sendo processo, nem se confundindo com a instrução criminal, posto que o Código de Processo Penal diferencia Inquérito Policial e a instrução criminal claramente.

Júlio Fabrini Mirabete (2004, p. 82) diz sobre o Inquérito Policial que:

Constitui um dos poucos poderes de autodefesa que são reservados ao Estado na esfera de repressão ao crime, com caráter nitidamente inquisitivo, em que o réu é simples objeto de um procedimento administrativo, salvo em situações excepcionais em que a lei o ampara (formalidades do auto de prisão em flagrante, direito de permanecer calado, etc.).

O Inquérito Policial possui algumas características, sendo a primeira delas a discricionariedade, posto que a Autoridade Policial que preside o Inquérito Policial tem uma certa liberdade ou faculdade de colher a prova e formalizar dentro do procedimento criminal sem uma formalidade pré-estabelecida, havendo assim, como ensina Júlio Fabrini Mirabete (2004, p. 83) “uma faculdade de operar ou deixar de operar, dentro, porém, de um campo cujos limites são fixados estritamente pelo direito”.

É possível a Autoridade Policial deferir ou indeferir provas, os atos de polícia judiciária são auto- executáveis, ou seja, não precisam de autorização prévia do Poder Judiciário, estando apenas sujeito ao controle jurisdicional, como qualquer decisão ou ato administrativo.

O Inquérito Policial também tem como característica ser escrito, sendo que o artigo 9º do CPP determina que todas as peças do Inquérito Policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas.

Também é característica do Inquérito Policial ser sigiloso, o que muitas vezes é imprescindível para a correta apuração da infração penal e a comprovação da autoria e materialidade, característica que é defendida arduamente pelo iminente professor Frederico Marques, na sua obra Elementos de Direito Processual Penal, advogando o ilustre mestre pela necessidade do sigilo no Inquérito Policial para se chegar a bom termo quanto a elucidação da autoria e materialidade da infração cometida.

Júlio Fabrini Mirabete (2004, p. 83) também leciona nesse sentido, afirmando que: “..o sigilo no inquérito policial, necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade tem ação benéfica, profilática e preventiva, tudo em benefício do Estado e do cidadão”. Afirma ainda o mesmo doutrinador que o sigilo não se estende ao Ministério Público, que pode acompanhar os atos investigatórios, inclusive de acordo com os arts. 26, IV e 41, VIII da LONMP, nem ao Judiciário. Já quanto ao advogado, Júlio Fabrini Mirabete (2004, p. 83) entende que:

O advogado só pode ter acesso ao inquérito policial quando possua legitimatio ad procedendum e, decretado o sigilo em segredo de Justiça, não está autorizada sua presença a atos procedimentais diante do princípio da inquisitorialidade que norteia nosso Código de Processo Penal quanto à investigação.

Há que se lembrar ainda que o advogado, de acordo com o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, tem direito de manusear e consultar os autos, findos ou em andamento, e a Constituição Federal, em seu artigo 5º, LXIII, assegura ao preso a assistência de advogado, não havendo dúvidas de que o advogado poderá acompanhar a produção das provas e requerer providências e até diligências necessárias para a busca da verdade real e no interesse do preso, que será submetida a decisão da autoridade policial.

Há também a característica de que é obrigatória a instauração do Inquérito Policial nos crimes de ação penal pública, devendo instaurar de ofício, tão logo tenha conhecimento da prática da infração penal, no caso de ação penal pública incondicionada, sendo então indisponível, pois uma vez instaurado o procedimento criminal, não pode ser arquivado pela Autoridade Policial, sendo que, no caso de ação penal pública condicionada, deverá ter a condição de procedibilidade preenchida, qual seja a representação da vítima. Já no caso de ação penal privada, deverá ter o requerimento do ofendido para que seja instaurado o procedimento criminal.

4 DA POLÍCIA JUDICIÁRIA

4.1 Conceito

O termo polícia vem do grego "*politéia*" e do latim "*politéia*", que segundo Barbosa (2004, p. 15), significa constituição do Estado, forma de governo, de administração. Posteriormente passou a ser órgão estatal encarregado da prevenção, repressão e investigação de crimes.

Segundo Valter Foletto Santim (2001, p. 51), é o instrumento do Estado usado para manter a segurança pública, ordem pública e incolumidade de pessoas e patrimônio, sendo indelegável à particulares, segundo dizeres de Júlio Fabrini Mirabete (2004, p. 79).

Neste sentido, o artigo 144 da Constituição Federal, preceitua que:

Art. 144: A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I-polícia federal; II-polícia rodoviária federal; III-polícia ferroviária federal; IV-polícias civis; V- polícias militares e corpo de bombeiros.

A Magna Carta, em seu artigo 5º, caput, garante a todos os cidadãos o direito, entre outros, à segurança pública, e o instrumento utilizado para garantia deste direito é a polícia.

4.2 Origem

Segundo José Geraldo da Silva (1996, p. 45) afirma que:

A função policial em si tem as mais altas e longínquas origens. Encontramo-la descrita pelos povos considerados como os que alcançaram o maior grau de civilização na fase primaveril da história da humanidade: os egípcios e os hebreus.

No Egito, a polícia já era considerada como uma das instituições mais importante do povo, isso no período do Faraó Menés, (José Gerado da Silva, 1996, p. 45).

Os hebreus, desde o êxodo, já tinha pessoas destacadas para realizarem a função de policiamento em cada uma das doze tribos, e segundo José Geraldo da Silva (1996, p. 46):

[...]depois do estabelecimento na Terra da Promissão, pretendendo melhor policial a Jerusalém, ante o desenvolvimento que a cidade representava, lançaram esta inovação: dividiram-na em quatro partes- donde a designação primitiva de quarteirão - e confiaram cada uma delas à vigilância de um intendente de polícia, por eles denominados Sar Pelek. Entre nós, inspetor de quarteirão.

Na Grécia, segundo José Geraldo da Silva (1996, p. 46) existiam quatro jurisdições criminais, sendo a primeira a Assembléia do Povo, para os crimes mais graves, com a presença de senadores e magistrados do povo; o Aerópago, composto por 51 magistrados; Os Efetas, para crimes menores, com Juízes escolhidos pelo senado; e os Heliastas, com jurisdição comum.

Segundo os Arquivos da Polícia Silva, volume XLIV, apud José Geraldo da Silva (1996, p. 46):

O intendente de Polícia/Prefeito da cidade era o responsável pela ordem pública e pela observância das leis policiais. Em cada bairro, em seu nome, tinha um "nomofulaxe" (defensor de leis), nomeado pelos Arcontes (magistrados) e auxiliados pelos "curadores" e os ébrios às suas residências. Uma das mais altas dignidades, o exercício da atividade policial, teve, entre os seus grandes nomes, os de Platão, Aristóteles, Demóstenes, Epaminondas, Plutarco, etc.

Em Roma, segundo José Geraldo da Silva (1996, p. 47), ainda na Antiguidade, a polícia era popular e exercida por qualquer do povo, sem formalidade alguma, porém, foi percebido que isso não era salutar para a sociedade, sendo que somente no reinado de Augusto César é que a polícia se organizou dentro de uma estrutura mais sólida, sendo que foi neste momento é que foi criado o "*Profectus vigilum*", cujas funções eram as de chefe de polícia preventiva e repressiva dos incêndios, escravos fugitivos, furtos, roubos, vadiagem,

ladrões habituais ou rincidentes, em suma, das classes perigosas" (Formação Histórica da Polícia de São Paulo, Hermes Vieira, Serviço Gráfico da SSP/SP, 1965, pp 1-5, apud José Geraldo da Silva, 1996, p. 47).

4.3 Atribuições

Para Júlio Fabrini Mirabete (2004, p. 79), a polícia desempenha o papel de polícia administrativa que é responsável pela segurança, eminentemente preventiva, atuando de forma a garantir a ordem pública; e de polícia judiciária eminentemente repressiva, trabalhando na colheita de provas para elucidação do caso, fornecendo todos os elementos necessários para embasar a ação penal.

A polícia pode ser dividida em administrativa e judiciária, sendo que a primeira tem a finalidade de prevenir crimes, ou seja, garantir a ordem pública, proteger a sociedade de distúrbios, do cometimento de infrações penais, é a chamada polícia preventiva, sendo que no Estado de São Paulo é exercida precipuamente pela polícia militar, em que pese a polícia civil muitas vezes exercer o chamado policiamento preventivo especializado, voltado para evitar determinada espécie de crimes, com base em dados e informações colhidas com a investigação e com a inteligência policial. A Segunda, também chamada de polícia repressiva, é a polícia de investigação, que se destina a apurar a autoria das infrações penais e colher provas que serão levadas em juízo, para a punição dos autores dos crimes e contravenções, elabora a formalização da prisão em flagrante, executa os mandados de prisão, é um verdadeiro órgão auxiliar do poder judiciário, exercida pela Polícia Civil no âmbito estadual e pela Polícia Federal no que tange as atribuições conferidas pela Carta Magna.

Na Constituição Federal encontramos as atribuições das polícias no artigo 144, sendo que no parágrafo 1º encontramos a atribuição da Polícia Federal:

Par. 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:
I - apurar as infrações penais contra ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo dispuser a lei;

- II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;
- III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;
- IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

Quanto as polícias civis, a Constituição Federal trouxe as atribuições no mesmo artigo, no parágrafo 5º, onde diz que " 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".

Também a Constituição do Estado de São Paulo, em seu artigo 140 diz que " A Polícia Civil, órgão permanente, dirigida por delegado de polícia, bacharéis em Direito, incumbe, ressalvada a competência da União, as funções da polícia judiciária e a apuração das infrações, exceto as militares".

Vemos então que a Polícia Civil é, no âmbito estadual, a que realiza a função de polícia repressiva ou judiciária, com o fim de apurar as infrações penais tão logo elas ocorram, e assim colher provas da autoria e da materialidade a fim de levar ao Poder Judiciário e ao Ministério Público provas que permitam chegar a verdade real, com o fim também de garantir ao cidadão a imparcialidade na apuração das infrações penais, para que não seja levado ao cárcere pessoas inocentes, evitando que a precipitação e a parcialidade possam prejudicar o interesse e os direitos do indivíduo e também da sociedade.

5 DO MINISTÉRIO PÚBLICO

5.1 Conceito

Para falarmos em conceituação do que seja o Ministério Público, inicialmente podemos verificar a definição contida na Carta Magna, no artigo 127, onde diz que "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".

Aqui vemos vários aspectos do conceito do que seja o Ministério Público:

- Instituição Permanente;
- Com função essencial à função jurisdicional do Estado;
- Tendo como incumbência a defesa da ordem jurídica;
- Defesa do regime democrático;
- E dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Segundo Hugo Nigro Mazilli (1996, p. 275), a Lei Complementar 40/81 foi quem trouxe uma das primeiras definições, ficando estabelecido que o Ministério Público era "instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, responsável, perante o Judiciário, pela defesa da ordem jurídica e dos interesses indisponíveis da sociedade, pela fiel observância da Constituição e das leis". Posteriormente, foi criada a lei 8625/93, a atual Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.

5.2 Origem

Segundo Hugo Nigro Mazilli (1996, p. 2), alguns acreditam que a origem do Ministério Público seja de mais de quatro mil anos, citando um funcionário real do Egito antigo, denominado "magiaí". Sendo que o citado autor diz que:

Segundo textos descobertos nas escavações, tal funcionário era a língua e os olhos do rei; castigava os rebeldes, reprimia os violentos, protegia os cidadãos pacíficos; acolhia os pedidos do homem justo e verdadeiro, perseguindo o malvado mentiroso; era o marido da viúva e o pai do órfão; fazia ouvir as palavras da acusação, indicando as disposições legais que se aplicavam ao caso; tomava parte das instruções para descobrir a verdade.

Ainda na Antiguidade, segundo Hugo Nigro Mazilli (1996, p. 2), alguns alegam que o Ministério Público teria sua origem nos "éforos" de Esparta, ou nos "thesmotetis" ou "tesmótetas" dos gregos, ou ainda nos "advocati fisci", nos "procuradores cesaris", no "defensor civitatis", figuras existentes entre os romanos.

Na Idade Média, segundo Hugo Nigro Mazilli (1996, p. 3), também são encontrados traços históricos da instituição como:

[...] nos *saions* germânicos, ou no *bailios e senescais*, encarregados de defender os senhores feudais em juízo, ou nos *missi dominici*, ou nos *gastaldi* do direito longobardo, ou ainda no *Gemeiner anklager* da Alemanha (literalmente "comum acusador", encarregado de exercer a acusação, quando o particular permanecia inerte.

Também são citadas as *vindex religionis* do direito canônico e os *procurateurs* ou *procureurs du roi* do direito francês.

No Brasil, a Constituição Federal de 1824, a primeira, elaborado no Brasil Império, não trazia a figura do Ministério Público como instituição, sendo que a partir da Carta de 1891, a segunda constituição, sendo a primeira do Brasil República, já havia disposição sobre a escolha do procurador geral da República, sendo que, a partir desta constituição, todas as outras trouxeram o Ministério Público como instituição.

5.3 Atribuições

O Ministério Público tem, no dizer de Hugo Nigro Mazilli (1996, p. 207), funções típicas e atípicas, sendo citadas por esse doutrinador como funções típicas do Ministério Público:

Promoção da ação penal pública, da promoção da ação civil pública, da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, do zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição etc.

Cita ainda o citado doutrinador que o Ministério Público tem funções atípicas, ou seja, funções que não são próprias e ínsitas a referida instituição, tais como: "a) o patrocínio do reclamante trabalhista; b) a assistência judiciária aos necessitados onde não houver órgãos próprios; c) substituição processual das vítimas de crime nas ações *ex delicto* e do *revel ficto*, onde ainda exista essa atribuição" (Hugo Nigro Mazilli, 1996, p. 208).

Na Carta Magna de 1988, onde encontramos as disposições constitucionais que norteiam nosso direito, bem como nossas instituições democráticas, encontramos a disposição constituição referente as atribuições conferidas ao Ministério Público, estando ela no artigo 129, o qual diz que:

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

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

6 IMPOSSIBILIDADE DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

A questão encontra-se centrada na Constituição Federal, sendo vários os argumentos contrários e a favor da investigação criminal pelo Ministério Público.

Entretanto, a legislação atualmente em vigor não prevê a possibilidade de investigação criminal que não seja dentro do Inquérito Policial e realizada pela Polícia Judiciária Civil ou Federal.

A Constituição Federal trouxe no artigo 144 a atribuição das Polícias Civil e Federal, concedendo a primeira a função de exercer privativamente a atividade de Polícia Judiciária e a conseqüente investigação criminal, e a Polícia Federal o termo utilizado foi “exclusivamente”.

Diante disto, podemos observar que a Polícia Civil tem a atribuição constitucional de realizar a atividade de Polícia Judiciária, o que significa dizer que ela tem a atribuição privativa de realizar a investigação criminal, sendo o Inquérito Policial o instrumento legal para se formalizar tal investigação criminal. O termo utilizado pelo legislador constitucional mostra claramente que essa atribuição é precípua da Polícia Civil, que deve exercê-la em regra, podendo haver exceções, porém, somente nos casos previstos expressamente por lei, por exemplo nos casos de Inquérito Policial Militar, CPIs, Inquérito Civil, não havendo nenhuma previsão legal para a realização de investigação criminal em outro procedimento, como por exemplos os PACs, procedimento administrativo criminal realizado pelo Ministério Público.

Há que se ressaltar ainda que o termo utilizado pelo legislador constituinte no que se refere a atribuição da Polícia Federal realizar as atividades de Polícia Judiciária e conseqüentemente a investigação criminal, foi o termo “exclusivamente”, o que significa que o legislador foi mais longe e disse que, no que se refere a Polícia Federal, somente ela pode realizar tal atividade de investigação criminal no que se refere a Polícia Judiciária da União. Com isso, exclui-se qualquer outro órgão.

Percebe-se claramente que o legislador constitucional foi expresso em prever claramente a atribuição de cada órgão, até mesmo para preservar os direitos fundamentais do cidadão, de saber quem irá investigá-lo e de que forma isso será feito.

Se isso não bastasse, o legislador constitucional ainda trouxe o artigo 129 que prevê as atribuições do MP, e onde se percebe que não há qualquer previsão implícita e muito menos explícita para realizar investigação criminal.

Aliás, os defensores da tese de que o MP pode investigar se apegam ao termo previamente utilizado pelo legislador constitucional quando se refere a atribuição da polícia judiciária quanto a investigação criminal, porém, se esquecem que esse foi o termo também utilizado quanto a atribuição do Ministério Público na ação penal, ou seja, se a investigação criminal pode ser realizada pelo Ministério Público ou outro órgão que não seja a polícia judiciária, em razão do termo utilizado pelo legislador constitucional, também esse tem que ser o entendimento quanto a ação penal, não sendo o Ministério Público o tão ventilado "dono da ação penal", podendo estar ser proposta por iniciativa de outros órgãos ou pessoas, desde que seja criada previsão legal, a semelhança da ação penal privada e do antigo procedimento judicialiforme, que permitia a propositura da ação penal a autoridade policial (delegado de polícia), nos casos de contravenção penal.

O legislador constitucional trouxe a possibilidade do Ministério Público requisitar a instauração de Inquéritos Policiais, requisitar diligências, realizar o controle externo da atividade policial, mas em nenhum momento trouxe a possibilidade de realizar atividade de investigação criminal.

Isso demonstra a intenção do legislador de evitar que outros órgão realizassem investigações criminais sem qualquer controle, o que representaria um risco para os direitos fundamentais do cidadão, o que a Carta Magna se preocupou de forma especial.

Diante disto, pode-se dizer tranquilamente que o legislador, constitucional ou infra constitucional não trouxe previsão legal para o próprio órgão responsável pela acusação realizar a investigação criminal, em procedimento espúrio e sem qualquer controle de um órgão externo.

Se isso fosse possível, estaríamos diante de um perigoso estado de exceção, pois a própria parte responsável pela acusação realizaria a investigação criminal, sem um procedimento legalmente instituído, e com controle realizado internamente pelos próprios procuradores de justiça, o que não seria obviamente um controle externo e sim interno. O investigado não teria acesso a investigação e muito menos a possibilidade de se defender, o que seria dificultado devido as dificuldades de acesso a tal investigação e sobretudo a falta de controle sobre ela.

A festejada professora Ada Pelegrini Grinover, expoente do direito processual penal da atualidade, já expôs que não é conferida a atribuição de realizar investigações criminais diretamente pelo órgão do Ministério Público:

A própria Constituição, como é sabido, atribui o poder de investigar a outros órgão, como as Comissões Parlamentares de Inquérito - CPI e os tribunais. E também é sabido que não confere expressamente essa função ao MP, sendo oportuno lembrar que as emendas à Constituição de 1988 que pretendiam atribuir funções investigativas penais ao Parquet foram rejeitadas, deixando, portanto, a salvo a estrutura constitucional acima descrita. (Ada Pelegrini Grinover, *Investigações pelo Ministério Público*, Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 12, nº 145, p. 4, dezembro de 2004.

A citada professora, expoente processualista, ainda defende que a Lei Orgânica do Ministério Público ou outra norma parecida não pode criar a possibilidade de investigação criminal diretamente pelo Ministério Público. Ela questiona sobre a legalidade para se criar a possibilidade de investigação criminal diretamente pelo Ministério Público dizendo, quanto ao instrumento normativo que seria adequado para se criar tal atribuição ao Ministério Público que:

Somente a lei é evidente. O princípio da reserva legal o impõe. E o par. 5º do artigo 128 da Constituição reforça o entendimento, quando estabelece que as atribuições do MP serão estabelecidas por lei, observe-se lei complementar. Servirá a esse objetivo a Lei Orgânica do Ministério Público - LOMP em vigor, que prevê algumas funções investigativas para o MP? Não. As referidas atribuições ligam-se ao exercício da ação civil pública, outra função institucional do MP, nos termos do art. 129, III, da Constituição. Só lei complementar, que atribuisse expressa e especificamente funções investigativas penais ao órgão ministerial, teria o condão de configurar o instrumento normativo idôneo para atribuir outras funções ao MP, não contempladas nos incs. I a VIII do art. 129, com base na previsão residual do inc. IX. Surge, portanto, outra conclusão: sem a lei complementar acima referida, o MP não pode exercer funções investigativas penais. Por via de consequência, são flagrantemente inconstitucionais e desprovidos de eficácia os atos normativos editados no âmbito do MP, instituindo e regulando a investigação penal pelos membros do Parquet" (Ada Pelegrini Grinover, *Investigações Pelo Ministério Público*, pg. 5 Boletim IBCCRIM, v. 12, dezembro de 2004).

Ainda lecionada Ada Pelegrini Grinover (IBCCRIM, p. 5) que é inconstitucional qualquer ato normativo elaborado pelo Ministério Público com a intenção de criar poderes de investigação, sendo que somente lei complementar é que pode criar tais poderes para essa instituição, e até agora não temos lei complementar que traga tal previsão.

Outro grande doutrinador de nossos tempos, mais especificamente na área do direito constitucional, e portanto com autoridade para analisar o assunto, o professor José Afonso da Silva, também defende a impossibilidade do Ministério Público realizar diretamente investigações criminais, dizendo que: "Argumenta-se que a Constituição não deferiu à Polícia Judiciária o monopólio da investigação criminal. É verdade, mas as exceções estão expressas na própria Constituição e nenhuma delas contempla o Ministério Público"

José Afonso da Silva (Controle Externo da atividade policial como uma das funções institucionais do Ministério Público, *in Revista ADPESP*, ano 17, nº 22, dezembro de 1998, p. 19) afirma ainda:

[...] que a Constituição reservou à polícia civil estadual um campo de atividade exclusivo que não pode ser invadido por norma infraconstitucional e, menos ainda, por disposições de ato administrativo. Uma delas é a realização do inquérito policial, que constitui o cerne da atividade de polícia judiciária, que não comporta o controle do Ministério Público. A outra é que também à polícia civil, polícia judiciária, se reservou a função de apuração das infrações penais, o que vale dizer o poder investigatório, sendo, pois, de nítido desrespeito à Constituição normas que atribuam a órgão do Ministério Público a faculdade de promover diretamente investigações como o fez o art. 26 do ato 98/96".

O ilustre e festejado doutrinador ainda leciona: "Argumenta-se que a Constituição não deferiu à Polícia Judiciária o monopólio da investigação criminal. É verdade, mas as exceções estão expressas na própria Constituição e nenhuma delas contempla o Ministério Público" (Revista ADPESP, p. 19).

Esse seria por si só argumento suficiente para se chegar a conclusão da impossibilidade de investigação criminal pelo MP, ou seja, a previsão legal expressa, tanto constitucional como infraconstitucional, no sentido de conceder tal atribuição às Polícias Civil e Federal e a falta de qualquer previsão legal prevendo tal atribuição ao MP, além da falta de qualquer previsão legal criando um procedimento outro que não o Inquérito Policial para formalizar a investigação criminal, e ainda por fim, a falta de qualquer controle externo para se evitar abusos que certamente ocorreriam, nas investigações levadas a efeito pelos membros do MP.

Também não se pode utilizar o argumento, falacioso (diga-se de passagem), "de que quem pode o mais pode o menos", querendo os integrantes do Ministério Público e defensores dessa idéia argumentar que como o Promotor de Justiça pode oferecer a denúncia

com as provas produzidas no Inquérito Policial, pode ele diretamente realizar a investigação criminal.

Isso não serve de argumentação plausível, pois se isso fosse verdade, o Juiz de Direito que julga a causa e aceita ou rejeita a denúncia poderia realizar também a investigação criminal e também oferecer a própria denúncia, e o que não se diria do Desembargador ou dos Ministros dos Tribunais Superiores.

Cada órgão tem a sua atribuição prevista na legislação, justamente para se evitar ofensas aos direitos e garantias fundamentais, preocupação precípua do legislador constitucional.

Se houvesse a possibilidade de investigação criminal pelo Ministério Público vários desses direitos e garantias fundamentais poderiam ser ofendidos, teríamos a ofensa clara ao princípio da paridade de armas entre a acusação e a defesa, já que como vimos acima, a defesa não teria acesso a investigação, somente tendo tal acesso quando já da acusação formulada e do processo iniciado, teríamos ofensa ao controle externo, sendo que ninguém iria controlar a atividade investigatória do Ministério Público, que ficaria com o controle interno e certamente parcial de tal atividade, haveria ofensa a ampla defesa, já que a defesa não poderia participar e até mesmo saber os motivos da investigação e as provas colhidas contra o cidadão, além da ofensa a outros direitos e princípios mais.

O controle externo foi uma conquista importante, pois permite que a atividade da Polícia Judiciária, mais especificamente a própria investigação criminal passe pelo crivo de um órgão externo a própria Polícia Judiciária que a realizar, isso não seria possível no caso de investigação realizar pelo Ministério Público, o que representaria certamente um retrocesso.

Várias são as decisões dos tribunais no sentido de não permitir a investigação criminal pelo Ministério Público, principalmente por falta de previsão legal, além da ofensa aos princípios e direitos acima elencados.

O Procurador de Justiça e professor César Roberto Bitencourt, conselheiro Federal da OAB e notório doutrinador sustenta justamente que o Ministério Público não tem previsão legal a seu favor para realizar investigação criminal, além de apresentar o eminente doutrinador, em artigo publicado abaixo, vários argumentos que demonstram claramente a impossibilidade de investigação pelo Ministério Público.

Nos últimos tempos, ganhou relevo nacional o questionamento sobre a legitimidade ou constitucionalidade das investigações criminais que, nos casos rumorosos, tem sido levado a efeito pelo Ministério Público, tanto no plano federal quanto estadual. Com a promulgação da Carta da República de 1988, destaca com propriedade Luiz Guilherme Vieira - o Ministério Público passou, nos últimos tempos, a realizar diretamente investigações criminais (principalmente, como se constata no cotidiano forense, naqueles casos midiáticos ou nos que são rotulados como gravosos), sem requisitar, à autoridade policial, a instauração de inquérito. Sustentam, em síntese, - prossegue Luiz Guilherme Vieira - que como titulares da ação penal pública, não podem ser ? e nunca foram ? mero expectador inerte durante a realização do procedimento preliminar, razão pela qual podem, não apenas requisitar diligências à autoridade policial, mas realizá-las diretamente, se for necessário e conveniente (quem pode o mais, pode o menos, alegam) . Sustentam, com efeito, os integrantes do parquet, em nome da segurança pública e dos ditos bens e interesses jurídicos coletivos e difusos, que se faz necessária uma nova postura do aparato repressivo estatal, na tentativa de combater de forma mais eficaz a proclamada criminalidade organizada.

Trata-se de questão constitucional de alta relevância: afinal, no ordenamento jurídico vigente, o Ministério Público tem poderes investigatórios na esfera criminal?

Atendendo à proposição deste Conselheiro, preocupado com as conseqüências do inquérito 1.968-E, no Supremo Tribunal Federal, que pretende avaliar a constitucionalidade das atividades investigatório-criminais do Ministério Público, o digno Presidente do Conselho Federal da OAB, Dr. ROBERTO ANTONIO BUSATO resolveu submeter o tema à apreciação do Plenário deste sodalício. Nesse inquérito, subscreveram memoriais as seguintes entidades: Associação Internacional de Direito Penal (AIDP), Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), Instituto Carioca de Criminologia (ICC), Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC), Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), Instituto Manoel Pedro Pimentel (IMPP) e Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais (ITEC!), fato que somente ratifica a relevância do tema, que ultrapassa eventual disputa de poder em favor desta ou daquela instituição. Nessa linha, importa tão-somente estabelecer um marco constitucional, preservando a manutenção do equilíbrio entre os órgãos integrados na persecução penal estabelecido na Carta Magna.

O debate ganhou grandes proporções mais recentemente, a despeito de tratar-se de tema antigo, ante o esforço do Ministério Público em demonstrar que a Constituição Federal atribuiu-lhe poderes investigatórios em matéria criminal. No entanto, o próprio Ministério Público reconhece, ao menos tacitamente, a inexistência dessa atribuição defendendo a necessidade de aprovação de emenda constitucional para tal fim. Nesse sentido, tramita no Congresso Nacional, com esse objetivo, a PEC nº 197/2003.

Os fundamentos jurídicos, basicamente, apontados pelos defensores dos poderes investigatórios do Ministério Público, na ordem jurídica vigente, são os seguintes:

1. a segurança pública e a apuração das infrações penais não são atribuição exclusiva da Polícia Judiciária;
2. o art. 129 da Constituição da República inclui em seus vários incisos, entre as atribuições do Ministério Público, a investigação criminal;
3. O inquérito policial é facultativo e dispensável para o exercício da ação penal;
4. A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, bem como a Lei Orgânica do Ministério Público da União contêm dispositivos que se compatibilizam com os poderes investigatórios penais da referida instituição;
5. O Ministério Público, ao investigar, não assume ações unilaterais da acusação, de forma a alhear-se à ?verdade real?;
6. Diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros atribuem ao Ministério Público poderes de investigação no âmbito processual penal.
7. Por fim, nessa reta final, com uma campanha mais maciça e mais agressiva, está veiculando nos meios de comunicação, especialmente em São Paulo, o seguinte slogan: ?com o Ministério Público não há Mistério?! Esse slogan traz em seu bojo, no mínimo, a insinuação de que com outras instituições falta transparência, prejudicando a confiabilidade.

Cada um dos referidos argumentos mereceria uma particular análise, à luz da Constituição Federal; no entanto, neste espaço, é inviável um exame tão minucioso, pois tornaria este voto exageradamente longo, incompatível com as normas regimentais deste Conselho Federal. Por isso, faremos uma análise sucinta.

1. A segurança pública e a apuração das infrações penais não são atribuições exclusivas da Polícia Judiciária

Não se ignora que, no ordenamento nacional, a Polícia Judiciária não monopoliza a investigação criminal, na medida que outras autoridades também podem exercer a função investigatória, como ocorre, por exemplo, com as CPI; com os crimes falimentares, com os crimes praticados por membros da Magistratura ou do Ministério Público, que são investigados pelas próprias autoridades, respectivamente, conforme o caso etc.

No entanto, nesses exemplos, quando constitucionais, são expressas exceções à regra geral, que é a apuração das infrações penais por parte da Polícia Judiciária (art. 144 e parágrafos da CF e no art. 4o caput do CPP). A demais, as exceções a essa regra geral dependem, necessariamente, de expressa previsão normativa, o que não se verifica no caso do Ministério Público, na esfera criminal.

A investigação criminal pelas Polícias, como regra, é imposição do princípio da legalidade, sob a ótica administrativa, segundo o qual a Administração Pública somente poderá agir diante de texto de lei que a autorize. Ademais, é direito do cidadão e da sociedade saber antecedência a quem incumbe investigar determinada infração penal, respaldado pela Constituição e pelas leis infra-constitucionais. Esse direito é decorrência natural da segurança jurídica, que deve ser preservada nos Estados Democráticos de Direito.

Por isso, não há como se afastar a regra geral de apuração das infrações penais pelas Polícias, civil e federal, sem norma expressa a respeito, compatível com o texto constitucional.

2. O art. 129 da Constituição da República inclui em seus vários incisos, entre as atribuições do Ministério Público, a investigação criminal

Ao contrário, a leitura do texto constitucional leva à constatação, de plano, que não foi previsto poder de investigar infrações penais, entre as atribuições ministeriais. Extraí-lo do rol contido no art. 129 em questão seria legislar sobre aspecto que o constituinte deliberadamente não o fez. Aliás, a um órgão público, não é dado fazer o que não está proibido (princípio da compatibilidade), mas tão-só o que lhe está expressamente permitido (princípio da conformidade/legalidade); e a isso não se chega pela via da interpretação, usando-se argumento a fortiori, especialmente se há precisão da atribuição a outro órgão estatal como, no caso, à Polícia Judiciária.

Seria incompreensível que o legislador constituinte indicasse expressamente o poder do Ministério Público de requisitar diligências investigatórias e de instauração de inquérito policial e, inadvertidamente, deixasse de constar o poder de investigar diretamente as infrações penais. À evidência, trata-se de decisão consciente do constituinte, que não desejou agraciar o Parquet com essa atribuição, preferindo conferi-la à Polícia Judiciária.

A retrospectiva sobre a norma constitucional, por seu turno, que trata das atribuições ministeriais, revela que as propostas de introdução de texto versando sobre a condução de investigação criminal pelo Ministério Público foram rejeitadas. Nesse sentido, merece ser destacado o entendimento sustentado pelo Ministro Nelson Jobim, contido no RHC No. 81.326-7 (DF), que está assim vazado:

Na Assembléia Nacional Constituinte (1988), quando se tratou de questão do Controle Externo da Polícia Civil, o processo de instrução presidido pelo MINISTÉRIO PÚBLICO voltou a ser debatido.

Nesse sentido, leio voto que proferi no RE 233.072, do qual fui Relator para o acórdão:

quando da elaboração da Constituição de 1988, era pretensão de alguns parlamentares introduzir texto específico no sentido de criarmos, ou não, o processo de instrução, gerido pelo MINISTÉRIO PÚBLICO.

Isso foi objeto de longos debates na elaboração da Constituição e foi rejeitado.

Na verdade, a Constituição distinguiu a atuação ministerial em procedimentos administrativos de sua competência, v.g. o inquérito civil, daquela referente à

investigação criminal, limitando, no último caso, a atividade do Ministério Público à requisição de inquérito policial e de diligências investigatórias.

Com efeito, o art. 129, VI da CF, que se refere à expedição de notificações, pelo Ministério Público, nos procedimentos administrativos de sua competência, não abrange a sua atuação nas investigações criminais. Por outro lado, o disposto no inciso IX do mesmo dispositivo constitucional, não pode ser estendido para abranger também a realização de investigação criminal, que, repita-se, está constitucionalmente atribuída a outro órgão.

Em outras oportunidades, como na seguinte, o STF já decidiu que o Ministério Público não tem poderes para realizar investigação criminal, cabendo tal atribuição à Polícia Judiciária:

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. ATRIBUIÇÕES. INQUÉRITO. REQUISIÇÃO DE INVESTIGAÇÕES. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. C.F., art. 129, VIII; art. 144, parágrafos 1o. e 4o.. I ? Inocorrência de ofensa ao art. 129, VIII, C.F., no fato de a autoridade administrativa deixar de atender requisição de membro do Ministério Público no sentido da realização de investigações tendentes a apuração de infrações penais, mesmo porque não cabe ao membro do Ministério Público realizar, diretamente, tais investigações, mas requisitá-las à autoridade policial, competente para tal (C.F., art. 144, parágrafos 1o. e 4o.). Ademais, a hipótese envolvia fatos que estavam sendo investigados em instância superior. II. R.E. não conhecido? (RE no. 205473/AL, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, j. 15.12.1998, DJ 19.3.1999, p. 19) ? (grifos acrescentados).

3. O inquérito policial é facultativo e dispensável para o exercício da ação penal

Embora seja verdadeiro o argumento de que o inquérito policial é facultativo, não atende ao fim pretendido. Com o efeito, se o Ministério Público, dispuser de elementos probatórios suficientes, poderá propor a ação penal independente de inquérito policial (art. 39, § 5º, CPP). Por isso, não raro depara-se com ações penais fundadas em procedimentos administrativos tributários e previdenciários. No entanto, o fato de dispensar, em situações específicas, o inquérito policial, não significa, que, em decorrência dessa previsão, possa o Ministério Público investigar diretamente. A dispensa de inquérito policial, com efeito, está condicionada a serem oferecidos com a representação, ?elementos que o habilitem a promover a ação penal? (art. 39, § 5º, do CPP), nesse caso, devendo oferecer a denúncia em quinze dias.

Não dispondo dos elementos probatórios necessário, contrariamente, a Constituição, em seu art. 129, inciso VIII, autoriza ao Ministério Público requisitar a instauração do inquérito, que ficará a cargo da Polícia Judiciária. São, como se constata, coisas completamente distintas.

4. A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, bem como a Lei Orgânica do Ministério Público da União e dos Estados contêm dispositivos que se compatibilizam com os poderes investigatórios penais da referida instituição

No entanto, ao contrário do que pretende o Parquet, examinando-se diplomas legais mencionados, mais uma vez se comprova que, nem mesmo as Leis Orgânicas que regem as atividades do Ministério Público, dispõem sobre os pretensos poderes investigatórios na esfera criminal. O prurido dos legisladores infra-constitucionais não lhes recomendou que sequer cogitassem sobre poderes investigatórios do Ministério Público, porque esbarrariam no vício de inconstitucionalidade.

A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (no. 8625, de 12 de fevereiro de 1993), em seu art. 25, inciso IV e 26, inciso I, elenca, entre as funções ministeriais, a promoção e instauração do inquérito civil, mas não do inquérito penal. Quanto a ele, limita-se a estabelecer, no art. 26, inciso IV, que poderá 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? (grifos nossos), mas não os presidir, isolada ou cumulativamente. Não se afasta, e nem poderia ser diferente, da previsão constitucional.

É falaciosa a tese do Ministério Público - constituindo forma clara de burlar o texto constitucional - pretender iniciar investigação através de inquérito civil, para, ao

final da apuração, dar ao conteúdo investigado conotação penal e, com base nele, oferecer denúncia.

Extremamente elucidativo a seguinte síntese de Luis Guilherme Vieira que, subscrevemos, e, por sua pertinência, pedimos vênias para transcrevê-la in verbis:

O próprio Supremo Tribunal Federal quando abordou o tema, pela vez primeira, no RE 205.473-9 interposto pelo Ministério Público, contra concessão de habeas corpus pelo TRF da 5ª Reg., trancando a ação penal. Na oportunidade, o Juiz Lázaro Guimarães, relator do writ, que não se compreendia "o poder de investigação do Ministério Público fora da excepcional previsão da ação civil pública (art. 129, III, da CF). De outro modo, haveria uma polícia judiciária paralela, o que não combina com a regra do art. 129, VIII, da CF". A hipótese era de ação penal por desobediência, a qual foi considerada não ocorrente e o recurso extraordinário não foi conhecido, em julgamento datado de 15.12.1998, com parecer, nesse sentido, do então Subprocurador-Geral Cláudio Fonteles. Na ementa, contudo, o eminente relator do recurso, Min. Carlos Velloso, consignou sua desaprovação às investigações criminais realizadas pelo Ministério Público:

não cabe ao membro do Ministério Público realizar, diretamente, tais investigações, mas requisitá-las à autoridade policial.

Em razão de todo o exposto, vê-se que as normas regentes da matéria, em qualquer esfera, constitucional ou não, se mostram coerentes em tudo permitir ao Ministério Público, em matéria de inquérito e ação civil pública. Não estendendo, à evidência, à área criminal, restando os chamados procedimentos investigatórios/administrativos criminais completamente ao desamparo da lei e da constituição?.

Concluindo, os próprios termos da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público não atribuem poderes investigatórios ao aludido órgão, na esfera criminal.

5. O Ministério Público, ao investigar, não assume ações unilaterais da acusação, de forma a alhear-se à verdade real.

O Prof. Luiz Alberto Machado respondeu a essa pretensa neutralidade investigatória, nos seguintes termos:

a lei não pode cometer as funções de elaboração de inquérito policial e de investigações criminais a quem não se revista expressamente de autoridade policial, segundo a Constituição Federal. A leitura que se deve fazer dessa atribuição administrativa constitucional é ser uma garantia individual, a garantia da imparcialidade e impessoalidade do Ministério Público, "dominus litis" e que, por isso, não deve, e não pode, investigar ou coligir informações para o exercício da ação processual criminal? .

Indiscutivelmente a realização de investigação criminal diretamente pelo Ministério Público compromete a apuração dos fatos, dado que nessa esfera, o Parquet é parte, pensa como parte e age como parte. Haverá nítida tendência a selecionar aqueles elementos probatórios que favoreçam a acusação, especialmente considerando-se que é atribuição do Ministério Público promover, com exclusividade, a ação penal pública. Não é por outra razão, que, invariavelmente, em todas as investigações procedidas pelo Ministério Público invoca-se o famigerado "sigilo", com notória violação aos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal. Na verdade sustenta Luis Guilherme Vieira - além do arbitrário e ilegal desequilíbrio entre as partes, violando o devido processo legal, há outro fundamento para não permitir ao Ministério Público proceder investigações criminais: quem investiga adota, de plano, um determinado ponto de vista, uma hipótese provisória, uma premissa maior, sem a qual nenhuma conclusão advirá. Tal hipótese seduz o investigador, de tal forma, que o torne indiferente a qualquer outra possibilidade, o que é extremamente danoso quando ocorre com um Ministério Público inquisidor? . Por tudo isso, o Ministério Público não deve assumir a veste de investigador, mas sim a de eventual acusador, quando os elementos para o exercício da ação penal se apresentarem.

Na verdade, de há muito o Ministério Público abandonou aquela sagrada função de custos legis em matéria criminal, agindo, por vezes, claramente contra legis. Razões como essa justificam que já se comece a exigir a criação de um Ombudsmann, para, na fase processual penal, exercer essa função que, outrora, se atribuía ao Ministério Público.

6. Diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros atribuem ao Ministério Público poderes de investigação no âmbito processual penal

Os ordenamentos português e italiano adotaram ? desde o Código Napoleônico de 1808, sendo ainda mantido - o juizado de instrução, que, no entanto, foi rejeitado pela Assembléia Constituinte no Brasil.

Mesmo assim, no ordenamento português, v.g., no qual a presidência do inquérito cabe ao Ministério Público, é clara a opção pela atividade investigatória coordenada e integrada entre o órgão ministerial e a polícia.

Essa integração também é prevista na Constituição Federal brasileira, na medida em que o art. 129 assegura ao Ministério Público o controle externo da atividade policial, bem como o poder de requisitar diligências investigatórias. Quem tem a função de controlar e fiscalizar não pode concorrer com o controlado ou fiscalizado.

Por outro lado, a admissão, mesmo parcialmente, de atividades investigatórias penais do Ministério Público nos dois ordenamentos mencionados não derivou, pura e simplesmente, da interpretação deste ou daquele dispositivo. Foi fruto da opção do legislador pela adoção de um determinado sistema, no qual se permite que o órgão ministerial presida as investigações criminais, implicando inclusive na elaboração de novos diplomas processuais penais, algo inócidente em nosso ordenamento vigente. Convém ressaltar, ademais, destacava o saudoso Evaristo de Moraes Filho, ?que o novo Código italiano preocupou-se em estabelecer uma diversificação de funções, ainda na fase preliminar, instituindo a figura do giudice per le indagini preliminari (art. 328), incumbido de manifestar-se sobre certas questões de natureza probatória, e competente para examinar o pedido de arquivamento, e, sobretudo, para decidir sobre a abertura da ação penal, após uma audiência de caráter contraditório, com possibilidade de colheita de novas provas. A presença deste juiz é a forma de controlar, indiretamente, a atuação do Ministério Público, como que em resposta à famosa indagação de Juvenal: Quis custodiet ipsos Custodes??

Extraí-se daí que nem mesmo a inserção de dispositivo na Constituição da República atribuindo poderes investigatórios penais ao Ministério Público resolveria a questão, sem macular todo o sistema que foi idealizado pelo legislador constituinte e reproduzido na legislação infraconstitucional. Isso porque, como destaca o Memorial dos Institutos Jurídicos, uma simples mudança constitucional, não traria a necessária reformulação sistêmica para ordenar todas as Instituições (Magistratura, Ministério Público, Polícias, Defensorias e Advocacia, assim como demais órgãos auxiliares) de forma equilibrada e isonômica no desenvolvimento da persecução penal em suas fases. Faltaria, ainda, estrutura material e uma nova ordenação jurídica infraconstitucional a fim de determinar, segundo o princípio da legalidade, as novas esferas e funções para o atuar de cada órgão?.

7. Os mistérios do Ministério Público investigador

Realmente, além de uma grande jogada de marketing, referido slogan traz em seu bojo, pelo menos, a insinuação de que em outras instituições falta transparência, prejudicando a credibilidade, eficiência e confiabilidade. No entanto, a assertiva que transparece no slogan não é verdadeira, no campo criminal, cujas investigações realizadas pelo Ministério Público são sempre ?envoltas em mistérios?.

Com efeito, contrariando referido slogan, pode-se afirmar que os Mistérios do Ministério Público investigador podem ser sintetizados nos seguintes:

a) o Ministério Público não investiga todos os fatos os próprios defensores do poder investigador criminal do Ministério Público reconhecem que não há interesse e nem possibilidade de o Parquet assumir a investigação de todos os fatos.

O próprio Ministério Público reconhece que não teria condições materiais de abarcar toda a investigação criminal, limitando-se a atuar em um ou outro caso, quando o interesse público exigir. Em suma, quer-se, no fundo, escolher os casos penais a investigar, o que soa completamente absurdo, inclusive pela falta de condições materiais, especialmente de proteção física dos órgãos do Ministério Público e aos seus.

Na verdade o Ministério Público somente tem interesse de investigar aqueles casos rumorosos que, por uma razão ou outra, rende muitos dividendos na grande mídia. Essa voracidade pela mídia, tem levado, inclusive, alguns de seus membros lançarem boatos na mídia e, após, invocarem os próprios boatos como fundamento de investigação criminal que fazem.

O Ministério Público, com frequência indesejável, divulga as investigações, mesmo as taxadas de sigilosas, primeiro para a mídia, de tal forma que o investigado e seu defensor são surpreendidos pelos meios de comunicação.

Em síntese, o Ministério Público não investiga os fatos, investiga somente aquilo que quer provar, isto é, somente colhe indícios e subsídios que interessem à sua tese, e não à verdade dos fatos.

b) não admite controle jurisdicional de seus atos investigatórios ? esse é seguramente um de seus maiores erros, em um Estado Democrático de Direito, ignorando o texto constitucional que assegura aos acusados em geral a ampla defesa e o contraditório (art. 5º, LV, CF). Esse mistério das investigações do MP é complementado com o seguinte.

c) todas as investigações realizadas pelo Ministério Público são, segundo seus próprios membros, sigilosas - basicamente em todas as investigações realizadas pelo MP tem sido invocado sigilo, inclusive para o investigado e seu advogado. Investigações procedidas em locais e horários impróprios, sem mandado judicial, tem sido levado a efeito.

Em outros termos, o Ministério Público, o cotidiano tem demonstrado isso, não admite que o defensor tenha acesso aos elementos das investigações, numa demonstração clara de sua dificuldade de atuar livremente em um Estado Democrático de Direito.

Interroga os investigados sem dar-lhes ciência dos fatos de que estão sendo suspeitos ou acusados. Recentemente, o Ministro Sepúlveda pertence, no emblemático HC 82.354-8/PR, declarou que o eventual sigilo, quando a lei permite, não abrange o investigado e seu advogado, que, constitucionalmente, têm direito e prerrogativa de serem previamente cientificados. Destacamos, por sua pertinência, parte da ementa desse writ:

I. (...)

II. Inquérito policial: inoponibilidade ao advogado do indiciado do direito de vista dos autos do inquérito policial.

1. (...)

2. Do plexo de direitos dos quais é titular o indiciado interessado primário no procedimento administrativo do inquérito policial -, é corolário e instrumento a prerrogativa do advogado de acesso aos autos respectivos, explicitamente outorgada pelo Estatuto da Advocacia (L. 8906/94, art. 7º, XIV), da qual ? ao contrário do que previu em hipóteses assemelhadas não se excluam os inquéritos que correm em sigilo: a irrestrita amplitude do preceito legal resolve em favor da prerrogativa do defensor o eventual conflito dela com os interesses do sigilo das investigações, de modo a fazer impertinente o apelo ao princípio da proporcionalidade.

3. A oponibilidade ao defensor constituído esvaziaria uma garantia constitucional do indiciado (CF, art. 5º, LXIII), que lhe assegura, quando preso, e pelo menos lhe faculta, quando solto, a assistência técnica do advogado, que este não lhe poderá prestar se lhe é sonogado o acesso aos autos do inquérito sobre o objeto do qual haja o investigado de prestar declarações.

4. (...) (STF, 1ª Turma, (HC. 82.354-8/PR, unânime, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento em 10 de agosto de 2004).

Finalmente, o STF manifestou-se especificamente sobre esses abusos que, nos últimos anos, haviam feito letra morta do texto constitucional, procedimento, que, aliás, o Ministério Público é multirreincidente. Mutatis mutandis, o entendimento adotado para o inquérito policial, aplica-se a todos os eventuais procedimentos investigatórios criminais, sejam em que âmbito for.

Enfim, é preciso repensar os poderes do Ministério Público. Hoje, o cidadão não tem proteção diante do poder do Ministério Público. Estamos assistindo à disseminação do abuso e o cidadão está perdendo a possibilidade de invocar a seu favor as garantias constitucionais.

Nessa linha, e a modo de conclusão, curvando-nos a bem elaborada pesquisa de Luis Guilherme Vieira, invocamos novamente o Recurso Ordinário de HC n. 81.326-7, a 2ª Turma do STF, unanimemente, sob o voto condutor do Min. Nelson Jobim, decidiu que o Ministério Público não possui atribuições para realizar, diretamente, investigação de caráter criminal. Esse julgamento passou a ser o paradigma de muitas outras decisões de tribunais de todo o país que, antes com algumas

hesitações, posteriormente vêm consagrando o mesmo entendimento. Em seu voto, o Min. Jobim destaca que, historicamente, no direito processual penal brasileiro, as atribuições para realizar as investigações preparatórias da ação penal têm sido da polícia, pelas mais diversas razões, as quais têm prevalecido a ponto de todas as iniciativas no sentido de mudar as regras nessa matéria terem sido repelidas, desde a proposta de instituir Juizados de Instrução feita pelo então Ministro da Justiça, Dr. Vicente Ráo, em 1935, passando pela elaboração da Constituição de 1988, da lei complementar relativa ao Ministério Público, em 1993, até propostas de emendas constitucionais em 1995 e 1999, com o objetivo de dar atribuições investigatórias ao Parquet.

Na verdade, como lembra Luis Guilherme, o legislador brasileiro - constituinte e ordinário - sempre rejeitou a idéia de transformar o Ministério Público em Grande Inquisidor, reservando-lhe o papel superior de controlador/fiscalizador das atividades policiais. Por isso, o Min. Jobim afirma, acertadamente, que a mens legis das normas em vigor é, seguramente, no sentido de manter as investigações criminais como atribuição exclusiva da polícia judiciária.

Propomos, ao final, ao Plenário deste sodalício a seguinte

E conclui:

Ementa:

DIANTE DO ATUAL TEXTO CONSTITUCIONAL, NÃO HÁ SUPORTE JURÍDICO PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO, AUTONOMAMENTE, REALIZAR INVESTIGAÇÕES CRIMINAIS, QUE SÃO ATRIBUIÇÕES DA POLÍCIA JUDICIÁRIA.

Brasília, 17 de agosto de 2004.

CEZAR ROBERTO BITENCOURT

Conselheiro Federal - Relator

Ainda o professor e ex-Procurador de Justiça Cezar Roberto Bitencourt, em artigo publicado na revista IBCCRIM, (ano 14, nº 170, janeiro - 2007), defendeu a inconstitucionalidade da resolução nº 13 do Conselho Nacional do Ministério Público, a qual trouxe a possibilidade de investigação pelo próprio Ministério Público. O citado doutrinador expôs que:

Com efeito, se o Ministério Público dispuser de elementos probatórios suficientes, poderá propor a ação penal independente de inquérito policial (art. 39, par. 5º do CPP). Por isso, não raro depara-se com ações penais fundadas em procedimentos administrativos tributários e previdenciários. No entanto, o fato de dispensar, em situações específicas, a obrigatoriedade do inquérito policial, não significa que, em decorrência dessa previsão, possa o Ministério Público investigar diretamente. A dispensa de inquérito policial, gize-se, está condicionada a serem oferecidos com a representa, "*elementos que o habilitem a promover a ação penal*" (art. 39, par. 5º do CPP), devendo oferecer, nesse caso, a denuncia em quinze dias. Alguns aspectos, nesse contexto, afastam interpretações que leve à admissão da possibilidade de o MP investigar diretamente: primeiramente o fato de que o CPP Ter surgido em época em que se desconhecia a importância que o Ministério Público adquiriria no final do século XX; a dispensa do inquérito somente é autorizada se, "*com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal*" significando dizer que a falta de tais elementos não autoriza a proposição da ação penal. E mais: nesses casos, não autoriza nem mesmo que o Ministério Público realize diretamente diligências complementares, além de determinar que se abstenha de investigar ele próprio. Aliás, se o desejasse, seria a grande oportunidade para o legislador ter atribuído ao Parquet os discutidos "poderes investigatórios.

A OAB São Paulo também tem o mesmo entendimento sobre a impossibilidade de investigação pelo Ministério Público, sob o argumento claro e insofismável que tal medida iria contra os direitos e garantias constitucionais conquistados na Carta Magna, e contra os princípios constitucionais e processuais penais em vigor na legislação brasileira, atentando contra o Estado Democrático de Direito e tornando o Ministério Público um órgão de exceção, com poderes ilimitados e sem fiscalização, em detrimento do estado de presunção de inocência do indivíduo, da ampla defesa, do contraditório, da paridade de armas no processo, do controle externo da atividade de persecução penal e investigação criminal.

Há também vários outros posicionamentos de profissionais do direito que defendem a impossibilidade de investigação criminal pelo Ministério Público, pelos motivos já expostos.

O Juiz do extinto Tribunal de Alçada Criminal, MARCO ANTÔNIO NAHUM também emitiu parecer nesse sentido em entrevista concedida ao Jornal Diário.

Segundo Marco Antônio Nahum, (2008):

A Constituição impede que o Ministério Público investigue. O Supremo Tribunal Federal, deverá tomar nesta semana decisão sobre um tema que nos últimos meses tem provocado muita polêmica em todo o país: o Ministério Público pode ou não conduzir uma investigação? A instituição desfruta de credibilidade perante a população, mas há juristas que são contra esse poder. O Supremo Tribunal Federal (STF) deve votar nesta semana a matéria que vai determinar se o Ministério Público (MP) pode ou não conduzir uma investigação. O assunto tem causado polêmica e é discutido por vários setores da sociedade. Por um lado, a instituição desfruta de credibilidade junto a população por causa de investigações que desarticularam braços do crime organizado, como a operação Anaconda, onde um grupo formado por juízes e delegados federais foram presos acusados de vender sentenças judiciais. Para representantes do MP, há legalidade nas investigações, porque há amparo na Constituição Federal. Do outro lado, inúmeros juristas são contra o poder de investigação do MP, pois consideram inconstitucional. O juiz de Direito Marco Antônio Rodrigues Nahum, do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo (Tacrím), acredita que não há nada na lei que justifique uma investigação conduzida exclusivamente pelo MP. "O MP é sempre parte do processo. Sua função é buscar provas para a acusação. Quem acusa, não pode ser responsável pela investigação, que deve ser feita pela polícia." Nahum acredita que os ministros do STF votem contra o poder de investigação do MP. "A inconstitucionalidade das investigações do Ministério Público chegou até o Supremo Tribunal Federal. Não quero defender uma instituição, quero que a Constituição seja respeitada." A seguir, a entrevista que o juiz concedeu ao DIÁRIO.

DIÁRIO - O senhor é a favor de que o Ministério Público (MP) conduza uma investigação?

Marco Antônio Nahum- A questão não se restringe a esse limite de ser favorável ou ser contrário. O importante é discutirmos se a Constituição Federal permite ou se ela não permite que o Ministério Público conduza uma investigação criminal de forma

direta. Eu estudei um pouco essa questão e cheguei a conclusão que a Constituição impede o MP de fazer diretamente uma investigação criminal.

- Então, qual a posição do senhor nessa questão?
- Eu sou a favor da Constituição, porque ela não permite esse tipo de investigação direta realizada pelo MP. E como tal, eu considero toda investigação realizada dessa maneira direta inconstitucional.
- O senhor considera as investigações já realizadas pelo MP, como a operação Anaconda, como ilegais?
- Eu particularmente acho que as investigações feitas pelo MP podem ser aproveitadas, desde que elas sejam aceitas pelas partes do processo, ou seja, a defesa, a própria acusação e, principalmente, o poder judiciário. Pois as provas colhidas pelo MP, em si, são ilegais, mas nada impede que elas sejam avaliadas pela polícia, que é a titular desse poder de investigação, e reaproveitadas no futuro durante o processo.

-Então, em que o MP se apóia para conduzir uma investigação direta?

- Um dos argumentos que o MP apresenta é do quem pode mais pode menos. Ou seja, quem é titular da ação penal, pode fazer a investigação. Para você propor uma ação penal é um tipo de procedimento, já o inquérito há outro. A Constituição é clara ao passar ao MP a possibilidade de passar o poder para entrar com a ação penal. Essa mesma Constituição diz que é de poder restrito da polícia fazer investigação criminal de forma direta. Em outras palavras, existe um poder para o MP e também há um outro poder para a polícia. Uma coisa não exclui a outra.

- O senhor acha que não há nenhum poder de Investigação para o MP?
- A investigação indireta já é de responsabilidade do MP. Quando se conclui que o inquérito feito pela polícia é lento e mal feito, o MP indiretamente é responsável por isso, porque ele (MP) supervisiona essa investigação criminal feita pela polícia. O Ministério Público tem o poder de controle externo da polícia.

A Constituição diz que é de poder restrito da polícia fazer investigação criminal direta.

- Em recente entrevista, a procuradora do Ministério Público Federal Janice Ascari disse que os juristas favoráveis ao impedimento de investigações feitas pelo MP confundem diligências investigatórias com inquéritos conduzidos exclusivamente pelo MP.

- A procurada Janice Ascari é uma das pessoas que mais respeito no MP, mas isso é um jogo de palavras. Qual é a diferença de diligência investigatória e inquérito? Essa figura não está prevista no sistema judiciário. Eu quero discutir o ângulo constitucional do poder de investigação direta realizada pelo MP. Se o Congresso Nacional mudar a Constituição, considerando a importância do MP, tudo bem. Mas do jeito que está, é inconstitucional.

- Mas outras instituições, como o Ministério da Justiça, a Corregedoria Geral da União e até o Congresso Nacional, também não fazem investigações diretas?

- As investigações dessas órgãos são feitas por meio da polícia. Os elementos de prova para se tomar uma ação penal devem ser levadas para o Ministério Público pela polícia. A CPI, por exemplo, leva elementos de prova para a polícia buscar as provas criminais. Mas as CPIs não são inquéritos policiais, que têm suas características próprias. Uma coisa é uma coisa, e outra coisa é outra coisa.

-Se o STF determinar que o MP não tem poder de investigar, como ficarão as investigações já iniciadas?

- Acredito que no conteúdo da decisão, o STF irá definir se as investigações devem ser anuladas ou aproveitadas pela polícia, desde que apreciadas pelo Poder Judiciário.

- Nos últimos anos, o MP criou uma imagem de credibilidade junto à sociedade. Como seria a reação dela, caso o STF proíba o MP de conduzir uma investigação?

- Vou responder primeiro sob o ângulo da sociedade. Nem tudo que a sociedade acha bom é Constitucional. Por exemplo, seria um imenso retrocesso para a sociedade a adoção da pena de morte. Eu tenho dúvidas, ante a campanha que alguns órgãos de imprensa fazem, que a sociedade não acha em alguns momentos que isso seria a solução. Mas quem discute seriamente o Direito sabe que uma medida como essa causaria mais traumas à própria sociedade. Ou seja, um leigo tem uma visão diferente de um especialista. O que vale é como faremos valer a Constituição.

-E quanto ao ângulo do MP -A medida que eu acho inconstitucional a investigação por parte do MP, algumas pessoas menos avisadas até da própria instituição acham que estou fazendo oposição. Muito pelo contrário, eu tenho o maior respeito pelo MP, que é uma das instituições mais salutares do país. No fundo, eu também tenho medo que o poder de investigação não passe um desprestígio imenso ao MP, porque normalmente quem trata direto com os problemas sociais, acaba se envolvendo. Temos vários problemas com a polícia, porque ela está diretamente envolvida no combate aos marginais. Isso me traz receio ao ver o MP numa investigação criminal como se fosse um elemento policial. Acho que abre a guarda para oportunidades que hoje a instituição não tem. O sucesso de uma investigação não está na instituição responsável, mas sim, na estrutura que o estado dá.

Não há legalidade em uma investigação conduzida diretamente pelo Ministério Público

- E se o MP tivesse a estrutura que o estado oferece à polícia?
- Tenho certeza que o resultado seria o pior possível, porque a polícia está sem estrutura para trabalhar. Qualquer outra instituição que trabalhe com as condições atuais da polícia chegará a péssimos resultados. A questão não está no nome da instituição, mas nas condições que os homens terão para desenvolver uma investigação. Ao invés de colocarmos o MP na frente de batalha, onde ele sofrerá baixas, como qualquer infantaria pode sofrer numa guerra.

-Em termos de corrupção -Em termos de tudo. Todos os problemas que a polícia enfrenta, o MP também enfrentaria, não tenho a menor dúvida. Acho que deveríamos lutar para que a polícia fosse bem estruturada e valorizada. No dia em que valorizarmos a polícia, a carreira do policial, eu não tenho dúvida que a situação vai melhorar muito. Estamos tentando tapar o sol com a peneira. O que vai resolver é tratarmos a seriedade do problema como ela merece. Eu acho que essa atribuição que os próprios membros do MP estão querendo, pode macular a imagem da instituição.

-Alguns "segredos" do crime organizado foram desvendados por investigação o MP, como a Operação Anaconda, a Máfia dos Fiscais. O Senhor acredita que a polícia chegaria a esses resultados?

- A exceção não faz a regra. Se a polícia tivesse estrutura e, principalmente, uma corregedoria do próprio MP, chegaria aos mesmos resultados. Por que se chega a resultados nas investigações como no caso Anaconda, mas não se chega ao mesmo resultado para o João da esquina, que não tem a mesma proteção da instituição? Por que selecionamento de casos? Há casos de primeira e de segunda categoria? Vai se criar um problema muito maior no país do que já existe.

Taxativamente está escrito na Constituição que o Ministério Público não pode investigar

- Qual decisão o senhor espera que o STF tome?
- O STF vai verificar a constitucionalidade da questão. Até agora, não vi nenhum argumento jurídico que mostre isso. Todos os juristas com quem conversei chegam a mesma conclusão: não há legalidade em uma investigação conduzida diretamente pelo MP. Na Constituição está vetada o poder de investigação da instituição. Assim, chego a conclusão que o STF não será contrário às leis que regem o país. Está surgindo uma nova especulação de que durante uma investigação da polícia, o MP pode assumir o comando da mesma, porque nada impediria isso. É claro que isso é um absurdo. Se você não pode investigar, você não pode investigar em nenhum momento. Taxativamente está escrito na Constituição que o MP não pode investigar.
- Por que o MP investigou vários casos e nunca se discutiu o assunto?
- É por isso que o caso está no STF. Quem tem de decidir é o Supremo. Se fala tanto na reforma do Judiciário, mas o que deve ser discutido é a reforma do nosso sistema processual. Outro ponto, é a reforma da nossa legislação, que é de 1940. Isso ninguém fala. As pessoas criticam o Poder Judiciário como só existisse no Brasil juiz que não trabalha. Isso não é verdade e nem é uma realidade. O judiciário brasileiro está atolado em processos, porque temos uma legislação antiga que precisa ser adaptada para os tempos atuais. Só venceremos o problema quando o olharmos de frente e não tentando contorná-lo, como é essa questão do poder de investigação do MP. Quanto mais forte for estruturalmente as nossas instituições, MP, polícia e Judiciário, mais forte será a democracia no nosso país.

(*Marco Antônio Rodrigues Nahum é juiz do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo (Tacrím), mestre e doutorando em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP e presidente do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim). Ele assumiu o cargo no início de 2003 e o mandato termina em dezembro deste ano. O IBCCrim é uma entidade não-governamental, sem fins lucrativos, fundada em 14 de outubro de 1992, com sede na própria na Capital. Possui atualmente cerca de 5 mil associados, entre juízes, procuradores e outros juristas de vários estados. A entidade tem por finalidade a defesa dos direitos humanos, dos direitos das minorias e dos marginalizados, assim como a defesa dos princípios do Estado Democrático de Direito. "O nosso alvo é assegurar a dignidade da pessoa humana mediante um Direito Penal de Intervenção mínima", diz Nahum. Segundo o juiz, o IBCCrim é reconhecido nacional e Internacionalmente, em especial por causa do trabalho especializado na área de ciências criminais. "Atuamos em um âmbito abrangente de influências no campo da atuação profissional, política, de formação continuada de profissionais, de pesquisa e de prestação de serviços à comunidade. Um dos nossos motivos de orgulho é que possuímos a melhor biblioteca de pesquisa na área de ciências criminais", salienta.)

O STF tem se deparado com este difícil e polêmico tema, sendo que já se manifestou em três ocasiões, mais especificamente nos Recursos Extraordinários 205.473-9/AL, 233.072-4/RJ e 81.326-7/DF, sendo que nessas ocasiões pode o Pretório Excelso se posicionar contra a investigação criminal realizada diretamente pelo Ministério Público, confirmando o entendimento mais coerente e plausível para o caso, já que o próprio legislador, até o presente momento, não trouxe previsão legal para isso, e mesmo o legislador constitucional trouxe tal previsão legal, conforme já fartamente comprovado e explanado no curso do presente trabalho.

7 CONCLUSÃO

A origem da investigação criminal e dos atos de persecução criminal remontam a tempos longínquos, podendo ser encontrados registros na antiguidade, passando pela Idade Média até os tempos atuais.

Sempre tivemos na humanidade a preocupação de se ter uma pessoa ou órgão responsável por investigar a prática de qualquer infração à lei, e mesmo nos tempos antigos, havia a preocupação de se fazer justiça, ou seja, buscar a verdade para se punir a quem merecesse a punição.

No nosso sistema legal, sempre tivemos também um órgão responsável pela investigação criminal, com o escopo de realizar a busca pela autoria da infração penal e também com o fim de buscar a materialidade da prática de tal infração, para assim somente ser punido o verdadeiro responsável, e se for o caso, se comprovar a inocência do cidadão injustamente e precipitadamente acusado, quer pela imprensa, quer pela opinião pública, quer por órgãos ou pessoas precipitadas e despreparadas.

Tal órgão responsável pela investigação criminal em nosso ordenamento jurídico é a Polícia Judiciária, órgão que desde o código de processo penal de 1941, foi escolhido para realizar a investigação criminal e formaliza-la em um corpo, qual seja o inquérito policial, com previsão expressa e regulamentação no citado diploma legal.

O código citado inclusive afastou por completo a figura do juiz de instrução, por entender que a dimensão territorial de nosso país impedia tal figura, afastando também a figura do Promotor investigador ou Promotor Delegado, já que trouxe previsão legal ao Ministério Público de exercer a ação penal, apenas e tão somente.

A Constituição Federal de 1988 também tratou do assunto de forma precisa e clara, dispondo sobre a atribuição da Polícia Judiciária e do Ministério Público, prevendo expressamente que a atribuição de realizar a investigação criminal é da Polícia Judiciária, enquanto ao Ministério Público cabe a atribuição de propor a ação penal, no que tange a atividade criminal deste órgão, dentre outras atribuições elencadas no artigo 129.

Concluimos também que os argumentos utilizados pelos defensores da tese de que o Ministério Público pode realizar investigações diretamente, são todos refutados, quer

pela doutrina, quer pelo entendimento jurisprudencial, e principalmente pela interpretação literal do texto da lei, seja da legislação infraconstitucional, como principalmente da nossa Carta Magna.

Aliás, há que se ressaltar que o argumento usado de que nossa constituição trouxe poderes implícitos para o Ministério Público investigar, já que não o fez expressamente conforme se verifica do artigo 129 da C.F. já citado, é um argumento também falho, posto que nossa constituição federal é uma constituição analítica e não sintética, e em constituições analíticas não se é defeso verificar ou criar poderes implícitos, já que o que o legislador constituinte tinha a dizer ele o fez no texto da lei, não sendo permitido ampliar os dizeres ou poderes e atribuição conferidos aos órgãos no texto legal.

Por tudo isso é que verifica-se a impossibilidade de investigação criminal por parte do órgão do Ministério Público, até porque no processo penal ele é parte e como parte tem que ter paridade de armas com a defesa, não sendo permitido desvantagens que possam prejudicar o cidadão.

Além do mais, a busca pela prova, a investigação criminal na fase pré processual tem que ser feita de forma imparcial, serena, por um órgão que não irá ser parte no processo, que não irá buscar provas para incriminar o suspeito e sim buscar provas para se descobrir a verdade, principalmente a verdade real, sendo que tal órgão, por escolha do legislador constituinte e também infraconstitucional, é a Polícia Judiciária, dirigida por Delegado de Polícia de carreira, a quem incumbe a investigação criminal e a formalização desta no inquérito policial, sendo que qualquer outra forma de inquérito ou de investigação, somente pode ser feita, como qualquer exceção à lei, por previsão da própria lei, como nos casos de inquérito policial militar, inquérito parlamentar e inquérito civil.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **O processo criminal brasileiro**. 4 ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1959, vol. 1.

BARBOSA, Manoel Messias. **Inquérito policial**. 4 ed. São Paulo: Método, 2004.

BRASIL, **Constituição (1988)**: Constituição da República Federativa do Brasil. 24 ed. atual. e ampl. Brasília, DF: Senado, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Boletim IBCCRIM. Ano 14, nº 17, 2007.

CHAPLIN, R. N; BENTES, J. M. **Enciclopédia da bíblia**. Teologia e Filosofia. Candeia, 1991.

EYMERICH, Nicolau. **Manual dos inquisidores**. 2. ed. São Paulo: Rosa dos Tempos, 1993.

FRAGOSO, Heleno C. **Lições de direito penal**. A Nova Parte Geral. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

GARCIA, Ismar Estulano. **Inquérito**. Procedimento Policial. São Paulo: AB, 1987.

GOMES, Luiz Flávio (Org.). **Código de processo penal**. São Paulo. RT, 2005.

GRINOVER, Ada Pelegrini. **Investigação pelo ministério público**. Boletim IBCCRIM. Ano 12, nº 145, 2004.

HERCULANO, Alexandre. **História da origem e estabelecimento da inquisição em Portugal**. 13 ed. Portugal: Livraria Bertrand. Tomo 1. s/d.

MARQUES, José Frederico. **Estudos de direito processual penal**. 2 ed. Campinas: Millenium, 2001.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Ministério público**. 2 ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2004.

_____. Hugo Nigro. **Regime jurídico do ministério público**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

MIRABETE, Júlio Fabrini, **manual de direito penal**. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MODIN, Augusto. **Manual de inquérito policial**. 6 ed. Sugestões Literárias, 1967.

NAHUM, Marco Antônio. Disponível em: <<http://www.idd.org.br/imprensa/show/33>>. Acesso em: 14 out 2008.

NORONHA, Magalhães. **Direito penal**. 29 ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

RAIMUNDO, José Guilherme. **Inquérito policial**. Procedimentos Administrativos e ação Penal. São Paulo: LEUD, 2000.

PITOMBO, Sérgio M. de Moraes . In: **O indiciamento como ato de Polícia Judiciária**. CEJUP, Belém, 1986.

SANTIN, Valter Foletto. **O Ministério Público na investigação criminal**. 1 ed. São Paulo, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

SILVA, José Geraldo da. **O inquérito policial e a polícia judiciária**. 2 ed. São Paulo, Bookseller, 1996.

TORNAGHI, Hélio. **Instituições de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1977. vol. 2.

_____. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, vol. 1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, v. 1. 1992.

VIEIRA, Hermes, apud, SILVA, José Geraldo. (modelo)

(<http://www.direito2.com.br/oab/2004/ago/31/> voto da OAB sustenta que MP não tem poder de investigação, pesquisa feita em 14 de outubro de 2008)



(<http://www.direito2.com.br/oab/2004/ago/31/> voto da OAB sustenta que MP não tem poder de investigação, pesquisa feita em 14 de outubro de 2008)

(<http://www.idd.org.br/imprensa/show/33>,: Juiz diz que a Constituição impede que o Ministério Público investigue Entrevista pesquisado em 14 de outubro de 2008- Marco Antonio Nahum, Juiz do Tribunal de Alçada Criminal)-

(www.correioforense.com.br/noticias/noticia_na_integra.jsp?idNoticia=3501 Juiz diz que a Constituição impede que o Ministério Público investigue Entrevista pesquisado em 14 de outubro de 2008- Marco Antonio Nahum, Juiz do Tribunal de Alçada Criminal)