

O MINISTÉRIO PÚBLICO E A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Juliana Tadioto da SILVA
Rodrigo Lemos ARTEIRO

RESUMO: O presente estudo visa abordar a discussão a respeito da pertinência, legalidade e constitucionalidade das investigações criminais presididas pelo Ministério Público. Para tanto analisará teses doutrinárias favoráveis e contrárias a tais procedimentos, bem como exporá os argumentos justificadores de ambos os posicionamentos. Serão também analisadas as decisões jurisprudenciais mais recentes a respeito do tema. Em todo o trabalho será relacionado o tema com as normas constitucionais que lhe forem concernentes.

Palavras-chave: Investigação. Ministério Público. Constitucionalidade. Legalidade.

1 INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988 o Ministério Público recebeu novas atribuições como a independência funcional, titularidade privativa da Ação Penal Pública entre outras. Mas a Carta Magna não previu diretamente em nenhum de seus dispositivos a possibilidade do *Parquet* presidir a fase investigativa do crime.

Não só a Constituição Federal como a legislação infraconstitucional não permitiram a investigação pelo Ministério Público, mas também, não a proibiram expressamente.

Diante da referida omissão legislativa, surgem inúmeros posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais a respeito de normas infra e constitucionais que poderiam, em uma interpretação extensiva, dar ensejo a um entendimento da possibilidade ou não da investigação feita pelo membro do Ministério Público.

Tamanha controvérsia tem sido razão de ferrenhos debates entre promotores e delegados de polícia. O Poder Judiciário tem se dividido com decisões divergentes umas das outras.

Uma questão de suma importância é a possibilidade de anulação de todos os procedimentos investigatórios já feitos pelo Ministério Público. Caso haja decisão

pela ilegalidade do procedimento em questão, tornar-se-ão ilícitas as provas que forem frutos de tais investigações e por consequência também serão ilícitas as provas resultantes das primeiras.

Em face da grande controvérsia a respeito do assunto e diante de sua grandiosa importância para o Processo Penal, uma vez que este tem como bem jurídico tutelado a liberdade, pretendemos discutir a legalidade, bem como a pertinência da participação do Ministério Público nas investigações criminais.

2 SISTEMAS INVESTIGATÓRIOS

A investigação possui natureza eminentemente informativa e preparatória. É destinada à ação penal e busca trazer elementos para a formação da *opinio delicti* do promotor que a partir dessas informações decidirá sobre a propositura ou não da ação penal.

Segundo o magistério de Marques (2000, p. 152):

A investigação não se confunde com a instrução. Objeto da primeira é a obtenção de dados informativos para que o órgão da acusação verifique se deve ou não propor a ação penal. Objeto do procedimento instrutório, ou é a colheita de provas para demonstração da legitimidade da pretensão punitiva, ou do direito de defesa, ou então a formação da culpa quando se trata de processo da competência do tribunal do Júri.

Marques (2000, p. 152) afirma ainda que a investigação tem o objetivo de colocar “o fato em contato com o órgão da ação penal”, enquanto que a instrução se destina a colocar “o fato em contato com o juiz”.

Atualmente as investigações criminais, no cenário mundial, podem se dar de algumas maneiras diferentes, sendo que algumas delas são claramente legalizadas no Brasil e outras foram adotadas na prática com base em normas infra e constitucionais de caráter geral.

São exemplos de sistemas de investigação atuais o inquérito policial, os inquéritos parlamentares, as investigações judiciais, as investigações particulares, o termo circunstanciado e o procedimento administrativo criminal.

A grande discussão que se insurge está basicamente instalada entre a adoção do inquérito policial e do procedimento administrativo criminal, sendo o primeiro o mais usual dos métodos, claramente normatizado e consolidado no cenário jurídico, e o segundo um método relativamente novo, presidido pelo Ministério Público e ainda sem qualquer legislação, seja infra ou constitucional que o preveja e defina.

Segundo Marques (2000, p. 153), “o inquérito policial é a forma por excelência da investigação”. Sem dúvida, é o meio mais difundido e utilizado ainda nos dias atuais, embora a própria Constituição Federal não lhe confira caráter exclusivo. Podemos dizer que tal sistema investigatório, sendo presidido pela polícia judiciária, é previsto no artigo 4º do Código de Processo Penal, dispositivo este que em seu parágrafo único afirma que não serão excluídas as competências de outras autoridades a quem a lei confira a mesma função.

Talvez, do dispositivo supracitado surja um dos grandes questionamentos a respeito da possibilidade da investigação presidida pelo Ministério Público, uma vez que o texto legal fala da possibilidade de outras modalidades de investigação dirigidas por outras autoridades a quem a **lei** confira tais poderes. O PAC (procedimento administrativo criminal) não é previsto nem autorizado direta e claramente por nenhuma lei.

É certo que, em seu artigo 129 VIII, a Constituição Federal outorgou ao Ministério Público a faculdade de requisitar diligências investigatórias, bem como a instauração de inquérito policial, mas o exercício de tais poderes não figuram sinônimos de presidência de um procedimento investigatório.

O PAC é fruto de interpretação sistemática de dispositivos da Constituição Federal, do Código de Processo Penal e de leis esparsas, Como dito anteriormente não existe base legal para a investigação feita pelo Ministério Público. O que há atualmente é apenas a Resolução nº 13 da CNMP (Conselho Nacional do Ministério Público) e o artigo 26 da Lei Orgânica do Ministério Público 8625/93, sendo que este último também não trata claramente da investigação criminal coordenada pelo Ministério Público.

Assim como o inquérito policial, o PAC visa a apuração de delitos e de sua autoria para eventual propositura da ação penal. O que torna peculiar o procedimento é que, sendo o Ministério Público o destinatário das investigações criminais, no caso do PAC o promotor investiga para a formação da “*opinio delicti*” de si mesmo.

3 DA LEGALIDADE E CONSTITUCIONALIDADE DA INVESTIGAÇÃO PRESIDADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Grandes são os questionamentos a respeito dos limites legais para a atuação no Ministério Público nas investigações criminais. É inquestionável que a instituição possui legitimidades para participar da fase investigatória, uma vez que a própria Constituição Federal ao definir seus poderes no artigo 129 conferiu ao *parquet* a legitimidade para tanto. A discussão, que já não é tão recente, gira em torno da possibilidade de o promotor ocupar a posição de titular da investigação criminal, ou seja, de dirigi-la, tendo a polícia como sua auxiliar no que for necessário.

A legalidade de tal procedimento vem sendo questionada, pois, como já dito anteriormente, não há nenhum dispositivo legal que o preveja. Muitos são também os questionamentos a respeito da constitucionalidade da investigação presidida pelo Ministério Público, questionamentos esses que tem como fundamento a observância de princípios constitucionais já consagrados.

Diante de tamanha discussão, surgiram inúmeras teses, tanto para justificar a atuação do Ministério Público na coordenação da Investigação Criminal, como para condená-la. São esses argumentos que passamos a expor.

3.1 Elementos Justificadores

Em defesa da possibilidade e pertinência da investigação presidida pelo Ministério Público, surgem teorias justificadoras de tal procedimento, sendo estas bastante plausíveis e coerentes.

3.1.1 Teoria dos poderes implícitos

Os defensores da aplicação da teoria dos poderes implícitos às funções do Ministério Público afirmam que ao definir algumas funções da instituição no artigo 129 da Constituição Federal, o constituinte deixou claro o caráter exemplificativo do referido rol quando permitiu, em seu inciso IX o exercício de outras funções que lhe fossem conferidas desde que fossem compatíveis com a sua finalidade. Assim dispõe o dispositivo em questão:

Artigo 129. São funções institucionais do Ministério Público:
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.

Assim, incorporou-se ao ordenamento jurídico do Brasil a teoria dos poderes implícitos originária dos Estados Unidos.

A referida teoria afirma que quando a Constituição Federal cria um órgão e lhe confere poderes concede-lhe também os instrumentos necessários para exercer suas funções, logo, se ao Ministério Público é outorgada a legitimidade para a propositura da ação penal, a ele é facultado investigar o fato para decidir se dará procedimento à denúncia ou não.

Dessa forma, seria possível o reconhecimento de poderes genéricos implícitos na Constituição Federal para que viabilizar o exercício das competências explícitas. A investigação criminal seria um desses poderes implícitos que teriam como

função a obtenção de elementos suficientes para possibilitar a formação da opinião do promotor a respeito da existência e autoria do delito.

Os simpatizantes da teoria afirmam que o não reconhecimento dos poderes implícitos na Constituição Federal acarretariam o comprometimento da efetividade dos trabalhos da instituição em relação ao combate ao crime e à defesa da sociedade.

3.1.2 Imparcialidade do Ministério Público

O Ministério Público é dotado de independência funcional, não há subordinação hierárquica. A Instituição goza de autonomia e independência para exercer suas funções. Não há hierarquia funcional entre os membros, uma vez que, nem mesmo os superiores hierárquicos tem o poder de dar-lhes uma ordem mandamental para agir de determinada forma. Há que se falar também na independência funcional do Ministério Público quanto às outras instituições ou órgãos do Estado. Trata-se da liberdade que o *parquet* tem de agir sem receber nenhuma instrução vinculante de qualquer autoridade pública.

Dessa forma, os membros do Ministério Público não sofrem pressões políticas o que confere à instituição maior imparcialidade para proceder à investigação.

3.1.3 Não exclusividade da investigação criminal e a dispensabilidade do inquérito policial

O artigo 4º, parágrafo único do Código de Processo Penal, afirma que a competência conferida à polícia judiciária para apurar infrações penais e sua autoria não exclui a de outras autoridades administrativas.

Dispõe também o artigo 39, parágrafo 5º do Código de Processo Penal que ao Ministério Público é facultado dispensar o inquérito policial caso já reúna elementos

suficientes para a promoção da ação penal. Sendo, portanto, o inquérito dispensável, mister se faz reconhecer a possibilidade de utilização de outros meios de investigação, uma vez que, se alguma forma, será necessária a reunião de elementos para a propositura da ação penal.

A Carta Magna, no capítulo em que trata da segurança Pública, também não contempla a privatividade da investigação pela polícia. A única disposição em que se faz menção a alguma exclusividade está no artigo 144 §1º no qual é conferida à Polícia Federal as funções da Polícia Judiciária. A esse respeito explica Oliveira:

Ora, mesmo no campo da hermenêutica puramente gramatical, veríamos que a exclusividade ali contida diria respeito unicamente à polícia federal, em relação, portanto, às investigações da Justiça Federal. Relembre-se: há também a Polícia Rodoviária Federal! Daí, a distinção. Então, o máximo que se poderia alegar é que somente a Polícia Federal – e não a estadual – teria privatividade na investigação, já que em relação à Polícia Estadual (polícias civis) nada se afirma no âmbito de qualquer exclusividade (art. 144, §4º, CF).

Assim, a “*contrario sensu*” não existiria impedimento ao menos às investigações presididas pelo Ministério Público dos Estados.

Há ainda o posicionamento de que a palavra “exclusivamente” contida no §1º do artigo 144 do Código de Processo Penal diz respeito à privatividade da Polícia Federal em relação às outras polícias da União, sendo elas a Polícia Militar, Polícia Rodoviária Federal e a Polícia Ferroviária Federal. Assim, o intuito do referido dispositivo seria o de excluir dessa função os demais órgãos constantes no “*caput*” do artigo.

3.1.4 Da previsão constitucional

O procedimento administrativo criminal sofre críticas também acerca da constitucionalidade do procedimento.

Insta salientar que o Procedimento Administrativo Criminal (PAC) originou-se de interpretação dos Tribunais a respeito do artigo 127 da Constituição Federal que,

ao criar o Ministério Público nos moldes atuais, determina como sendo função dessa instituição a defesa da ordem jurídica, bem como do regime democrático, dos interesses sociais e dos individuais indisponíveis. Dessa forma, haveria certa relação entre a função investigatória e o cumprimento das incumbências supracitadas, uma vez que o cometimento do delito afrontaria os bens jurídicos abrangidos no referido dispositivo.

Para os defensores do procedimento, a Constituição Federal, ao prever em seu artigo 129 VI o poder do Ministério Público para requisitar documentos e informações para compor a instrução de procedimentos administrativos que forem de sua competência, autoriza a prática direta da função investigatória ao promotor. Nesse sentido, posiciona-se Oliveira (2008, p. 64) : “Por que aquele a quem se atribui o *fin* não poderia se valer dos *meios* adequados? A quem interessa o afastamento do Ministério Público da direção das investigações?”.

Também o inciso IX do mesmo artigo 129 da Constituição Federal confere ao Ministério Público o poder de requisitar tanto diligências investigatórias, como a instauração de inquérito policial. Ao receber as referidas requisições o delegado está vinculado a elas, não podendo negar-se a cumpri-las. Se ao *parquet* é disponibilizado tal poder, seria plausível que ele mesmo procedesse a tais atos.

3.2 Argumentos Contrários

Ínumeros também são as justificativas do posicionamento contrário à ação investigativa do Ministério Público, chegando até mesmo a demonstrar sua inconstitucionalidade.

3.2.1 Constituição Federal analítica

Uma das formas de classificação das Constituições Federais diz respeito à sua extensão. É a divisão que se faz entre as constituições sintéticas e as constituições analíticas.

O conteúdo das constituições sintéticas limita-se às matérias próprias das constituições, ou seja, somente tratam de normas formais e materialmente constitucionais, limitando-se apenas a princípios gerais. Normalmente possuem menor extensão. Parte da doutrina considera sintéticas as Constituições com que possuam menos de 100 artigos. A Constituição dos Estados Unidos é o grande exemplo de Constituição sintética

Por sua vez, a constituição analítica dispõe de matérias constitucionais próprias, mas também trata de outras que poderiam ser desenvolvidas pela legislação infraconstitucional, ou seja, cuida de assuntos que atravessam o limite dos sugeridos pelo constitucionalismo clássico, como os direitos e garantias fundamentais, por exemplo. Ao tratar de questões distintas do padrão, as constituições analíticas possuem a tendência de originarem normas das quais os comandos normativos possuem hermenêutica programática.

A Constituição Federal Brasileira está classificada entre as Constituições Analíticas. Seus artigos tratam de direitos fundamentais, mas também tratam de regras que poderiam perfeitamente ser abordados pela legislação ordinária, como por exemplo a criação do Colégio Dom Pedro II.

Sendo a Constituição Federal Brasileira analítica, não seria cabível a aplicação da *Teoria dos Poderes Implícitos*, já que possuindo essa característica, a Carta Magna já tratou diretamente de todos os assuntos dos quais o constituinte quis dispor, não havendo espaço para interpretações extensivas. Dessa forma, não seria possível ao Ministério Público coordenar a investigação criminal, uma vez que tais atos seriam inconstitucionais, pois não foram previstos pela Constituição da República.

Dessa forma, a atuação do *parquet* na fase de investigação do delito deve respeitar os limites estabelecidos pela Carta Magna para não arruinar a ordem democrática vigente no Brasil.

3.2.2 Princípio da legalidade e segurança jurídica

Dispõe o artigo 4º, parágrafo único do Código de Processo Penal que, além da Polícia Judiciária, outros órgãos também poderiam realizar atividades investigatórias. Todavia, é condição que para tanto haja previsão legal que autorize tal atuação.

Dessa forma, o ordenamento jurídico brasileiro estabeleceu como regra a apuração dos delitos pela polícia. Qualquer eventual exceção depende de previsão legal.

Ocorre que até o presente momento não há nenhuma previsão normativa que autorize expressamente a condução da investigação criminal pelo Ministério Público, não preenchendo assim requisito legal obrigatório para sua autorização. Dessa forma, a investigação liderada pelo *parquet* viola diretamente o princípio constitucional da legalidade.

3.2.3 Princípio do devido processo legal

Dispõe a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LIV: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Dessa norma, podemos extrair uma divisão do devido processo legal em devido **processo legal formal** e **devido processo legal substantivo**. Ambos seriam ofendidos quando da realização de investigação criminal pelo Ministério Público. Vejamos.

O princípio do devido processo legal formal garante a todas as pessoas o processo justo, baseado em previsão legal. Seu conceito limita a atuação governamental no que diz respeito à restrição da vida, liberdade ou patrimônio. Sendo assim, é a garantia concedida ao cidadão de utilizar-se da totalidade dos meios jurídicos existentes. Dessa forma, a atuação do Ministério Público na investigação dos delitos quebraria o devido processo legal formal, uma vez que não há lei federal que autorize tal atuação.

Por sua vez, o devido processo legal substantivo atua no sentido de afastar a aplicabilidade das leis ou quaisquer atos governamentais que sejam arbitrários, limitando a conduta de tais agentes públicos. Qualquer órgão só pode entrar na esfera da liberdade de alguém de forma cautelosa e proporcional. A atuação do Ministério Público, ao investigar, teria então tal caráter arbitrário e desproporcional.

3.2.4 Princípio da igualdade processual

Argumento amplamente defendido pela Ordem dos Advogados Brasileiros é o de que a investigação pelo MP fere o Princípio da Igualdade Processual ou Paridade de Armas pois coloca o acusado em situação de desvantagem.

O princípio da igualdade processual surge da interpretação do artigo 5º *caput* da Constituição Federal. As partes devem receber tratamento igualitário, para terem a possibilidade de fazer valer suas razões em juízo. O princípio da paridade de armas ganha ainda maior proporção na esfera criminal, pois nela se trata de direitos relativos à liberdade do indivíduo, direito fundamental. Com a prática da investigação pelo *parquet* o acusado teria, além da Polícia Judiciária, o Ministério Público atuando de forma contrária a ele, resultando no surgimento de situação que lhe é extremamente desfavorável.

3.2.5 Da segurança pública – artigo 144 da Constituição Federal

O artigo 144 da constituição Federal está inserido no Capítulo III do Título V da constituição Federal que trata da segurança pública. O referido dispositivo disciplina as competências e incumbências de cada órgão responsável pela segurança pública, não trazendo em nenhum momento a função investigativa como cabível ao Ministério Público.

O §4º do referido artigo define a competência para as funções de polícia judiciária e apuração de infrações penais conferindo-a às polícias civis e não ao órgão do Ministério Público.

Já o §1º, inciso IV garante exclusividade à polícia federal no que diz respeito às funções de polícia judiciária da união. Como já visto anteriormente, há controvérsias a respeito da interpretação do referido dispositivo constitucional.

3.2.6 Princípio da vedação das provas ilícitas.

Há entendimento de que a prova obtida por meio de investigação presidida pelo *parquet* teria caráter ilícito uma vez que seria fruto de procedimento ilegal, uma vez que não é previsto pelo ordenamento jurídico.

Por consequência, em virtude da teoria dos “frutos da árvore envenenada” as provas resultantes das primeiras também estariam contaminadas pela ilicitude.

O acolhimento de tal tese poderia gerar importantes consequências jurídicas, uma vez que estaria aberta a possibilidade de anulação de todas as provas obtidas por meio de investigação do Ministério Público o que afetaria de forma direta o prosseguimento de inúmeros processos criminais e até mesmo a execução de penas.

4 CONCLUSÃO

O presente estudo buscou demonstrar a grande controvérsia ainda existente acerca do assunto em tela. Embora haja algumas decisões dos tribunais a respeito do tema, estas são divergentes entre si e ainda não chegou-se a um consenso.

Certamente a pacificação a respeito da pertinência, legalidade e constitucionalidade da investigação presidida pelo Ministério Público ainda dependerá de um longo e árduo caminho a ser percorrido pela doutrina, jurisprudência e até mesmo pela legislação. Muitos são os argumentos para ambos os posicionamentos e todos gozam de respeitável coerência, não podendo ser afastados de pronto.

Destarte, o que não pode ocorrer é que tal discussão se resuma ao corporativismo tanto por parte da Polícia Judiciária, quanto do Ministério Público, pois o que está em questão não é uma disputa de poderes e vaidades e sim a segurança pública e o direito constitucional à liberdade do cidadão, ou seja, não se trata de uma disputa política e sim uma discussão a respeito dos direitos do povo e sua defesa.

De qualquer forma, o que se almeja é que haja uma investigação célere e eficiente, mas também indispensável se faz que esta seja legal. É preciso apenas definir-se quais são os limites de tal legalidade.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Código de Processo Penal. **Decreto Lei nº 3.689, de 03.10.1941**. São Paulo: Antônio Luiz de Toledo Pinto (Org.). Editora Saraiva, 2008.

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

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 15ª ed.; São Paulo: Saraiva, 2008.

FACULDADES INTEGRADAS “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. Núcleo de estudos, pesquisas e extensão – NEPE. **Normalização para apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso da Toledo Presidente Prudente.** 6ª ed. Presidente Prudente, 2007.

MARQUES, José Frederico. **Elementos do Direito Processual Penal.** 2ª ed.; Campinas: Millennium, 2000.

MAZZILI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público.** 1ª ed.; São Paulo: Saraiva, 1997.

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

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 18ª ed.; São Paulo: Atlas, 2005.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal.** 9ª ed.; Rio de Janeiro, 2008.

PIRES, Gabriel Lino de Paula. **A investigação criminal pelo Ministério Público.** Disponível em www.jus2.uol.com.br. Acesso 21 de janeiro de 2009.

SANTIN, Valter Foletto. **O Ministério Público na Investigação Criminal.** 1ª ed.; Bauru: Edipro, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 23ª ed.; São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal.** 10ª ed.; São Paulo: Saraiva, 1997.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** 29ª ed.; Saraiva, 2007.