

OS PODERES INVESTIGATÓRIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Jorge Cardoso de Oliveira¹

RESUMO

O presente trabalho foi desenvolvido com o objetivo de se pesquisar o verdadeiro papel do Ministério Público, no que se refere à legitimidade para a investigação preliminar, fruto de acalorada polêmica, em face do regramento constitucional e processual penal. Para tanto, se buscou na doutrina e na jurisprudência os mais recentes posicionamentos, sobre as atribuições da polícia judiciária e sobre as funções institucionais do Ministério Público.

Palavras-chave: Investigação. Polícia Judiciária. Ministério Público. Legitimidade.

1 INTRODUÇÃO

O papel da fase preliminar da persecução penal, seja como garantia contra acusações levianas, seja para o êxito do processo penal, tem sido objeto de crescente reconhecimento. Não menos crescente, tem se revelado a polêmica quanto à legitimidade do Ministério Público para realizar investigações criminais autônomas.

Daí, a escolha deste tema, o qual foi desenvolvido, recorrendo-se ao regramento constitucional, sobretudo no que se refere às atribuições da Polícia Judiciária e às funções institucionais do Ministério Público.

Foram pesquisados também, por meio amplo levantamento bibliográfico, os variados posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, demonstrando-se de forma sistematizada os argumentos contrários e aqueles favoráveis à investigação direta pelo Ministério Público, de modo a possibilitar uma visão panorâmica da questão.

Ao final, apresenta-se uma posição pessoal, respondendo questões como: diante do ordenamento jurídico pátrio, o Ministério Público pode ou não pode desenvolver investigações criminais autônomas? A previsão de apuração de infrações penais por outras autoridades administrativas, que não o Delegado de Polícia, prevista no parágrafo único, do art. 4º do Código de Processo Penal, se estende ao Ministério Público? O controle externo da atividade policial e o poder requisitório, relativos às diligências investigatórias e à instauração de inquérito policial, conferidos ao Ministério Público pela Constituição Federal, no art. 129, incisos VII e VIII, dão à Instituição o poder de investigar diretamente? A legitimidade do Ministério Público para promover investigação autônoma não fere os princípios do devido processo legal, da igualdade de partes, da imparcialidade, do contraditório e da ampla defesa?

2 A PERSECUÇÃO PENAL

Como se sabe, verificada a infração penal emerge para o Estado o poder-dever de desencadear a persecução penal.

¹ Especialista em Ciências Criminais pelo Instituto Luiz Flávio Gomes – LFG/ Universidade da Amazônia – UNAMA e professor de Direito Processual Penal da Faculdade Eduvale de Avaré – SP.

É que o sistema processual penal brasileiro retirou do particular a autotutela, admitindo-a, apenas, de modo excepcional, ou seja, só nas hipóteses de prisão em flagrante, estado de necessidade e legítima defesa. Proibiu-se, assim, a realização de justiça pelas próprias mãos, elevando-se essa conduta à categoria de crime (art. 345, Código Penal- CP e Lei nº 4898/65).

Compete, pois, ao Estado o monopólio do *ius puniendi*, exercido através da função jurisdicional e por meio do processo.

Neste passo, se está diante da segunda fase da persecução penal – a judicial – também conhecida como a *persecutio criminis in iudicio*, de atribuição exclusiva do Ministério Público, em relação às ações penais públicas (art. 129, inc.I, Constituição Federal - CF).

A exceção corre por conta da ação penal privada, quando então é conferida ao particular, de modo extraordinário, legitimidade para se estar em juízo, promovendo a ação penal privada. Observe-se, todavia, que mesmo neste caso o direito de punir continua em mãos do Estado.

Precedendo, entretanto, essa fase judicial da persecução penal, o sistema jurídico pátrio prevê uma fase preliminar, preparatória, também chamada de investigativa, que tem por finalidade a apuração das infrações penais, suas circunstâncias e respectiva autoria. As atribuições pertinentes a esta fase pré-processual estão estruturadas na Constituição Federal (art.144, § 1º, inc. IV e § 4º, CF), bem como na legislação processual penal (art.4º, CPP), como sendo de responsabilidade da polícia judiciária, exercida pela Polícia Federal e pelas Polícias Civis dos Estados e do Distrito Federal.

Ocorre que o Ministério Público, inobstante a clareza e o conteúdo dessa legislação citada, não de agora, mas de longo tempo, como adiante se verá, insiste em atuar diretamente na investigação criminal, não como fiscal de sua regularidade, mas sim, como seu protagonista.

O Parquet, na persecução desse objetivo, não tem se limitado à busca da legitimação legal. Ao revés, a mingua desta, vem disciplinando os seus supostos poderes investigatórios, à revelia do texto constitucional e mesmo do código de processo penal.

A propósito, como um dos vários exemplos dessa atuação, cabe aqui lembrar a Resolução nº 13, de 02/10/2006, aprovada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, a pretexto de regulamentar o art. 8º da Lei Complementar nº 75/95 e o art. 26 da Lei nº 8.625, “disciplinando” os poderes investigatórios do órgão ministerial, que no comentário feito pelo professor Cezar Roberto Bitencourt (2007) é de inquestionável inconstitucionalidade, em face da patente violação, dentre outras, do art. 22, I, da Carta Política Brasileira.

Essa situação tem alimentado a polêmica em torno dos almejados poderes investigatórios, e parece que o objetivo é exatamente esse: polemizar para conquistar!

3 O INQUÉRITO POLICIAL COMO INSTRUMENTO DA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

Tal qual disposto na lei (art.144, § 1º, inc. IV, § 4º, CF e art. 4º, CPP) a investigação criminal é realizada pelas autoridades policiais, leia-se delegados de polícia de carreira, com a finalidade de preparar a futura ação penal. Seu instrumento é o inquérito policial, que faz parte da tradição do direito processual penal brasileiro, salvo no caso de infração penal de menor potencial ofensivo,

quando os elementos instrutórios são colhidos por intermédio de termo circunstanciado de ocorrência (art.69, Lei nº 9.099/95).

Com efeito, embora a denominação de inquérito policial só tenha surgido com a edição da Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871, regulamentada pelo Decreto-lei nº 4.824, de 28 de novembro de 1871, alguns dispositivos sobre o procedimento informativo, sem aquele *nomen juris*, que ainda não existia, já constava do Código de Processo de 1832 (NUCCI, 2005, p.121).

Por ocasião da reforma do Código de Processo Penal então vigente, que resultou no Código atual – Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 – o legislador, conforme justificado na Exposição de Motivos (cap.IV), optou por manter “o inquérito policial como processo preliminar preparatório da ação penal”, não só por reconhecer que a realidade brasileira, construída a partir de uma vasta extensão territorial e cheia de desigualdades, representava um fator negativo para a implantação do juizado de instrução, mas também por entender que a mudança “importaria limitar a função da autoridade policial a prender criminosos, averiguar a materialidade dos crimes e indicar testemunhas”. Mas, ainda e sobretudo, o inquérito policial foi conservado pelo seu caráter garantista (na época da ditadura!), argumento que o legislador classificou como “dificilmente contestável”, para na seqüência dizer:

É ele uma garantia contra apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime ou antes que seja possível uma exata visão de conjunto dos fatos, nas circunstâncias objetivas e subjetivas. Por mais perspicaz e circunspeta, a autoridade que dirige a investigação inicial, quando ainda perdura o alarma provocado pelo crime, está sujeita a equívocos ou falsos juízos a priori, ou a sugestões tendenciosas (EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DO CPP, cap. IV).

E mais adiante questiona: “Por que, então, abolir-se o inquérito preliminar ou instrução provisória, expondo-se a justiça criminal aos azares do detetivismo, às marchas e contramarchas de uma instrução imediata e única?”

Para finalmente, concluir que “o nosso sistema tradicional, com o inquérito preparatório, assegura uma justiça menos aleatória, mais prudente e serena”.

Nada mais atual. O inquérito, sem dúvida, continua sendo o instrumento dessa garantia preconizada pelo legislador de 1941.

Ao contrário do que se poderia supor, o tempo, a vertiginosa evolução tecnológica, a revolução nos costumes, a criação e o fortalecimento do Estado Democrático de Direito só fizeram acentuar o papel garantista do inquérito, ora preservando o próprio Estado de um eventual exercício açodado do *ius puniendi*, ora garantindo ao investigado que ele está sujeito, sim, ao processo, mas só em face da demonstração de justa causa para isso.

Outro não é o ensinamento do professor Nucci (2005, p.121), quando observa:

Que esse objetivo de investigar e apontar o autor do delito sempre teve por base a segurança da ação da justiça e do próprio acusado, pois, fazendo-se uma instrução prévia, através do inquérito, reúne a polícia judiciária todas as provas preliminares que sejam suficientes para apontar, com relativa firmeza a ocorrência de um delito e o seu autor.

E depois aduz, que “o simples ajuizamento da ação penal contra alguém provoca um fardo à pessoa de bem, não podendo, pois, ser ato leviano, desprovido de provas e sem um exame pré-constituído de legalidade”.

Na mesma direção, é o parecer de Moraes Filho (1996), ao defender que:

Este critério de atribuir, na *persecutio criminis*, funções diferenciadas a dois órgãos distintos é o que melhor se coaduna com o sistema acusatório, que os estudiosos, de uma forma geral, consideram mais eficaz do que o sistema inquisitório, no tocante ao resguardo das garantias do cidadão, em face do poder persecutório do Estado.

Ao lado dessa função de proteção e promoção dos direitos fundamentais do cidadão, o inquérito policial, contrariamente dizem os seus críticos, representa um eficiente instrumento investigatório, adequado ao atendimento de sua finalidade (preparatória da ação penal ou mesmo demonstrativa de uma situação de desnecessidade do processo, quando então servirá de base à formulação da promoção de arquivamento do caso).

As características que o informam, bem como a sua natureza de peça informativa, permitem a realização de um procedimento ágil e eficiente, sendo certo que a sua eventual delonga ou impropriedade não está associada à sua essência.

Com certeza, ela é decorrente da própria estrutura do Sistema Criminal, que às voltas com uma demanda crescente da criminalidade, não só no que se refere à quantidade, mas também em relação à gravidade, muitas vezes, se vê obrigado a priorizar esta ou aquela investigação, em detrimento de outras tantas.

Outro fator exógeno, com grande impacto no resultado da investigação, está relacionado com a prova técnica, cuja produção ainda se mostra muito aquém da sua necessidade e relevância.

O processo penal brasileiro, que cada dia mais se amolda à nova Ordem Constitucional instaurada em 1988, mantendo-se fiel à observância dos direitos assegurados ao indiciado, dentre os quais se destaca, neste aspecto, o direito ao silêncio e à não auto-incriminação, está a reclamar o aperfeiçoamento dos meios de prova.

O indiciado deixou de ser considerado objeto de investigação para assumir o papel de sujeito de direitos.

Desse contexto, emerge como fundamental os serviços de Polícia Científica, que não vêm acompanhando essa evolução e, assim, têm mostrado-se incapazes de responder aos reclamos de uma instrução preliminar eficiente e segura.

3.1 A Polícia Judiciária

A origem da polícia judiciária no Brasil, conta o delegado Zaccariotto (2005, p.91-92), está relacionada ao fato de que “após a independência, já em 15 de outubro de 1827, sob inspiração francesa, a lei reproduziu, em versão brasileira, a figura do juiz investigador, cometendo ao Juiz de Paz a competência de apuração criminal, especialmente para a elaboração do auto de corpo de delito”.

Na seqüência, o mesmo autor, diz que “já em 1842, o Regulamento nº 120, [...] oficializou, através de seu art. 3º, a criação da Polícia Judiciária entre nós, confiando-lhe, como já visto, atribuições não apenas investigativas como também judiciais.”

Posteriormente, com a edição do Código de Processo Penal, em 1941, foi reafirmada a finalidade investigativa da polícia judiciária e definido que o seu

exercício competia às autoridades policiais (delegados de polícia), conforme (art. 4º, CPP), *in verbis*: “A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria”.

Nélson Hungria, no Recurso de Hábeas Corpus nº 34.827/AL, julgado em 31 de janeiro de 1957, conforme argumentado pela defesa, em ação de *habeas corpus*, já defendia: que “O Código de Processo Penal não autoriza a deslocação de competência, ou seja, a substituição da autoridade policial pela judiciária e membro de Ministério Público na investigação de crime.”

Mais recentemente, com a Constituição Federal de 1988, a polícia judiciária ganhou *status* constitucional e o monopólio da investigação criminal, ressalvadas apenas aquelas hipóteses em que a lei, excepcionalmente, autoriza que as apurações sejam conduzidas por outras autoridades, que não a policial, conforme estatuído no § único do art. 4º do Código de Processo Penal.

Para Tourinho Filho (2006, p.63), a Constituição Federal ao dispor 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”, está a expressar que a “Polícia Civil é a incumbida de elaborar o inquérito, enquanto Polícia Judiciária é a destinada a cumprir as requisições dos Juízes e membros do Ministério Público, como se infere do art.13 do diploma processual penal”.

Mais adiante, entretanto, o mesmo autor registra que “o uso já consagrou a denominação de Polícia Judiciária não só para a que elabora inquéritos como à que realiza as requisições de Juízes e Promotores”.

Quanto à exclusividade da investigação criminal pela polícia judiciária, acima referida, ela não é pacífica, conforme adiante se verá, dos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais pesquisados.

3.1.1 Posição doutrinária

Em verdade, a tese da exclusividade se vê amparada por autorizada e majoritária doutrina.

A propósito, Grinover (2004) analisando a questão se expressa dizendo: “Não tenho dúvidas de que o desenho constitucional atribuiu a função de Polícia Judiciária e a apuração das infrações penais à Polícia Federal e às Polícias Civis [...]”

No corpo do mesmo trabalho, acrescenta que:

Igualmente inquestionável é que o inquérito é o instrumento de investigação penal da Polícia Judiciária e que o papel do MP, em relação ao referido instrumento, é apenas o de requisitar diligências investigatórias e sua instauração, além de exercer o controle externo da atividade policial (art.129, VII e VIII). [...] A própria Constituição, como é sabido, atribui o poder de investigar a outros órgãos, como as Comissões Parlamentares de Inquérito – CPIs 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 ao Parquet foram rejeitadas, deixando portanto a salvo a estrutura constitucional acima descrita (GRINOVER, 2004).

E conclui que “[...] 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”.

No mesmo sentido, é o ensinamento de Bitencourt (2007) para quem a autorização conferida a órgãos diversos da Polícia Judiciária, para que eles também possam exercer atividades investigatórias, circunscritas, de maneira geral, ao círculo de suas atribuições, como é o caso do Banco Central e da Receita Federal, representa exceção à regra e depende, “...obrigatoriamente, de expressa previsão legal, o que não se verifica no caso dos poderes investigatórios criminais atribuídos ao Ministério Público [...]”.

Também, a propósito do tema, que ele reconhece como controverso Nucci (2005, p.124) se manifesta dizendo: “[...] cremos inviável que o promotor de justiça, titular da ação penal, assuma a postura de órgão investigatório, substituindo a polícia judiciária e produzindo inquéritos visando à apuração de infrações penais e de sua autoria”.

Registre-se ainda, a conclusão de Vieira (2004, p.332) na qual ele consigna que:

Não pode o Ministério Público, pessoalmente, investigar crimes, por não ter-lhes sido concedida competência/atribuição em lei. Pode-deve, sim, requisitar à autoridade policial a instauração do procedimento instrutório, sendo-lhe vedado utilizar-se da regra estatuída no parágrafo único do art. 4º do CPP, recepcionada pela Carta de 1988, para, tomando-a como ‘pseudo-atribuição concorrente/supletiva’ à polícia judiciária, investigar crimes, posto que a ressalva introduzida pelo legislador de 1940 é aplicada, sim, ao órgão ministerial, mas, única e exclusivamente, nos fatos de poder-dever investigar os praticados por seus representantes.

3.1.2 Entendimento Jurisprudencial

O tema se encontra pendente de julgamento pelo Plenário da Corte Suprema.

A última decisão do Superior Tribunal Federal (STF), que discutiu o tema, veio da sua 2ª Turma, tendo como Relator o então Ministro Nélson Jobim, e aconteceu no bojo do Recurso Ordinário em Habeas Corpus 81.326/7 – Distrito Federal. O resultado desse julgamento, como se sabe, foi pela impossibilidade de promoção de investigação direta pelo Ministério Público.

O lapidar voto do Ministro Relator foi acompanhado pelos votos dos Ministros Carlos Velloso (presidente) e Gilmar Mendes. Portanto, a decisão foi por unanimidade.

Como fundamento do seu voto, o Ministro Jobim iniciou a análise da matéria, como anota Vieira (2004, p.310) abordando a sua evolução histórica:

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, pela feitura 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, sendo todas elas rechaçadas pelo legislador ordinário ou constitucional.

A interpretação do Ministro, que atuou como parlamentar constituinte, não se pode olvidar, é revestida de peculiar autoridade e se harmoniza com o pensamento da doutrina majoritária, consoante reportado anteriormente.

Diverso é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça.

Essa graduada instância de Justiça, amparada em fundamentos outros, como a dispensabilidade do inquérito policial (art. 39, § 5º, CPP), em relação à propositura da ação penal; e, ao fato de eventual ilegalidade verificada na fase da investigação preliminar não ter o condão de contaminar a ação penal decorrente, desacolhe a tese da exclusividade das polícias, no se refere às infrações penais de ação pública. E, assim, vêem como legítima a atuação do Ministério Público conduzindo suas próprias investigações criminais, a cavaleiro das atribuições da polícia judiciária.

A coexistência de divergência exacerbada entre dois Tribunais de magna relevância, como é o caso do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, evoca o tamanho da polêmica que gravita em torno do tema objeto de análise neste trabalho.

3.2 Funções Institucionais do Ministério Público

Poderia dizer-se que a Constituição de 1988 foi pródiga, em relação aos amplos e relevantes poderes institucionais confiados ao Ministério Público.

Todavia, é preciso reconhecer, que o legislador constituinte, na verdade, fez justiça com a Instituição que, mercê de sua luta e seriedade no trato dos interesses individuais, sociais e coletivos, conquistou esse espaço, relevante e estratégico para a defesa e aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito no Brasil.

Dentre essas várias funções institucionais, que aparecem elencadas na Constituição Federal, art. 129 e incisos I a IX, dizem respeito, mais de perto, ao tema ora analisado, como decorrência de sua natureza processual penal, a titularidade exclusiva, para promover a ação penal pública (I); o controle externo da atividade policial (VII); e a legitimidade para requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (VIII).

3.2.1. Controle externo da atividade policial

O Ministério Público do Estado de São Paulo, a pretexto de estabelecer normas para o exercício do controle externo da atividade de Polícia Judiciária, previsto no artigo 129, inciso VII, da Constituição Federal e no artigo 103, inciso XIII, da Lei Complementar Estadual nº 734, de 26-11-1993, editou o ato nº 98/96.

Sobre o conteúdo deste, Silva (1996, p.19-28), que na época era o Secretário da Segurança Pública, esclareceu que:

Controle externo é a atividade de fiscalização, vistoria, inspeção e vigilância que uma instituição exerce em relação a outra. Não se trata de poder hierárquico e de dominação, pelo qual se permita interferir na atividade própria da instituição controlada, porque isto seria controle interno.

Disse também, no que se refere ao art. 144, § 4º, que a “Constituição reservou à polícia civil estadual um campo de atividade exclusiva que não pode ser invadido por norma infraconstitucional e, menos ainda, por disposições de ato administrativo”.

A verdade é que depois de duas décadas essa importante função fiscalizatória foi cometida ao Ministério Público, observa-se, contudo, é que ela praticamente não existe ou, quando existe, seus resultados são extremamente tímidos.

Às vezes, é mais fácil criticar, vilipendiar, do que contribuir para o afastamento das eventuais distorções (pois, foi para isso que essa função foi criada e existe). Pior ainda, quando se trabalha contra, investindo-se no quanto pior melhor, como ressaltado por Vieira (2004, p.358), quando diz que:

Teremos de estar preparados a enfrentar, com todas as forças, colocando todos os cacos d'alma ainda existentes, argumentos falaciosos, sensacionalistas, oportunistas, por vezes misturados, subliminarmente ou não, a espúrios e inescrupulosos interesses eleitoreiros ou oligárquicos, sobretudo quando acesos os holofotes da mídia marrom, no sentido de que a segurança pública 'faliu', a polícia judiciária 'faliu' e é corrupta, não está apta e equipada para apurar, com a velocidade da luz, de preferência, os chamados crimes decorrentes de organização criminosa, de corrupção, evasão de divisas, sonegação fiscal, etc.[...]

É preciso que o Ministério Público, efetivamente, assuma essa função por inteiro, com a competência e responsabilidade que lhe é peculiar.

Pois, trabalhar de modo a usurpar atividade própria da polícia judiciária é fomentar a desconfiança e alargar o fosso entre as duas instituições, tão essenciais à segurança pública, à proteção dos direitos e liberdades individuais e ao fortalecimento do Estado Democrático de Direito.

Vieira (2006), Advogado e mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP, em crítica a Resolução 13 do CNMP, escreve que “da atribuição funcional de exercer o ‘controle externo da atividade policial’ (art.129,VII,CF), tenta-se tomar para si a atividade de polícia investigativa, sem a contrapartida da fiscalização judicial, apanágio do Estado Democrático de Direito. E, claro, assim não se controla a atividade policial.”

3.2.2. Requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial

Essa função institucional (VIII), que confere ao Membro do Ministério Público requisitar a instauração de inquérito policial e, ao mesmo tempo, requisitar outras diligências que se mostrem indispensáveis à formação da *opinio delicti* (CPP, art. 16), permite à Instituição participar da instrução preliminar, direcionando-a no interesse da promoção da ação penal pública.

Esse poder requisitório, de função instrumental relevante, representa também uma forma de participação efetiva e controle das atividades de investigatórias.

Não assisti, portanto, razão para a “Investigação criminal independente pelo Ministério Público”, como defende Carneiro (2007, p.89), e como se insiste em realizar, com clara usurpação das atribuições de polícia judiciária.

Para Fernandes (2005, p.266), “o art.129, VIII, da Constituição Federal, só possibilitou ao Ministério Público ‘requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial’”.

3.3 Por Que o Ministério Público Não Pode (e Não Deve) Investigar?

Como já visto, a Constituição de 1988, por meio da prescrição inserida no art. 144, § 1º, IV e § 4º, reservou essa função à Polícia Judiciária, de modo exclusivo, não incluindo o Ministério Público entre as exceções a essa regra geral.

3.3.1 Proibição legal e constitucional

De outra parte, a cláusula de não exclusividade, expressa no § único, art. 4º, do CPP, aventando a hipótese de investigação por outras autoridades administrativas, de modo excepcional, quando autorizadas por lei, também não aproveita ao Ministério Público. E por uma razão muito simples: ausência de previsão legal e decorrente respeito ao princípio da reserva legal.

A respaldar esse entendimento, oportuna é a lição de Souza Netto (2003, p.97), expressa na afirmação de que:

A Constituição de 1988 fixou os parâmetros do processo penal no Brasil, estabelecendo que as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais incumbem às polícias civis e à federal (e inclusive à militar, no que diz respeito aos crimes militares), (art.144, parágrafos), e a tarefa de acusar, nos crimes de ação penal pública, é privativa do Ministério Público (art. 129).

3.3.2 Comprometimento do devido processo legal

Como um dos atributos do Estado Democrático de Direito, a Carta Política de 1988, no art. 5º, inciso LIV, fez constar a garantia de que ninguém será submetido, validamente, a qualquer sanção, sobretudo de natureza penal, sem a observância do devido processo legal, o qual, necessariamente compreende o respeito à igualdade de partes, ao contraditório e à ampla defesa.

Entretanto, como já se mencionou e adiante será visto, a investigação direta pelo Ministério Público viola não só esses princípios mencionados, como também o da reserva legal e o da imparcialidade.

3.3.3 Afronta ao princípio da igualdade de partes

“Uma verdadeira simetria, uma absoluta paridade entre as funções da acusação pública e da defesa”, estabelece o ordenamento constitucional (MACHADO, 1988, p.151-159 apud VIEIRA, 2004, p.314).

Na seqüência, o mesmo autor (2004, p.314) ressalta o “fato dos doutrinadores afirmarem, em uníssono, que deve haver igualdade entre as partes – a chamada paridade de armas, repita-se, sempre e sempre -, equilíbrio que se esvaia se uma delas, a acusação, açambarcar atividade investigatória, com poderes inauditos, em desfavor da defesa”.

Na mesma linha de pensamento é a lição que se segue:

a investigação criminal conduzida exclusivamente pelo representante do Ministério Público provoca o desequilíbrio das partes do eventual processo, afinal, importantes provas são produzidas nessa fase, como as periciais e a busca e apreensão, não mais repetidas sob o crivo do contraditório. Melhor, então, manter o delegado à frente da investigação, pois ele não será parte na relação processual (PEREIRA apud NUCCI, 2005, p. 241).

Ainda sobre essa necessidade de igualdade entre acusação e defesa, poderia se acrescentar, com a lição de Scarance (2005, p. 52) que “autor e réu deverão ter os mesmos direitos, mesmos ônus e mesmos deveres”.

É de se reconhecer, entretanto, que o Ministério Público, ao qual é facultada a possibilidade de acompanhar diretamente a fase preliminar da investigação, e que,

ademais, conta com abrangente poder requisitório, acha-se melhor instrumentalizado, na tarefa de levar adiante a persecução penal, que a defesa, cujos recursos se resumem aos esforços do próprio réu e de seu defensor.

3.3.4 Prejuízo à imparcialidade

Vozes vindas de dentro do Ministério Público argumentam que a imparcialidade é um princípio que diz respeito ao juiz e não à acusação, que é parte. Considere-se essa assertiva como uma meia verdade.

É que, considerando as regras do nosso sistema processual penal, a imparcialidade exerce função garantista, em relação à pessoa do investigado, e por isso, deve ser preservada.

Com efeito, o sistema de investigação preliminar, tal qual funciona hoje no Brasil, com a instrução a cargo da autoridade policial, de fato, afasta o risco da parcialidade.

Essa circunstância decorre do fato de que a autoridade policial não é parte no eventual processo, e o seu interesse se limita à colheita dos elementos necessários à formação da *opinio delicti*, pela Promotoria.

Portanto, a função, bem como a predisposição natural do Delegado de Polícia, é a de buscar a verdade, no interesse da justiça, sem olhar para esta ou aquela parte.

Neste aspecto, a postura da Polícia se assemelha muito a do Juízo.

[...] dirigir a investigação e a instrução preparatória no sistema vigente, pode comprometer a imparcialidade. Desponta o risco da procura orientada da prova, para alicerçar certo propósito, antes estabelecido; com o abandono até, do que interessa ao envolvido". Esse é o posicionamento de Pitombo, (apud NUCCI, 2005, p.126).

3.3.5 Restrição ao contraditório e à ampla defesa

Inquisitividade, discricionariedade e sigilo são características marcantes da fase pré-processual.

Portanto, em relação às atividades desenvolvidas durante essa etapa da persecução, de conformidade com a lei processual penal, diz-se que o contraditório é diferido, ou seja, é postergado para a fase seguinte, quando se estabelece a relação jurídico-processual.

Com a nova ordem constitucional veio à garantia de que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa [...] (art. 5º, inc. LV, CF).

Como decorrência, aconteceu uma flexibilização natural daquelas características do inquérito policial, permitindo-se uma maior participação do indiciado.

De outra parte, a doutrina passou a discutir a questão da aplicação do contraditório - e sua extensão - já na fase investigativa.

Atualmente, juristas como Grinover (2004) e Lopes Jr. (2004) dentre outros, defendem o posicionamento no sentido de que havendo indiciamento, por ocasião do interrogatório, o indiciado necessariamente deve dispor de defesa técnica.

Com efeito, a presença de defensor em momento tão importante do procedimento, cria para o investigado uma série de possibilidades, tendentes a desconstituir eventuais impropriedades ou distorções constantes da versão oficial,

só fazendo contribuir para o interesse da Administração da Justiça. Um exemplo disso, pode ser traduzido pelas chamadas provas de descargo, que outra coisa não é, senão aquelas de interesse precípua do indiciado e que, às vezes, somente ele sabe da existência delas.

Todavia, na prática, ainda assim não acontece. O que se vê, é a aplicação da regra do artigo 14 do Código de Processo Penal, quando muito mitigando o seu rigorismo, como reportado acima.

Assim sendo, com todo esse gravame que já representa a fase preliminar da investigação para o indiciado, tal qual ela se desenvolve hoje, tendo à frente a Polícia Judiciária, que não é parte no processo, imagine-se o quão mais restrito e limitado restará o exercício do contraditório e da ampla defesa se, ao Ministério Público for reconhecida a possibilidade de realização de investigação criminal independente.

3.3.6 Inobservância ao princípio da reserva legal

Na análise que faz, sobre “A Inconstitucionalidade da Resolução nº 13 do Conselho Nacional do Ministério Público”, Bitencourt (2007, p.57) argumenta que:

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

E prossegue afirmando que “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” (BITENCOURT, 2007, p.57).

Ainda no corpo do mesmo trabalho, o jurista se expressa, sobre a autorização conferida a órgãos diversos da Polícia Judiciária, para que eles também possam exercer atividades investigatórias, circunscritas, de maneira geral, ao círculo de suas atribuições, como é o caso do Banco Central e da Receita Federal, como exceção à regra e depende, “obrigatoriamente, de expressa previsão legal, o que não se verifica no caso dos poderes investigatórios criminais atribuídos ao Ministério Público [...]”.

A reforçar esses argumentos, Souza Netto (2003, p.45) escreveu que “a persecução penal rege-se, enquanto atividade estatal juridicamente vinculada, por padrões normativos, que, consagrados pela Constituição e pelas leis, traduzem limitações significativas ao poder repressivo do Estado”.

Posicionamento semelhante é encontrado em de Scarance (2005, p.267). Para ele, a investigação pelo Ministério Público ainda depende “de previsões específicas no ordenamento jurídico positivo, evitando-se incerteza a respeito dos poderes do promotor durante a investigação”.

O conteúdo do parágrafo único do art. 4º do CPP, também é muito claro ao proclamar que a atribuição excepcional conferida a outras autoridades administrativas, está condicionada à existência de lei autorizadora, o que não existe em relação ao Ministério Público.

3.4 Por Que o Ministério Público Pode (e Deve) Investigar?

A doutrina que defende esse ponto de vista é minoritária em relação àquela que o combate. Seus argumentos se baseiam, em síntese, nas hipóteses que adiante se verá.

3.4.1 Crescimento da criminalidade organizada

Carneiro (2007, p.153), membro do Ministério Público Paulista, afirma que “O aumento da criminalidade organizada, neste caso, talvez constitua o maior fator justificativo da atuação do Ministério Público na instauração, condução e conclusão das investigações criminais”.

Justificando, na sequência, que “O crime organizado [...] vem atuando de forma, cada dia, mais complexa, valendo-se de recursos tecnológicos e financeiros dos quais, muitas vezes, nem mesmo os organismos policiais podem dispor”.

Neste passo, fica a pergunta: e o Ministério Público, está estruturado (com recursos humanos, tecnológicos e financeiros) para fazer face a essa criminalidade, reconhecidamente complexa, a demandar especialização e maior aparato investigatório?

3.4.2 Ineficiência e corrupção policial

A polícia sendo um órgão responsável pela manutenção da ordem e da segurança pública, encarregada de cumprir e fazer cumprir a lei, quando, ao revés, contribui para com o seu descumprimento, decorrente da influência de obtenção de algum tipo de vantagem indevida, fomentando assim a criminalidade, como não poderia ser diferente, venha ela de onde vier, provoca grande repulsa na população, com graves prejuízos para a imagem da Instituição.

Não se pode deslembrar que a Polícia Civil do Estado de São Paulo, por exemplo, conta com um contingente de 35.000 (trinta e cinco mil) policiais, componentes de diversas carreiras, com diferentes formações e remunerações.

Esse quadro, exacerbadamente heterogêneo e volumoso, vulnerabiliza o controle interno, permitindo a ocorrência de eventuais situações de desvios funcionais, que criam uma sensação potencializada da realidade, ou seja, o acontecimento de casos pontuais implica numa idéia de generalização.

Enfrentando a questão, Zaccariotto (2005, p.235) se refere à corrupção como aquela “Outra pecha que infalivelmente permeia os comentários mais desairosos sobre a atividade policial [...]”

E prossegue dizendo que “Negar essa realidade, verdadeiro lugar comum de todas as discussões atinentes ao aperfeiçoamento das funções policiais, e, obviamente, também a judiciária, consistiria um contra-senso”.

Ressalva, todavia, “que o assunto há que ser analisado com profundidade, pesquisando-se as suas causas e raízes, como única forma de afastar esse mal”.

Por fim, aponta a “falta de incentivos aos bons policiais..., como um fator de corrupção”, sem olvidar que:

[...] a crônica e cruel má remuneração dos responsáveis pela atividade policial, que em boa parte, não aceitando o aliciamento, se vêem obrigados ao trabalho extra, entregando-se ao desgastante e perigoso “bico”, proibido por lei, mas tolerado pelos governantes, que dessa forma mostram-se tanto desinteressados em cumprir a lei, quanto à obrigação de oferecer condições

dignas de existência e de trabalho policiais, e, num lógico desdobramento, de viabilizar segurança à população.

A suposta ineficiência estaria relacionada com o fato de que em alguns crimes - como lavagem de dinheiro, sonegação fiscal, corrupção e atividades de organizações criminosas - a ação investigatória do MP se apresentaria mais adequada à consecução de melhores resultados, até em função das garantias institucionais de seus membros que, como os juízes, detem as prerrogativas da inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos e vitaliciedade.

Essa situação é utilizada por Carneiro (2007, p.163), para justificar as investigações criminais autônomas, realizadas pelo Ministério Público. Com efeito, escreve ele, que:

Tratando-se de Instituição independente, com prerrogativas que lhe colocam ao largo de interferências hierárquicas comprometedoras, o Parquet investiga com mais isenção, autonomia e equilíbrio, os fenômenos do crime organizado e do colarinho-branco, do que certamente faria a própria polícia judiciária.

3.4.3 Garantias funcionais

A falta de independência funcional, que caracteriza a carreira de Delegado de Polícia, de há muito reclama reformulação, no interesse do fortalecimento da instituição policial civil e a bem de uma investigação preliminar, imune a qualquer tipo de interferência.

A propósito, Ferrajoli (2002, p.617 apud Zacariotto, 2005, p.203) afirma que:

[...] aprendemos que as atividades policiais, num Estado comprometido com a efetiva defesa das instituições democráticas e, destarte, inteiramente voltado à proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, deveriam se limitar a apenas três, quais sejam, a investigativa, a preventiva e as executivas e auxiliares da jurisdição e da administração,

Ressaltando-se, na seqüência, que estas:

[...] deveriam estar destinadas a corpos de polícia separáveis entre eles e organizados de forma independente não apenas funcional, mas, também, hierárquica e administrativamente, em particular, a polícia judiciária, destinada à investigação dos crimes e a execução dos provimentos jurisdicionais, deveria ser separada rigidamente dos outros corpos de polícia e dotada, em relação ao executivo, das mesmas garantias de independência que são asseguradas ao poder judiciário do qual deveria, exclusivamente, depender (FERRAJOLI, 2002, p.617 apud ZACARIOTTO, 2005, p.203).

Igualmente convincente, é a manifestação de Comparato (apud Zacariotto, 2005, p. 199) dizendo que o objetivo dessas garantias “é dar ao Delegado de Polícia uma estabilidade, uma independência, que ele deve ter para poder agir, até mesmo, contra aqueles que estão girando na cúpula do Poder, dado que “a interferência do poder público, por razões puramente políticas ou partidárias na atividade policial, é constante”.

3.4.4 Dos poderes implícitos

Constitui esse o argumento mais requerido, para justificar a legalidade da investigação pelo Ministério Público.

Argumenta-se, com efeito, que o Ministério Público conta com a titularidade exclusiva da ação penal pública; está autorizado a promover o controle externo da atividade policial, pode requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial.

Logo, se podem o mais, estariam eles – membros do Ministério Público – legitimados para exercerem o menos (que é a instauração, presidência e conclusão da investigação criminal autônoma).

Poucos, porém, são os doutrinadores independentes que comungam dessa tese.

No sentido oposto, vale dizer, rechaçando a aplicabilidade dessa teoria à questão presente, Grinover (2004) se fez contundente, ao dizer: “Deixo claro, desde logo, que não adoto a teoria dos poderes implícitos, que foi redimensionada por seu próprio autor, Conotilho, uma vez que, nessa matéria não sobra espaço, no desenho Constitucional, para poder implícito algum”.

Fazendo eco a esse autorizado ponto de vista, Vieira (2004, p. 324) depois de arrolar fatos e substanciosos motivos para o não acolhimento de tal interpretação, conclui com a assertiva de:

[...] que a teoria dos poderes implícitos, muito derramada pelo Ministério Público para lhe dar pseudosupedâneo constitucional/legal de diretamente conduzir investigações criminais, não tem a menor aplicabilidade à espécie, porque, repise-se, não há lacuna na Constituição da República, ao revés, há norma expressa, motivo pelo qual, aqui, não há espaço para se importar a teoria estrangeira.

3.5 Legislação Infraconstitucional

O parágrafo único do art. 4º, do CPP, ao admitir a possibilidade de apuração de infrações penais por outras autoridades administrativas – diversas da Polícia Judiciária – quando autorizadas por lei, estaria a legitimar a investigação autônoma pelo Ministério Público.

Ademais, a instrução preliminar direta pelo Ministério Público estaria respaldada pela Lei 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), pela Lei Complementar 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público Federal), por outros atos normativos e resoluções, dentre as quais figura a recente Resolução 13, de 02.10.2006, já reportada como exemplo de inconstitucionalidade flagrante.

Para Bitencourt (2007):

Em verdade, a dita resolução pretende regulamentar dispositivos de lei que não tratam de poderes investigatórios do Ministério Público; ou seja, não se trata de regulamentação, in casu, mas de verdadeira criação de poderes investigatórios em favor do órgão ministerial, ao arrepio do texto constitucional, e ainda na pendência de exame da matéria pela Suprema Corte.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A polêmica em torno do tema é antiga. Mas, no presente trabalho a preocupação ficou voltada, sobretudo para o período subsequente à edição da Constituição Federal vigente, até porque, é justamente a partir do seu conteúdo que a discussão toma vulto, ensejando um florescer de manifestações contrárias, bem como a favor, sobre a legitimidade do Ministério Público para a realização investigações criminais autônomas.

Como revelado pelas pesquisas desenvolvidas, e anteriormente transcrito, o posicionamento atual do Supremo Tribunal Federal, respaldado em autorizada e majoritária doutrina, é pela impossibilidade da investigação criminal direta pelo Ministério Público.

Esse posicionamento decorre da interpretação de que a Carta Magna, no seu artigo 144, § 1º, IV e § 4º, cometeu a função investigativa, preparatória da ação penal, à Polícia Federal e às Polícias Cíveis dos Estados e do Distrito Federal, sem deixar qualquer brecha para a atuação direta do Ministério Público.

Funda-se também, no entendimento de que a hipótese de apuração de infrações penais por outras autoridades administrativas, prevista no § único, art. 4º do Código de Processo Penal, quando amparadas por lei, não se estende ao Ministério Público, por falta de previsão legal.

Ao Ministério Público, no que se refere à fase pré-processual, foi reservado o exercício do controle externo da atividade policial e o poder requisitório, abrangendo as diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, conforme estatuído no art. 129, incisos VII e VIII da Constituição Federal.

Assim, embora mantendo a investigação preliminar a cargo da polícia judiciária, conferiu poderes de controle, e mesmo de participação, ao Ministério Público, compatíveis com o exercício pleno da ação penal pública.

O Parquet, entretanto, a despeito da controvérsia e da insegurança jurídica que a questão gera, avança não só no campo da discussão, mas também com atos regulamentares tidos como flagrantemente inconstitucionais. E o que é pior: amplia sua atuação concreta, promovendo investigações autônomas, que hoje se constitui numa realidade incontestável.

Essa situação, com certeza, não contribui em nada com a tão necessária integração dessas duas instituições, que pela sistemática da legislação constitucional e processual penal tem a cargo, de forma partilhada, a *persecutio criminis*.

Demonstrado que o Ministério Público carece de legitimidade legal para promover a investigação direta, resta agora dizer que, de outra parte, também não deve ser autorizado a tal, posto que isso implicaria em riscos a regularidade do devido processo legal.

Com efeito, a defesa ficaria ainda mais fragilizada diante do Ministério Público, com evidente violação do princípio da igualdade de partes.

O mesmo se diga, em relação ao princípio da imparcialidade, do contraditório e da ampla defesa.

Assim, e de tudo quanto foi analisado e desenvolvido neste trabalho, conclui-se que o Ministério Público, atualmente, não conta com poderes para a promoção de investigação criminal autônoma. E que, ademais, mantido o sistema processual penal vigente, eventual autorização, nesse sentido, resultaria no desequilíbrio entre as partes da relação processual, com sérios prejuízos para os direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, C. R. A inconstitucionalidade da Resolução n.13 do Conselho Nacional do Ministério Público. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 170. jan. 2007.
- BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Recurso ordinário em Habeas Corpus nº 81.326-7**. Relator: Ministro Nélson Jobim, Brasília, 06 de maio de 2003. Disponível em: < <http://www.stf.gov.br>> Acesso em 29 de nov. de 2007.
- CARNEIRO, J. R.G. **O Ministério Público e suas Investigações Independentes**. São Paulo: Malheiros, 2007.
- FERNANDES, A. S. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- FRAGOSO, J.C. São ilegais os “procedimentos investigatórios” realizados pelo Ministério Público Federal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 37, jan./mar. 2002.
- GRINOVER, A.P. Investigações pelo Ministério Público. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 145, dez. 2004.
- LOPES JR., A. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.
- MORAES FILHO, A. E. de. As funções do MP e o inquérito policial. **Revista da Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo**, São Paulo, n. 22, 1996.
- NUCCI, G. de S. **Manual de Processo e Execução Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- SOUZA NETTO, J. L. de. **Processo Penal: Sistemas & Princípios**. Curitiba: Juruá, 2003.
- TOURINHO FILHO, F. da C. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- VIEIRA, L.G. O Ministério Público e a investigação criminal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 46, jan./fev. 2004.
- VIEIRA, R. S. Procedimento investigatório criminal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, n. 168, 2006.
- ZACCARIOTTO, J. P. **A Polícia Judiciária no Estado Democrático**. Sorocaba: Brazilian Books, 2005.