
A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL A CARGO DO MINISTÉRIO PÚBLICO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Isabel Cristina Calça Carvalho¹²

Júlia Calça Carvalho¹³

RESUMO

O presente artigo sintetizará os argumentos favoráveis e contrários à atuação do Ministério Público nas investigações criminais. A questão merece profunda análise em virtude da divergência doutrinária e jurisprudencial, visando assim, contribuir para o debate, que inclusive está longe de ser pacificado. Ressaltando em todos os momentos a relevância de que toda a persecução penal deve ser pautada sob a ótica da Constituição da República, estrutura que se projeta superiormente por todo ordenamento jurídico, principalmente quando atinge a esfera penal, instrumento mais grave que o Estado possui para manter a ordem social.

PALAVRAS-CHAVE: Ministério Público, Investigação Criminal, garantias constitucionais, inquérito policial.

ABSTRACT

The presente work will synthesize the arguments for and against of the actions of the Public Ministry in criminal investigations, since the question under consideration deserves deep analisation because of doctrinal and jurisprudential divergence thus aiming to contribute to the debate, which also are far from pacified. Stressing all the time the importance of the whole criminal prosecution should be guided from the perspective of the Constitution, structure protruding above by all laws, especially when it reaches the criminal sphere, more serious instrument that the state has to keep the social order.

KEYWORDS: Public Ministry, Criminal Investigation, constitutional guarantees, police inquiry.

INTRODUÇÃO

O trabalho tem como finalidade revelar o modelo de sistema de investigação adotado pelo Estado brasileiro, fazendo uma interpretação do Processo Penal à luz da Constituição da República Federativa do Brasil, revelando a possibilidade ou não do Ministério Público presidir investigações criminais seja sozinho ou com a colaboração da Polícia.

Assim, serão apontadas breves considerações sobre o desenvolvimento histórico da instituição do Ministério Público e suas atribuições previstas na Lei Maior, bem como a competência constitucional para apuração das infrações penais.

O tema é de suma relevância para o Direito, em virtude da questão ainda não ter sido pacificada, havendo duas posições antagônicas, onde a primeira favorável à atuação dos membros do *Parquet* na investigação criminal, na tentativa de diminuição da alta criminalidade que se encontra o país, principalmente em relação aos crimes de “colarinho branco”, justificando através da Teoria dos Poderes Implícitos; de exercer o controle externo da atividade policial; que não há exclusividade da Polícia Judiciária conduzir investigação, e a segunda posição contrária à situação por falta de previsão legal de como deve ser esse procedimento, e por isso não autoriza o Ministério Público, uma vez que o Estado Democrático de Direito impõe ao agente público dever de agir sempre conforme os limites impostos pela lei, e ainda pelo simples fato de que a Constituição da República ao inserir as atribuições do Ministério Público.

12 Bacharel em Direito pelo Centro Universitário do Norte Paulista, Pós-Graduada em Direito Processual Penal pela Universidade Anhanguera

13 Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina

A INSTITUIÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A História nos revela que a instituição do Ministério Público surgiu há quatro séculos, contudo, desde o seu nascedouro até os dias atuais, sofreu alterações de larga monta, passando a ter cada vez mais atribuições. Segundo Marcos Kac (2011), a instituição do Ministério Público teria surgido em Roma, através dos *Procuratores Caesaris*, com atribuição de defender os interesses particulares do rei em juízo e administração de seu patrimônio particular, mas não havia ainda que se falar em titularidade da ação penal aos *procuratores*, já que isso competia à vítima e não o Estado. Entretanto, o posicionamento mais aceito pelos estudiosos, seria a França o berço da instituição do *Parquet*, pois o rei Felipe, no ano de 1302, através da sua famosa *ordonnance*, reuniu os *procurateurs* com *advocatos*, numa única instituição, denominada de *les gens du roi*.

No Brasil, na fase colonial, os membros do *Parquet* eram denominados de Procuradores da Coroa, dependentes do rei, defendendo seus interesses. Foi no período imperial, com a Constituição Política do Império do Brasil, estabeleceu-se a atribuição de acusador criminal. Após a Constituição de 1937, Kac *apud* Hugo Mazzilli ensina que:

Com o advento do Código de Processo Penal, de 3 de outubro de 1941, foi que o Ministério Público conquistou de vez o poder de requisição de Inquérito Policial e diligências nos procedimentos administrativos na investigação de ilícitos penais, tendo agora como regra a sua titularidade na promoção da ação penal pública, tendo o mister de promover e fiscalizar a execução da lei (KAC, 2011, p.101)

60

Após viver um longo período sob o regime da ditadura, em 05 de outubro de 1988 promulga-se a atual Constituição, que consagra o Estado Democrático de Direito¹⁴, conferindo prerrogativas e atribuições até então inexistentes para os membros do Ministério Público.

2- PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL

A Carta Política atual tornou-se um divisor de águas para o sistema jurídico brasileiro. Logo de início, em seu preâmbulo e no art.1º, consagra o Estado Democrático de Direito, e para sua garantia e eficácia de ambos, vários princípios foram inseridos. Em razão do tema abordado, citando: Princípio do Devido Processo Legal¹⁵, Princípio da Legalidade.

O Princípio do Devido Processo Legal segundo a maioria dos doutrinadores é o princípio supra-princípios, uma vez que apenas sua previsão na Constituição Federal já dispensariam outros princípios, isto é, onde houve respeito o seu respeito, significa que foram obedecidos o contraditório, a ampla defesa, o juiz natural, a razoabilidade durável do processo, etc.

Portanto, referido princípio reclama que a ação judicial, e mais precisamente em relação a persecução penal seja realizada por procedimentos processuais previstos em Lei, respeitando as garantias processuais, aos direitos fundamentais (devido processo legal formal), como também, a elaboração e interpretação das normas jurídicas, evitando-se a

14 É o Estado que age dentro dos limites impostos pela Lei, que devem ser editadas conforme a vontade do seu povo, efetivando os direitos fundamentais.

15 Art.5º, LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

atividade legislativa abusiva e ditando uma interpretação razoável quando a aplicação das normas jurídicas (devido processo legal substancial).

O Princípio do Devido Processo Legal funciona como meio de garantia contra o poder abusivo cometido pelo Estado, ou seja, antes de ser submetido a sanção estatal, deve ter submetido a um processo cercado de garantias e precauções.

Já o Princípio da Legalidade, previsto expressamente por diversas vezes na Constituição Federal, como também nas normas infraconstitucionais, merecendo destaque ao previsto no *caput*, do art.37, da Constituição Federal, do qual determina aos agentes públicos somente fazer o que a Lei autoriza, diferentemente do que confere ao particular o direito de fazer tudo que não esteja proibido por lei (art.5º, II, da Constituição Federal)¹⁶, como muito bem ensina Celso Antonio Bandeira de Mello:

“[...] o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração às leis. Este deve tão-somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Daí que a atividade de todos os seus agentes, desde o que lhe ocupa a cúspice, isto é, o Presidente da República, até o mais modesto dos servidores, só pode ser a de dóceis, reverentes obsequiosos cumpridos das disposições gerais fixadas pelo Poder Legislativo, pois esta é a posição que lhe compete no direito brasileiro”. (MELLO, 1994, p.48)

Em razão do tema abordado, destaca-se ainda que as competências legislativas constitucionais, uma vez que a Constituição Federal, no art. 22, inciso I¹⁷, estabeleceu competência privativa da União, legislar sobre direito penal e processual. Dessa forma, a fonte material sobre Direito Processual Penal pertence à União, e a fonte formal à Lei, pois somente o Congresso Nacional pode editar leis processuais penais, não cabendo nenhum outro ente Legislativo da federação, como também a nenhum outro órgão do Estado editar outra espécie normativa, pois se assim o fizer, estará diante de uma patente inconstitucionalidade.

61

2.1 O MINISTÉRIO PÚBLICO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A atual Carta Política reservou seção exclusiva ao Ministério Público, art.127 a 130-A. Valendo-se a transcrição do art.127, *caput*: “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.” Isto significa que deve atuar de forma contínua, sem interrupções, regida por leis e Estatutos próprios, defendendo a sociedade onde quer que se encontre, especificadamente perante o Poder Judiciário, tendo em vista que possui o papel de zelar pela ordem jurídica, e ainda legitimidade para defesa dos interesses sociais coletivos¹⁸ e difusos¹⁹. Consagrando como princípios a Unidade, Indivisibilidade e independência funcional, bem como a prerrogativa da vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de subsídios, garantias estas também conferidas aos magistrados.

16 Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

17 Compete privativamente à União legislar sobre: I-direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.

18 O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, no art.81, II, conceitua como os direitos transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. Portanto envolvem os direitos que envolvem toda parcela determinável da sociedade.

19 De acordo com o Código de Defesa do Consumidor, art.81, I, os interesses difusos são entendidos como direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstanciais de fato.

O art.129 estabelece quais são as atribuições do Ministério Público. Dessa forma, o inciso I, consagrou o Sistema Processual Penal Acusatório, uma vez que estabeleceu a exclusividade do Ministério Público para propositura da ação penal pública, separando a atividade de acusar e julgar; no inciso III, estabeleceu a atribuição para promover o inquérito civil e ação civil pública; no inciso VII, conferiu ao Ministério Público a atribuição de exercer o controle externo da atividade policial na forma de Lei Complementar (Lei Complementar 75/1995); no inciso VIII, determinou o poder de requisição de diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial; e no inciso IX, concedeu o direito de exercer outras funções, desde que compatíveis com sua finalidade, vedando-lhe o exercício de representação judicial e consultoria jurídica de entidades públicas.

Observa-se que não há menção expressa de atribuição para promover investigação criminal, expressamente apenas confere o poder de promover o inquérito civil. Por esse motivo, surge então, a grande divergência doutrinária e jurisprudencial a respeito do tema.

2.2 COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA APURAÇÃO DAS INFRAÇÕES PENAIS

A Constituição Federal, n no capítulo sobre a Segurança Pública inseriu no art.144, que a segurança pública é exercida pela Polícia, estabelecendo seus órgãos e suas atribuições, valendo a transcrição do parágrafo primeiro, inciso I:

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

No parágrafo quarto firmou a atribuição da polícia civil, *in verbis*: “Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e apuração de infrações penais, exceto as militares.”

Dessa forma, verifica-se que a Constituição da República conferiu a Polícia Civil e Federal a função de Polícia Judiciária e atribuição de apuração de infrações penais. Diante disso, nota-se que o modelo de investigação adotado pelo Brasil como regra é da investigação policial, inclusive o próprio Código de Processo Penal vigente, disciplina apenas o inquérito policial. Diferentemente de outros países, que adotam o modelo do promotor investigador, uma vez que em seus Códigos Processuais Penais estabelecem regras sobre o a investigação conduzida diretamente pelos membros do *Parquet*. Segundo Aury Lopes Júnior, a investigação preliminar a cargo do Ministério Público tem sido adotada na Europa, países como Alemanha, Itália e Portugal:

c) Na Itália, o objeto das indagações preliminares –indagini’ preliminar – está contido no art.326 do CPPi, como sendo as investigações e averiguações necessárias para o exercício da ação penal, desenvolvidas pelo Ministério Público e a Polícia Judicial, no âmbito das respectivas atribuições. [...]

e) Em Portugal, o art.262 do CPPp determina que o Ministério Público deverá realizar o inquérito, definido como o conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas em ordem de decisão sobre a acusação (LOPES, 2001, p.32).

Existe ainda a investigação realizada pelo juiz, denominada de juiz-instrutor, modelo de Investigação Preliminar Judicial, onde o juiz é o protagonista da investigação, contudo, esse modelo, gradativamente está sendo substituído pelo sistema do promotor investigador.

3- A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

Uma vez ocorrido um fato criminoso, o Estado através de seus órgãos exerce com exclusividade o *jus perseguendi*²⁰ e o *jus puniendi*²¹. Assim, como o Código Penal não tem aplicação imediata, o processo é indispensável, em virtude de ser o instrumento necessário para aplicação penal, devendo obediência a todas as garantias.

A investigação preliminar que tem como fundamentos: busca do fato oculto, contribuir para restabelecer a tranquilidade abalada pelo crime e filtro processual, isto é, a investigação criminal irá reunir os elementos que justificam o processo, já que o este por si só, constitui um fardo ao acusado.

3.1. O INQUÉRITO POLICIAL

A principal espécie de investigação preliminar é o inquérito policial, conduzido e presidido pela autoridade policial, podendo ser conceituado como um procedimento administrativo pré-processual, com a finalidade de almejar os indícios de autoria e materialidade, buscando os elementos de informação, para a formação da *opinio delict* do acusador, titular da ação penal.

O código de Processo Penal estabelece em seu artigo 4º:

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

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

O procedimento do inquérito policial está regulamentado no Código de Processo Penal (art.4º ao art.23) e recentemente foi editada a Lei 12.830/2013 que disciplina sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia.

A Lei 12.830/2013 determina que a apuração das infrações penais exercidas pelo delegado de polícia é essencial ao Estado Democrático de Direito (art.2º); estabelece que cabe ao delegado de polícia a condução da investigação criminal por meio do inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, cujo objetivo é a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais (art.2º, §1º); e ainda impõe que o indiciamento é ato privativo do delegado de polícia, que deve ser fundamentado (art.2º, §6º). Referida Lei destacou a importância da autoridade policial, pois devem receber o mesmo tratamento conferido ao Promotor, Juiz e Advogado (art.3º). No entanto, embora referido artigo tenha equiparado o delegado ao magistrado e o Ministério Público, o delegado não tem a garantia da inamovibilidade, ocasionando muitas vezes, pressões e

20 Direito subjetivo conferido ao Estado para promover a perseguição do suposto autor do fato criminoso, apurando o fato ocorrido, com a finalidade de alcançar a autoria e a materialidade do crime.

21 Direito que o Estado possui de aplicar uma sanção penal a quem cometeu um fato previsto em lei penal.

influências, principalmente das autoridades do governo. Porém, essa Lei trouxe um pequeno avanço, em virtude de ter estabelecido que a sua remoção poderá ocorrer somente por ato fundamentado (art.2º, §5º).

3.2 A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NÃO POLICIAL

Analisando os artigos 144 da Constituição Federal, verifica-se que não há expressamente exclusividade da Polícia realizar a investigação criminal. O Código de Processo Penal, por sua vez, no parágrafo único do art.4º, informa que a atribuição para realizar a apuração de infrações penais da polícia não exclui a de outras autoridades previstas em lei. Ademais, o próprio art.27 do Código de Processo Penal, autoriza o titular da ação penal, sem o inquérito policial, iniciar a ação penal, caso já possua os elementos de informação que justificam a iniciativa da ação penal, tornando-o dispensável, contrassenso da Lei 12.830/2013 que informa ser essencial ao Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, verificam-se investigações criminais por outros órgãos, citando o Inquérito Parlamentar (art.58, §3º, da Constituição Federal, nos termos da Lei 1.579/1952); investigações realizadas pelo Conselho de Controle de Atividade Financeiras (Lei 9.613/1998); o Código de Processo Penal Militar (decreto-Lei1.002/1969; e os procedimentos administrativos para apurar atos de ilegalidades dos agentes públicos, e ainda o Procedimento Investigatório Criminal (PIC) regulamentado pela Resolução n.13 do Conselho Nacional do Ministério Público.

4. OS PODERES DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL REALIZADA DIRETA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

64

Há uma grande discussão sobre a legitimidade da investigação criminal direta do Ministério Público. Embora recentemente (15.05.2015), o Supremo Tribunal Federal, por maioria, tenha reconhecido sua constitucionalidade em sede de Recurso Extraordinário (RE) 593727, esta ainda não possui efeitos “erga omnes”, e juristas renomados sustentam o inverso, logo, a questão ainda não está totalmente pacificada.

Segundo Paulo Rangel (2012) a questão ganhou força em discussão quando o Ministério Público realizou busca e apreensão de bens de autoridades do governo federal e banqueiros famosos, no ano de 1999, onde foi impetrado Mandado de Segurança (99.027559-1-RJ) por parte de um dos banqueiros, Salvatore Alberto Cacciola, alegando a ilegalidade na investigação direta do Ministério Público, do qual foi denegado, por unanimidade.

Como a Lei Maior não estabeleceu monopólio para a polícia para apuração das infrações penais, inclusive, e após a rejeição da Proposta de Emenda à Constituição, PEC 37/2011²², que foi rejeitada, no ano de 2013, os membros do *Parquet* estão cada vez mais se estruturando, principalmente para apuração nos delitos mais graves.

22 Referida proposta inseriria novo parágrafo ao art.144 da Constituição Federal, estabelecendo que as apurações das infrações penais incumbem privativamente às policias federais e civis dos Estados e Distrito Federal. Ressaltando que essa proposta levou muitas pessoas às ruas no ano de 2013, pedindo sua rejeição.

4.1. ARGUMENTOS FAVORÁVEIS À INVESTIGAÇÃO REALIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Vários são os argumentos que justificam a legitimidade da investigação criminal autônoma dos membros do *parquet*.

Um deles fundamenta-se que não há exclusividade da Polícia Judiciária conduzir investigações criminais, tanto na norma Constitucional, como na infraconstitucional.

Outro argumento significativo é o fato da Lei Maior ao ter conferido atribuição para exercer o controle externo da Polícia Judiciária, na forma da Lei Complementar. Sendo que o controle externo deve ser compreendido como conjunto de normas que regulam a fiscalização pelo Ministério Público em relação à polícia, quando esta esteja atuando seja para prevenção ou apuração de fatos criminosos, pelo tratamento aos presos ou ainda no cumprimento das determinações judiciais. Portanto, embora não haja hierarquia entre as duas instituições, um poder deve controlar o outro, para que se garantam o regime democrático. Inclusive a Lei Complementar 75/93, em seu art.9º, estabeleceu as medidas das quais são permitidas ao Ministério Público para exercer o controle da atividade judicial, destacando o inciso V, que autoriza o Ministério Público promover a ação penal em caso de abuso de poder.

Também tem como argumento é o fato de que o Ministério Público investigando não há violação ao sistema acusatório, já que os elementos produzidos por ele possuem o mesmo valor probatório dos elementos colhidos no inquérito policial. Não há que se falar em aplicação do Princípio da Imparcialidade do órgão ministerial, uma vez que este é parte, e este requisito somente é aplicável ao magistrado. Inclusive, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 234, que determina que a participação do Ministério Público na fase investigativa não acarreta impedimento ou suspeição para oferecimento da denúncia.

65

Porém, o argumento mais relevante é o da Teoria dos Poderes Implícitos, uma vez que “quem pode o mais, pode o menos”, ou seja, não há justificativa para não exercer a atividade-meio, já que possui atribuição da atividade-fim. Inclusive, o art.129, IX, da Constituição Federal autorizou exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, proibindo-lhe apenas fazer representação judicial e consultoria jurídica de entidades públicas. Esta teoria estabelece que ao conceder uma atividade-fim a determinado órgão, também implicitamente concede a ele todos os meios necessários para a consecução dos seus objetivos.

Os adeptos desta corrente sustentam que inquérito ministerial está regulamentado, na Resolução de nº13, através de procedimento denominado de Procedimento de Investigação Criminal (PIC). Assim, a investigação quando realizada pela polícia, será dirigida e presidida pela autoridade policial, e o procedimento investigatório criminal será conduzido e presidido pelo Ministério Público.

Ressalta-se que essa posição é a que prevalece na doutrina, e a defendida pela instituição do Ministério Público. Adeptos a essa corrente, encontra-se os professores Renato Brasileiro (2013), Norberto Avena (2012), Nestor Távora (2014), porém, este último confere a possibilidade de colher pessoalmente as provas, e não presidir o inquérito policial.

O Superior Tribunal de Justiça em vários julgados manifestou no sentido de que não há nenhuma ilegalidade. Destacando o julgado de 14/05/2013, HC 210.030/MG,

R
E
V
I
S
T
A

relator Ministro Jorge Mussi, 5ª Turma, que em seu voto sustentou que a atribuição de requisitar diligências, abrange o poder investigatório, principalmente quando a Polícia não atende tais requisições. Decisões também neste sentido: HC 244.554/SP; HC 60.634/MG.

O Supremo Tribunal Federal em alguns julgados posicionou no sentido favorável as suas investigações, RE 535478, HC 89.837, HC 94173, HC 91.613/MG, merecendo destaque o julgamento do já mencionado RE 593727, julgado em 14 de maio de 2015, do qual o ex-prefeito de Ipanema (MG) foi investigado pelo promotor de justiça sem a participação da polícia. Ressaltando que neste julgamento a Suprema Corte estabeleceu limites para sua atuação: entre eles o respeito aos direitos e garantias fundamentais dos investigados, e que os advogados tenham direito a acesso os elementos de provas já documentados pelo Ministério Público, conforme determina a Súmula Vinculante n.14.

4.2. ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À INVESTIGAÇÃO REALIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Esta posição, embora minoritária, possui relevantes argumentos que devem ser observados, primeiramente destaca-se que o art.129 da Constituição Federal ao dispor sobre suas atribuições, não menciona expressamente a atribuição do *parquet* para a promoção de investigação preliminar, apenas mencionou a competência privativa para propor ações penais públicas e inquérito civil, por isso, não haveria motivos para deixar implícitos.

66

Quanto à atribuição de controlar a atividade externa policial, trata-se de ser um órgão fiscalizador da atividade policial, de supervisão do procedimento investigatório, o que não lhe dá o direito de realizar por contra própria investigação, sendo assim, controlar significa fiscalizar, acompanhar, e não fazê-la em seu lugar. Assim, o art.9º, da Lei Complementar 75/93, trata do controle externo da atividade policial, mas nada dispõe sobre poder de comando da investigação policial, quando acompanha a polícia na realização de diligências investigativas.

E talvez, o mais importante argumento é a violação do Princípio do Devido Processo Legal, consequentemente do Princípio da Legalidade e o próprio Estado Democrático de Direito. Assim, fato de que não há previsão legal de instrumento idôneo para as investigações pelo Ministério Público, isto é, não existe nenhuma lei disciplinando legalmente a sua investigação atenta cabalmente tais princípios. O que se espera de um Estado Democrático de Direito é que este procedimento seja regulamentado por lei, editada pelos representantes do povo. Ressaltando, o próprio art.37, *caput*, da Constituição Federal, que determina que os agentes públicos devem atuar em total subordinação ao que a lei determina, dentro dos limites impostos pela Lei. Assim, todos devem ter suas funções bem delimitadas, o que não pode ser diferente na atuação investigativa, pois ao final da persecução penal, o indivíduo sofrerá uma sanção penal, que muitas vezes é de privação do seu direito de liberdade, logo deve ocorrer na mais absoluta observância dos preceitos legais.

Assim, tanto a Lei Complementar 75/93 nada regulamente sobre a investigação direta do Ministério Público. O artigo, 8º, inciso V, autoriza a realização de inspeções e diligências investigatórias. Como a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei

8.625/1993) conferiu no art.26, IV a atribuição de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, podendo acompanhá-lo.

Destaca-se ainda, que referida Lei, no art.5º, VI, §2º, determina que somente a lei poderá especificar as funções atribuídas pela Constituição Federal e por esta Lei Complementar.

Devido à imprecisão do art.8º da Lei Complementar 75/1993 e art. 26 da Lei 8.625/1993, o Conselho Nacional do Ministério Público, editou Resolução nº 13, regulamentando tais dispositivos, criando o Procedimento Investigatório Criminal, estabelecendo já no art.1º, que este pode ser instaurado e presidido pelo membro do *Parquet*, para apuração de infrações penais de natureza pública. E mais, no art.3º, §6º estabeleceu que a investigação criminal pode ser instaurada por grupo de atuação especial composto por membros do Ministério Público, exatamente o que fez alguns Estados, que criou o GAECO, com a finalidade de combater as organizações criminosas.

Contudo, os adeptos a corrente contrária a investigação por autoridade própria dos membros do *parquet* sustentam que referida Resolução insere uma patente violação ao Devido Processo Legal, uma vez que o art.22, I, da Constituição Federal determina que somente a Lei editada pelo Congresso Nacional pode disciplinar matéria processual penal, inclusive não observou os limites ditados pela Lei Complementar 75/1993, que em seu art.5º, IV, impôs que somente pode exercer função atribuída na Constituição e em lei, portanto, não pode regulamentar algo que é de competência exclusiva de Lei, inclusive há também uma ofensa ao Princípio da Legalidade previsto no art.37, *caput*, Constituição Federal. Dessa forma, em virtude da omissão do legislador, não poderia a própria instituição realiza-la.

Embora minoritária, alguns juristas são adeptos a essa corrente. Tourinho Filho (2012) ensina que não há que se falar em Teoria dos Poderes Implícitos, pois isso somente seria possível caso não houve referida atribuição para outro órgão.

Guilherme de Souza Nucci, revela que:

Ao Ministério Público cabe, tomando ciência da prática de um delito, requisitar a instauração pelo polícia judiciária, controlar todo o desenvolvimento da persecução investigatória, requisitar diligências e, ao final, formar sua opinião, optando por denunciar ou não eventual pessoa apontada como autora. O que não lhe é constitucionalmente assegurado é produzir, sozinho, a investigação, denunciando a seguir quem considerar autor da infração penal, excluindo, integralmente, a polícia judiciária e, conseqüentemente, a fiscalização salutar do juiz. O sistema processual penal foi elaborado para apresentar-se equilibrado e harmônico, não devendo existir qualquer instituição superpoderosa. (NUCCI, 2006, p.81)

Essa posição é abraçada pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), uma vez que ajuizou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI 3836, contra a Resolução 13/2006, do Conselho Nacional do Ministério Público, por violação ao art.22, I, da Constituição Federal, uma vez que referido Conselho acabou legislando sobre processo penal, o que não é permitido, do qual, ainda não foi julgada.

E também adepta pelas autoridades policiais, já que há também outra Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI 4271, proposta pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil, em virtude sobre a forma do “controle externo” impropriedade que tem sido utilizada, uma vez que interferem nos direitos e garantias das Polícias Judiciais, usurpando suas atribuições, ocasionando com isso, uma dificuldade em seu tratamento.

Inclusive, nesta o atual Ministro José Dias Toffoli, Advogado-Geral da União há época, já manifestou no sentido de que na Constituição Federal não há poder investigação criminal aos membros do Ministério Público, e sim a Polícia Judiciária, sendo que a Resolução editada pelo próprio Ministério Público, está equivocada, pois referida atribuição deve ser realizada pelo Legislativo.

O Tribunal Regional Federal da 2ª região, no ano de 1996, pela 1ª turma, encampou esta posição, nos HC nº 96.02.35446-1 e HC 97.02.093315-5. O que também ocorreu no HC nº 615/1996 julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em 1996.

A Suprema Corte, nos julgados RE 205.473/AL, RHC 81.326/DF, julgou contrário à investigação direta ministerial. No HC 89.837/MG, de 1997, o Ministro Celso Mello justificou seu voto no sentido de que o Ministério Público pode investigar desde que seja de forma subsidiária e em situações específicas, quando houver abusos cometidos pelos órgãos policiais, o que acontecia naquele caso concreto, o que também justificou o Ministro Gilmar Mendes, em 2011, no HC 84.965/MG, sustentou que no modelo atual não é possível aceitar que o Ministério Público substitua incondicionalmente a atividade policial, em virtude da falta de lei. Já o Ministro Marco Aurélio de Mello, por diversas vezes manifestou no sentido contrário à investigação criminal, em virtude de ausência delimites legais, uma vez que aqueles que exercem poder tendem exorbitá-los.

Por fim, vale salientar que estão em trâmite dois projetos de Lei que visam regulamentar a atuação conjunta da Polícia Judiciária e o Ministério Público, trata-se do projeto de Lei 5820/2013 e 5776/2013, que estes sim, aprovados e sancionados pelo Presidente da República serão aptos a legitimar a investigação ministerial.

68

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O modelo de investigação criminal adotado pelo Brasil como regra é o da investigação policial, haja vista que a Constituição Federal ter estabelecido aos órgãos da Polícia Federal e Polícia Civil referida atribuição.

A Constituição Federal corresponde a uma verdadeira “carta de competências”, trata-se de uma estrutura que se projeta superiormente por todo o ordenamento jurídico. Assim, a falta de previsão expressa na Constituição e até mesmo falta de previsão em Lei de que como deve ser feita a investigação direta dos membros do *parquet*, acabam tornando sua atuação inconstitucional para alguns doutrinadores, e mesmo os que sustentam pela constitucionalidade, afirmam que há necessidade de regras para evitar arbítrios, e evidentemente uma Lei, editada pelo Legislativo, e não um ato normativo realizado de acordo com suas paixões internas. E seria a propósito até incoerente um defensor do ordenamento jurídico, atuar sem que observância aos limites legais.

No entanto, não restam dúvidas que o modelo adotado está em crise, que a participação do Ministério Público nas investigações é fundamental, já que a autoridade policial não tem as mesmas prerrogativas do Ministério Público e Magistrados, sofrendo influências de autoridades governamentais.

Assim, diante da alta criminalidade que se encontra o país, faz-se necessário, mudanças mais eficazes, das quais ensejam, ou em garantias análogas ao delegado de polícia, estruturando melhor a Polícia, ou através de uma Lei em que se formalize a investigação criminal do Ministério Público, alterando para o sistema de investigação do Promotor

R
E
V
I
S
T
A

investigador, como ocorre em outros países, que obtiveram sucesso com esta mudança, no combate à alta criminalidade, pois somente através de Lei que a questão estará pacificada.

A mais recente decisão do Supremo Tribunal federal sobre o tema acabou atendendo as necessidades que se encontram o país, pois não restam dúvidas que a apuração dos crimes envolvendo políticos como foi o caso do Mensalão e Lava-jato, só foram mais eficazes devido a atuação conjunta entre o Ministério Público e a Polícia. Portanto, não há dúvidas, que negar atualmente que o Ministério Público investigue é causar um retrocesso, verdadeiro caos num país que a corrupção generalizada, é ocasionar a nulidade em processos em criminosos já estão cumprindo pena, o que isso seria totalmente inaceitável, porém, é também pouco admissível ver a Suprema Corte fazendo papel do legislador.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. *Curso de Direito Processual Penal*. 9 ed. Bahia: JusPodivm. 2014.
- AVENA, Norberto. *Processo Penal Esquematizado*. 2 ed. São Paulo: Método, 2010.
- KAC, Marcos. *O ministério Público na Investigação Penal Preliminar*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- LENZA, Pedro Lenza. *Direito Constitucional Esquematizado*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Editora Impetus. 2013.
- LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- _____. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2001.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 5. ed. São Paulo, Malheiros, 1994. Mello (1994, p.48).
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 12 ed. São Paulo: RT, 2006.
- RANGEL, Paulo. *Investigação criminal direta pelo Ministério Público. Visão crítica*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v.1.

69

FONTES DIGITAIS

- AGUIAR, Diogo Lemos. *Direito Processual Penal*. Valinhos: Anhanguera Educacional, p.1-52, 2014. Disponível em: <http://anhanguera.com>. Acesso em: 13 de abr. 2016.
- BRASIL, Advocacia-Geral da União. *Apresentada ao STF manifestação contra poderes investigatórios do MP*. Mais Notícias da AGU, publicado em 25/08/2009. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/detal/id_conteudo/93444>. Acesso em 15 abr. 2016.
- _____, Ministério Público Federal. *Controle externo pelo MP*. Notícias. Disponível em: <http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-dodoite/copy_of_pdfs/ADI%204271%20%20controle%20externo%20MP.pdf.view>. Acesso em: 16 abr. 2016.
- _____, Supremo Tribunal Federal. *Paginador PDF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=400937&tipo=TP&descricao=ADI%2F4271a>>. Acesso em: 10 abr. 2016.
- _____, Supremo Tribunal Federal. *Adepol questiona controle externo das policias por parte do Ministério Público*. Notícias do STF, publicado em 16 de julho de 2009. Disponível em: <<http://noticias.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiasDetalhe.asp?idConteudo=110906>>. Acesso em 10 abr. de 2016.

R
E
V
I
S
T
A