

O Ministério Público e a Investigação Criminal Direta

Carlos Eduardo Cabral Beloti

Introdução

A Constituição Federal estabeleceu às polícias, Federal e Civil, as funções de investigar e servir de órgão auxiliar do Poder Judiciário na atribuição de apurar a ocorrência e a autoria de crimes e contravenções penais (art. 114, CF). Ao Ministério Público foi reservada a titularidade da ação penal, exceto nos casos de ação penal privada e quando a ação penal não for intentada no prazo legal (art. 5º, LIX, CF). Mesmo com a falta de previsão legal, o Ministério Público reclama a prerrogativa de realizar a investigação criminal diretamente.

Consoante a mais moderna orientação do processo penal, deve-se agilizar a investigação criminal. Estudar e entender as consequências da aplicação que cada posicionamento sobre o tema pode causar ao equilíbrio do sistema processual penal, e compreender as necessidades, dificuldades e problemas que o processo penal brasileiro enfrenta, é assegurar a aplicação das garantias constitucionais dentro do processo penal, possibilitando a criação de mecanismos eficazes para a busca da agilização e simplificação da atividade investigatória.

Torna-se imperioso mostrar que tanto a Polícia Judiciária quanto o Ministério Público, ao desempenharem suas atividades essenciais, cada qual no mister que a Constituição Federal lhes outorgou, contribuirão para a concretização do regime democrático e assegurarão o equilíbrio ao sistema processual penal.

2 O Inquérito Policial

O inquérito policial pode ser definido como um procedimento investigatório prévio, constituído por uma série de diligências, cuja finalidade é a obtenção de indícios para que o titular da ação penal possa propô-la contra o autor da infração penal.

No mesmo sentido está o ensinamento de Fernando Capez (1998, p.64).

A primeira definição de inquérito policial no Brasil surgiu 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, onde se lia da mencionada lei, em seu art. 42 o seguinte: "O inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e de seus autores e cúmplices, devendo ser reduzido a instrumento escrito".

Em 1882, propôs-se a extinção do inquérito policial, argumentando-se que era um procedimento que dificultava a defesa do acusado, o que não ocorreu devido ao advento da República. (BITTENCOURT, 2002).

Nas palavras de Fernando da Costa Tourinho Filho, "*Inquérito Policial é o conjunto de diligências realizadas pela Polícia visando a investigar o fato típico e a apurar a respectiva autoria*". (2004, p. 27).

Para Guilherme de Souza Nucci (2006, p.125) o inquérito policial é "*o principal instrumento investigatório no campo penal, cuja finalidade principal é estruturar, fundamentar e dar justa causa à ação penal*".

Para Luiz Alberto Machado apud Nestor Sampaio Penteado Filho (2002), o inquérito não pode ser visto somente como mera coleta de informações que embasarão a denúncia do Ministério Público. A atividade policial não é subordinada, e sim, antecipada.

Como é cediço, o Estado tomou para si a exclusividade do poder de punir o indivíduo. Mesmo no caso de ação penal exclusivamente privada, o Estado somente delega ao ofendido a legitimidade de dar início ao processo, conservando consigo a exclusividade do *jus puniendi*.

Sendo o Estado o titular do direito de punir, ele instituiu dois organismos dedicados a essa atividade: a Polícia e o Ministério Público.

Pode-se afirmar que o *persecutio criminis* se desenvolve em dois instantes. No primeiro, o Estado representado pela Polícia investiga o fato, apurando quem o cometeu. Para essa primeira etapa dá-se o nome de inquérito.

O inquérito policial não é o único meio previsto constitucionalmente como alicerce da ação penal, como será estudado mais adiante. Contudo, conforme o próprio nome já diz, o inquérito policial é atividade investigatória da polícia judiciária – federal e estadual.

Concluídas as investigações, será o inquérito encaminhado a outro órgão do Estado, o Ministério Público, a quem cabe promover a ação penal, isto é, levar ao conhecimento do juiz a notícia do cometimento de um crime, juntamente com o autor do fato e pedindo-lhe o julgamento. Estamos nos referindo à segunda etapa da *persecutio criminis*.

Anota Fernando da Costa Tourinho Filho (2004, p. 29) que, como essa etapa se desenvolve em Juízo, é chamada de *persecutio criminis in judicio*.

Neste primeiro instante, somente nos interessa a definição de inquérito policial e suas características, uma vez que o Ministério Público será tratado mais adiante neste trabalho.

O inquérito será sempre um procedimento escrito ou datilografado, atendendo à sua finalidade, que outra não é senão a de prestar as devidas informações ao titular da ação penal, conforme ensina Fernando da Costa Tourinho Filho (1994, p.187).

Será também sigiloso, nos termos do art. 20 do Código de Processo Penal. Tal medida visa evitar que a publicidade em relação às provas já colhidas e àquelas que a autoridade pretende obter prejudiquem a apuração do ilícito.

O inquérito policial é uma atividade oficial, não podendo ficar a investigação a cargo do particular, mesmo que seja o ofendido o titular da ação penal.

Por ser um procedimento realizado por órgãos oficiais, será presidido por autoridade pública, no caso, o delegado de polícia.

Após iniciado o inquérito, a autoridade policial não poderá arquivá-lo, residindo aí sua indisponibilidade, conforme preceitua o art. 17 do Código de Processo Penal.

Por fim, o inquérito policial é inquisitivo, ou seja, não permite ao indiciado ou suspeito a ampla oportunidade de defesa, direito que, como regra, encontra-se presente durante a instrução judicial.

Para evitar acusações infundadas, serve também o inquérito de filtro processual.

Vimos que o inquérito é procedimento destinado à apuração de infrações penais, inclusive a sua autoria, possuindo como características a escrita, o sigilo, a oficialidade, a autoritariedade, a indisponibilidade e a inquisição, desempenhando, ainda, a função de filtro processual. Para melhor elucidação do tema, passaremos a estudar o inquérito policial na Constituição Federal de 1988.

2.1 O Inquérito Policial e a Constituição Federal de 1988

O termo inquérito policial somente aparece na Constituição Federal de 1988 uma única vez, no art. 129, inciso VIII, que trata das funções do Ministério Público.

Contudo, a mesma Carta Política, em seu art. 144, § 1º, inciso I, estabeleceu que a Polícia Federal destina-se a:

"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."

Um pouco mais adiante, no § 4º do já mencionado artigo, a Carta Política de 1988 estabelece:

"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."

Ainda neste capítulo, em subtítulo próprio, será tratado de outras formas de investigação que não a feita pela polícia através do inquérito, que é um procedimento administrativo, inquisitivo, sigiloso, escrito e foi outorgado pelo constituinte à polícia judiciária.

Complementando este capítulo, estudaremos o inquérito policial à luz do Código de Processo Penal.

2.2 O Inquérito e o Código de Processo Penal

O inquérito policial está regulado no Código de Processo Penal, no Livro I, título II, do art. 4º ao art. 23.

Logo no art. 4º, fica estabelecido que a polícia judiciária, exercida pelas autoridades policiais, terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

Contudo, o parágrafo único do artigo retromencionado estabelece que aquela competência (apuração das infrações penais e da sua autoria) não excluirá a de autoridades administrativas, a quem a lei comine a mesma função.

Em seguida, o art. 5º e seus incisos e parágrafos, estabelecem as condições para que o inquérito seja iniciado.

Os arts. 6º e 7º trazem as diligências que podem ser realizadas pela autoridade policial. Destacam-se os incisos III, IV e V do art. 6º, os quais estabelecem que a autoridade policial deverá colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato, bem como ouvir o ofendido e o indiciado.

O inquérito deverá terminar no prazo de dez dias, se o indiciado estiver preso, ou, em trinta dias, caso esteja ele solto, com ou sem fiança, conforme prevê o art. 10. Caso seja o fato de difícil elucidação, poderá a autoridade policial requerer ao juiz a devolução dos autos para ulteriores diligências, é o que indica o § 3º do art. 6º do Código de Processo Penal.

Outra incumbência à autoridade policial será a de realizar as diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público, conforme dispõe o art. 13, inciso II, do Código de Processo Penal.

Prega o art. 16 que o Ministério Público não poderá requerer a devolução do inquérito à autoridade policial, senão para novas diligências, imprescindíveis para o oferecimento da denúncia.

A autoridade policial não poderá arquivar o inquérito policial, e este, após decisão de autoridade judiciária que ordenar o seu arquivamento, não poderá ser reaberto, caso não haja notícias de novas provas. Estas regras estão consagradas nos arts. 17 e 18.

Encontramos no art. 20 do Código de Processo Penal a regra de que a autoridade assegurará o sigilo do inquérito.

De todo o apurado no inquérito policial, a autoridade fará relatório, que será remetido ao juiz competente.

São estas as regras, pelo menos as principais, referentes ao inquérito policial dentro do Código de Processo Penal, que como já dito, é um procedimento investigatório.

Para encerrar o estudo deste capítulo, ainda que superficialmente, analisaremos outras formas de investigações consagradas, seja pela Constituição Federal de 1988 ou em legislação infraconstitucional.

2.3 Outras Formas de Investigação

O legislador previu que outras autoridades podem realizar investigações criminais, não sendo, portanto, a investigação criminal uma exclusividade da polícia judiciária.

É o que se vê esculpido no art. 4º, parágrafo único, do Código de Processo Penal, já mencionado neste trabalho.

Com proficiência, Fernando da Costa Tourinho Filho ensina que o parágrafo único do art. 4º deixa entrever que essa competência atribuída inicialmente à polícia não lhe é exclusiva, podendo outras autoridades administrativas, dentro de suas respectivas áreas de atividade, realizar investigações. (2004, p.32).

Guilherme de Souza Nucci (2006, p.128-129), cita como exemplo, quando um juiz é investigado.

"Segundo dispõe o art. 33, parágrafo único, da Lei Complementar nº 35/79, 'quando, no curso de investigação, houver indício da prática de crime por parte do magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao tribunal ou Órgão Especial competente para o julgamento, a fim de que prossiga na investigação'."

O mesmo se dá, quando no curso de investigação, houver indícios da prática de infração penal por parte de membro do Ministério Público.

Discorrendo sobre o tema 'Inquéritos extrapoliciais', Fernando Capez (1998, p.67-68) assevera:

"O art. 4º, parágrafo único, do Código de Processo Penal deixa claro que o inquérito realizado pela polícia judiciária não é a única forma de investigação criminal. Há outras, como por exemplo, o inquérito realizado pelas autoridades militares para a apuração de infrações de competência da Justiça Militar (IPM); (...); as investigações efetuadas pelas Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI), as quais terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais (...); o inquérito civil público, instaurado pelo Ministério Público para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, III), e que, eventualmente, poderá apurar também a existência de crime conexo ao objeto da investigação; o inquérito em caso de infração penal cometida na sede ou dependência do Supremo Tribunal Federal (RISTF, art. 43); o inquérito instaurado pela Câmara dos Deputados ou Senado Federal, em caso de crime cometido nas suas dependências (...)."

Lembra Guilherme de Souza Nucci (2006, p.129) que

"Não é possível admitir-se a produção de provas por quem não está autorizado legalmente a colher elementos para dar fundamento à ação penal, como, por exemplo, colher 'declarações de pessoas' em notários, que não têm atribuição legal para isso."

Tanto o inquérito policial, quanto as demais investigações, ambos presididos por autoridades, têm por finalidade apurar as infrações penais e suas respectivas autorias, para que, mais tarde, o titular da ação penal, seja o Ministério Público, seja o particular, possa, com base nessas investigações, dar início à ação penal.

A Constituição Federal garante ao Ministério Público a competência para expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência. Esta é a inteligência do inciso VI do art. 129 da Constituição Federal.

É de se ressaltar que tais procedimentos administrativos são civis. Em algumas legislações infraconstitucionais existe o permissivo que garante ao Ministério Público requisitar informações, exames, perícias e documentos da administração direta e indireta, bem como promover inspeções e diligências investigatórias. É o que se dá nas Leis ns. 8.069/99 e 10.741/03, denominadas, respectivamente, Estatuto da Criança e do Adolescente e Estatuto do Idoso.

Fernando Capez (2005) leciona que a atividade investigatória não é atividade exclusiva da polícia, existindo no ordenamento outros órgãos encarregados da atividade de investigar, tais como: a ABIN (Agência Brasileira de Inteligência), a CVM (Comissão de Valores Mobiliários), o Ministério da Justiça, por meio do COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras), as Corregedorias da Câmara e do Senado Federal, os Tribunais de Contas da União, dos Estados e dos Municípios, onde houver, a Receita Federal, o STF (Supremo Tribunal Federal), o STJ (Superior Tribunal de Justiça), os Tribunais Federais e os Tribunais de Justiça dos Estados.

Na mesma esteira de pensamento é a lição de Fernando da Costa Tourinho Filho (2004, p. 32) que ensina que a competência atribuída à Polícia não lhe é exclusiva, nada impedindo que autoridades administrativas outras, possam, também, dentro de suas respectivas áreas de atividades, proceder investigações.

Analizados os elementos de maior relevância a respeito do inquérito policial e das demais formas de investigação legalmente previstas em nosso ordenamento, ressalte-se, sobre os quais não tivemos a pretensão de esgotar o assunto, cumprenos, agora, trazer à baila a história do Ministério Público antes e depois da Constituição Federal de 1988, e suas funções.

3 O Ministério Público

A Constituição Federal situa o Ministério Público em capítulo especial, fora da estrutura dos demais poderes da República, consagrando sua total autonomia e independência (Moraes, 2006, p.1675).

As regras constitucionais referentes ao Ministério Público estão prescritas no art. 127 ao art. 130-A da Carta Magna.

3.1 História

3.1.1 O Ministério Público Antes da Constituição Federal de 1988

Para deixar este trabalho completo, ainda que resumidamente, devem-se fornecer noções acerca da evolução do Ministério Público.

O primeiro texto legislativo que se refere ao Ministério Público é o diploma de 09 de janeiro de 1609, que disciplinava a composição do Tribunal da Relação do Brasil, sediado na Bahia (PONTES, 2006). No referido tribunal, o papel do Procurador da Coroa e Promotor de Justiça era exercido por um dos dez desembargadores que compunham aquela corte.

A Carta Imperial de 1824, por assim dizer, nossa primeira constituição, não tratou do Ministério Público, limitando-se a dizer que a acusação dos crimes em juízo seria feita pelo Procurador da Coroa.

No Código de Processo Criminal do Império de 1832, estabeleceu-se que aqueles que podiam ser jurados e tivessem conhecimento das leis do país, também poderiam ser promotores de justiça.

A Constituição promulgada em 1891 apenas tratou do Ministério Público no tocante à nomeação do Procurador Geral da República, escolhido pelo Presidente dentre os Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Em 14 de julho de 1934, foi promulgada a terceira Constituição Brasileira. A nova Carta política do país institucionalizou o Ministério Público, dando-lhe um capítulo à parte. Merece destaque que a nova Carta estabeleceu a estabilidade dos membros do Ministério Público, a regulamentação de ingresso na carreira e a paridade de vencimentos do Procurador Geral da República com os dos Ministros da Suprema Corte.

Na Constituição do Estado Novo, outorgada em 1937, o Ministério Público sofreu a perda da estabilidade e da paridade de vencimentos. Limitou-se apenas em estabelecer que o cargo de Procurador Geral da República era de livre nomeação e demissão pelo Presidente, devendo a escolha recair em pessoa que possuísse os requisitos exigidos para o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Restabelecida a democracia em 18 de setembro de 1946, é promulgada a quinta Constituição Brasileira, dando novos contornos ao Ministério Público. Os arts. 125 a 128 da nova Carta davam título próprio à instituição, disciplinando sua organização, a escolha do Procurador Geral da República, o ingresso na carreira mediante concurso público e as garantias de estabilidade e inamovibilidade de seus membros. O Procurador Geral da República foi legitimado a representar pela inconstitucionalidade de leis e atos normativos.

O golpe militar de 1964 criou uma ruptura na Constituição de 1946, pois, embora vigente, passou a conviver com uma norma paralela: os Atos Institucionais.

Foi em 24 de janeiro de 1967 que surgiu a sexta Constituição. Nesta Carta, o Ministério Público foi deslocado para dentro do Poder Judiciário, em posição de subordinação.

Com o Ato Institucional nº 5 (AI-nº 5), de 13 de dezembro de 1968, suspendeu-se a vigência da Constituição de 1967, dando poderes totalitários ao Presidente da República.

Em 17 de outubro de 1969, entrou em vigor a Emenda Constitucional nº 1, considerada materialmente como a sétima Constituição, na qual o Ministério Público fora colocado em capítulo referente ao Poder Executivo.

É esta a breve evolução do Ministério Público antes da Constituição Federal de 1988. O próximo tema a ser tratado neste trabalho será o Ministério Público após a Constituição Federal de 1988.

3.1.2 O Ministério Público Depois da Constituição Federal de 1988

Após o movimento das "Diretas Já", o regime militar chegou ao seu fim com a promulgação da Constituição Cidadã de 1988, em 05 de outubro daquele ano. A nova carta política consagrou o Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado.

Com a nova Constituição, alguns quiseram discutir se o Ministério Público estaria vinculado ao Poder Judiciário ou ao Poder Executivo, ou ainda, se seria um quarto

poder. De nada vale essa discussão, já que o órgão em análise não deve subordinação a nenhum outro poder ou órgão, sendo-lhe assegurada autonomia funcional e administrativa, bem como iniciativa orçamentária, conforme preconizado no art. 127, §§ 2º e 3º, da Constituição Federal de 1988.

Passaram então os membros do Ministério Público a gozar de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios.

Ao Ministério Público foi incumbida a tarefa de defesa da ordem jurídica, do regime democrático de direito e dos interesses sociais individuais indisponíveis.

Em última análise, cabe ao Ministério Público zelar pelo fiel cumprimento das leis e promover a justiça.

"...é impossível não notar o crescimento da importância e das atribuições do Ministério Público ao longo do tempo". (PONTES, 2006).

Quis o legislador constituinte com isso, assegurar o estado democrático e de direito.

Destarte, cumpre mencionarmos as funções desempenhadas pelo Ministério Público ante a nova Carta Política.

3.2 Funções do Ministério Público

Os reflexos da majoração das funções do Ministério Público, juntamente com a adoção do sistema acusatório, atingiram a persecução penal, tanto na fase investigativa, como na ação penal.

Passou o Ministério Público, assim, a ter funções constitucionais ligadas ao Processo Penal, conforme preconizado na Constituição Federal de 1988, tais como: promover privativamente a ação penal pública, zelar pelo efetivo respeito aos poderes públicos, exercer o controle externo da atividade policial, defender os interesses sociais e individuais indisponíveis, entre outras funções expressamente consagradas pela Constituição Federal em seu art. 129, dentre as quais encontramos a possibilidade do Ministério Público expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, bem como requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial.

Analisadas as funções primordiais do Ministério Público, dedicaremos a seguir, ao estudo do sistema processual penal adotado no Brasil.

4 O Sistema Processual Penal Brasileiro

Para se realizar uma investigação, com o conseqüente processo-crime resultando em uma condenação, podem ser utilizados variados sistemas.

Vale ressaltar que são três, basicamente, os sistemas de processo penal, sendo eles: o sistema inquisitivo; o sistema acusatório, e o sistema misto.

Abordaremos no próximo tópico o mais importante deles, que é o sistema acusatório, utilizado pelo legislador brasileiro, embora haja divergência na doutrina a este respeito (NUCCI, 2006, p. 105).

4.1 Sistema Acusatório

A Carta magna adotou o sistema acusatório, embora não o tenha feito de forma explícita e direta. Conforme já tivemos a oportunidade de relatar, conferiu o exercício da ação penal pública ao Ministério Público, como função privativa deste.

Neste sistema, existe nítida separação entre o órgão acusador e o julgador, e as seguintes características: há liberdade de acusação; predomina a liberdade de defesa e a isonomia entre as partes no processo; vigora a publicidade do procedimento; o contraditório está presente; existe a possibilidade de recusa do julgador; há livre sistema de produção de provas; predomina maior participação popular na justiça penal e a liberdade do réu é a regra.

Fica clara a nítida intenção de se separar as funções de acusar, defender e julgar, baseada na separação de poderes, na qual um órgão exerce controle sobre o outro, com o objetivo de evitar abusos.

Há quem diga que possibilitar ao Ministério Público conduzir investigações criminais de forma autônoma e direta, ferir-se-ia o princípio da equidade, prejudicando a defesa do acusado.

Nesse sentido Aury Lopes Júnior (2003) assevera

"Na prática, o promotor atua de forma parcial e não vê mais uma que uma direção. Ao se transformar a investigação preliminar numa via de mão única, está-se acentuando a desigualdade das futuras partes com graves prejuízos para o sujeito passivo. É convertê-la em uma simples e unilateral preparação para a acusação, uma atividade minimista e reprovável, com inequívocos prejuízos para a defesa."

A preocupação foi tanta que o constituinte consagrou na Constituição Federal de 1988 o sistema de freios e contrapeso, conforme será estudado adiante.

4.1.1 Sistema de Freio e Contrapeso

A Constituição Federal de 1988 consagrou o sistema de freios e contrapesos entre as diversas instituições e poderes existentes no ordenamento pátrio, de forma que tivessem sobre si uma forma de controle externo.

Nesse sentido, tal sistema de fiscalização é típico de qualquer Estado democrático. Isso se deve ao fato de que todos se sujeitam aos mecanismos de controle recíprocos, de modo a evitar a exorbitância por parte de um, sem que incorra na censura e correção por parte dos demais.

Afrânio Silva Jardim (1999, p. 337) ensina:

"Temos asseverado, em outras oportunidades, que o verdadeiro Estado de Direito não pode prescindir de mecanismos de controle de seus órgãos públicos. Este controle deve ser efetivado seja pelas instituições da sociedade civil, de forma difusa, seja pelos próprios órgãos estatais."

Somente existirá um Estado Democrático se houver mecanismos de controle que coíbam abusos por parte daquele que detenha o poder.

No próximo tópico, analisaremos os argumentos pró e contra a possibilidade de o Ministério Público conduzir a investigação criminal diretamente.

5 O Ministério Público e a Investigação Criminal Direta

A discussão começa ao se indagar se é possível o Ministério Público conduzir investigação criminal, tendo em vista a agilização do processo penal.

Torna imperioso mostrar neste trabalho as posições existentes sobre a problemática, bem como os argumentos a favor e contra tal possibilidade.

Passaremos a estudá-las neste momento.

5.1 Argumentos à Favor

5.1.1 Ineficácia/Ineficiência das Instituições Policiais

Um dos argumentos mais utilizados para a justificação da investigação criminal realizada pelo membro do Ministério Público reside na ineficácia das instituições policiais.

O Promotor Gabriel Lino de Paula Pires (2005) apresenta a questão da seguinte forma:

"É de conhecimento geral a situação precária em que se encontram os órgãos policiais brasileiros. Pela carência de recursos financeiros, científicos e humanos, pela atuação ilícita e imoral de alguns policiais e por tantas outras razões, as quais não objetivamos esgotar. (*sic*)"

Diante do descrédito da população na polícia, o Ministério Público, no afã de evitar a impunidade, quer invocar para si o direito de conduzir e realizar investigações criminais diretamente.

5.1.2 O Membro do Ministério Público Possui Independência Funcional, Inamovibilidade e Vitaliciedade

A Constituição Federal do Brasil no art. 128, § 5º, inciso I e suas alíneas, garantiram ao membro do Ministério Público a independência funcional, a inamovibilidade e a vitaliciedade.

Com essas garantias, o membro do Ministério Público fica livre para atuar com a convicção necessária que a função exige, não se preocupando se ao desempenhar suas funções terá o cargo e o salário garantido no dia seguinte. Estas garantias não geram incertezas no membro do Ministério Público, o que garante ao seu trabalho maior confiabilidade.

5.1.3 O Ministério Público Possui Autonomia Funcional

No exercício de suas funções, o Ministério Público somente deve obediência à Constituição Federal e às leis, não sofrendo qualquer ingerência ou interferência externa, ao contrário do que acontece com as polícias, que estão subordinadas diretamente ao chefe do Poder Executivo e nas quais vigora o princípio da hierarquia, ocasionando dificuldades para atuar de forma independente.

5.1.4 Quem Pode o Mais, Pode o Menos

Outro argumento utilizado por aqueles que defendem a possibilidade de o Ministério Público realizar investigação criminal diretamente encontra respaldo no inciso VIII, do art. 129, da Constituição Federal.

No referido dispositivo encontramos a previsão de o Ministério Público requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial.

O promotor de justiça na Bahia, Rômulo de Andrade Moreira (2004) indaga: se se pode o mais (requisitar diligências investigatórias), como não se pode o menos?

No mesmo sentido:

"Ora, se o Promotor de Justiça pode (deve) ajuizar a ação penal, 'a fortiori', lhe é permitido praticar atos administrativos que lhe possibilitem sua atuação. Em outras palavras, e utilizando-nos de conhecida e reiteradamente aplicada expressão, quem pode o mais, pode o menos (Pires, 2005)."

Não é concebível aos olhos dos defensores da investigação criminal pelo Ministério Público que o promotor de justiça ou o procurador da república não possam praticar quaisquer atos, desde que legais, a fim de formar sua convicção e coletar elementos que embasem o futuro processo penal.

5.1.5 Autorização Constitucional e Infraconstitucional para Investigar

Como veremos mais adiante, um dos argumentos contrários à investigação criminal preliminar providenciada pelo Ministério Público converge para a tese da ausência de autorização expressa na Constituição para tanto (CLÈVE, 2004). Porém, este tema será tratado depois.

Cumpramos neste momento o tema a que nos propomos. O autor acima citado relata:

"Um olhar atento sobre as atribuições da instituição ministerial na Constituição exige enfrentar, no entanto, a cláusula de abertura que dispõe explicitamente que o Ministério Público poderá 'exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada à representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas'."

E continua:

"Em decorrência da disposição constitucional foi promulgada a Lei Complementar nº 75 de 1993 que dispõe sobre as atribuições do Ministério Público da União, contemplando expressa autorização para a realização de inspeções e diligências investigatórias."

Os defensores desta tese afirmam que a legitimação do poder investigatório do Ministério Público tem, portanto, sede constitucional e, no plano infraconstitucional, autoridade própria de lei complementar, confirmando a Lei Complementar de 1993 no plano infraconstitucional, o que se podia ser deduzido a partir de uma acurada leitura da Constituição.

O atendimento do requisito de compatibilidade com a finalidade institucional transparece na primeira das funções do Ministério Público prevista pela Constituição, qual seja a promoção da ação penal de iniciativa pública, com a qual estabelece clara vinculação.

A compatibilidade pode ser certificada, ademais, com a previsão de atribuição expressa da função investigatória ao Ministério Público em diferentes diplomas normativos. Dentre as passagens encontráveis no ordenamento jurídico vigente, citem-se, entre outras, o preceituado no art. 201, inciso VII, da Lei nº 8.069 de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) e art. 74, inciso VI, da Lei nº 10.741 de 2003 (Estatuto do Idoso) para instauração de sindicâncias, de natureza nitidamente criminal.

Rogério Lauria Tucci, aduz que a investigação criminal realizada pelo Ministério Público seria compatível com a finalidade constitucional que lhe é própria (2004, p. 14 apud STRECK; FELDENS, 2003, p.51 e ss.).

Analisados os argumentos a favor da investigação criminal direta conduzida pelo Ministério Público, passemos a estudar os argumentos contrários.

5.2 Argumentos Contra

5.2.1 Ausência de Previsão Constitucional e Infraconstitucional Expressa

Aqueles que defendem a inviabilidade da realização de investigação criminal conduzida direta pelo Ministério Público, argumentam que não existe previsão constitucional para tanto.

Um dos que militam nesse sentido é o jurista Luiz Flávio Gomes (2004), que em artigo apontou a ausência de permissivo constitucional para que o Ministério Público realize investigação criminal por conta própria, além de apontar que não existem regras claras sobre como o Ministério Público faria a investigação. Em outras palavras, não existe a regulamentação de como seria realizada a investigação criminal conduzida diretamente pelo Ministério Público.

Os advogados e a população têm o direito de conhecer previamente as regras da investigação levada a cabo pelo Ministério Público.

Sergio Marcos Moraes Pitombo (2003) ensina:

"Não se pode inventar atribuições nem competência, contrariando a Lei Magna. A atuação administrativa interna do Ministério Público, federal ou estadual, não há de fazer às vezes das polícias. Cada qual desempenhe sua específica função, no processo penal, em conjunção com o Poder Judiciário."

Para o primeiro autor acima referido, o art. 144 da Constituição Federal não atribui ao Ministério Público poderes de investigação criminal realizadas diretamente.

5.2.2 Monopólio da Investigação Criminal pela Polícia

Aqueles que defendem que somente a autoridade policial pode conduzir a investigação criminal argumentam que a Constituição Federal, ao incumbir às polícias civis, dirigidas por delegado de polícia de carreira, ressalvada competência

da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares, acabou criando o monopólio da investigação criminal.

Nestor Sampaio Penteadado Filho (2002), citando Luiz Alberto Machado acrescenta:

"A obediência a esse princípio, do monopólio da investigação criminal pela polícia civil, dirigida por delegado de polícia de carreira, é imposição do princípio da legalidade, sintetizado por C. A. Bandeira de Mello como a obrigação de a Administração Pública só agir quando um texto de lei específico a autorize a agir."

Neste ínterim, os que impugnaram a investigação criminal conduzida pelo Ministério Público asseveraram que a atividade investigatória criminal, formalizada no inquérito policial, só pode, por força de expressa diretriz constitucional, ser exercida e presidida por delegado de polícia.

5.2.3 Desvio de Função

Segundo esta tese, a Constituição Federal atribuiu ao Ministério Público à função de exercer o controle externo da atividade policial e não substituí-la, conforme preconizado no art. 129, VII, da Carta Magna.

Ao invocar para si a investigação criminal, o Ministério Público, que tem como função fazer o controle externo da atividade policial, deixaria de ser fiscalizador, e daí se pergunta: Quem fiscalizará o Ministério Público em sua atividade investigatória?

Ademais, a realização da investigação criminal realizada diretamente pelo Ministério Público, nos dizeres de Rogério Lauria Tucci, afronta as garantias constitucionais asseguradas ao imputado, que se consubstancia numa atuação afrontosa do *due process of law* e aos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal (2004, p.79 e ss).

Não foi por menos que o constituinte estabeleceu ao Ministério Público a atividade de fiscalizar a atividade policial. Pretendeu impedir que os direitos dos acusados fossem transgredidos e que as apurações cumprissem seu fim.

Dentro ainda da problemática, cumpre trazer à baila a posição adotada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

5.3 Posição da Ordem dos Advogados do Brasil

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil decidiu que não existe base jurídica e constitucional para que o Ministério Público tenha poder de investigação em matéria criminal.

A matéria foi votada pelos oitenta e um conselheiros federais da Ordem dos Advogados do Brasil, reunidos em Brasília em 17/08/2004.

Segundo Bitencourt, para que membros do Ministério Público possam atuar como investigadores criminais, é necessário que a função seja regulamentada pelos legisladores, estabelecendo as condições, os meios e os limites para que as investigações possam ser conduzidas por seus integrantes.

Em seu voto e relatório, Bitencourt (2004) relata que:

"Indiscutivelmente a realização de investigação criminal diretamente pelo Ministério Público compromete a apuração dos fatos, dado que nessa esfera, o *Parquet* é parte, pensa como parte e age como parte. Haverá nítida tendência a selecionar aqueles elementos probatórios que o favoreçam na acusação, especialmente considerando-se que é atribuição do Ministério Público promover, com exclusividade, a ação penal pública. Não é por outra razão, que, invariavelmente, em todas as investigações procedidas pelo Ministério Público invoca-se o famigerado "sigilo", com notória violação aos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal."

E continua:

"Na verdade, além do arbitrário e ilegal desequilíbrio entre as partes, violando o devido processo legal, há outro fundamento para não permitir ao Ministério Público proceder investigações criminais: quem investiga adota, de plano, um determinado ponto de vista, uma hipótese provisória, uma premissa maior, sem a qual nenhuma conclusão advirá. Tal hipótese seduz o investigador, de tal forma, que torne indiferente a qualquer outra possibilidade, o que é extremamente danoso quando ocorre com um Ministério Público inquisidor."

A posição adotada pelo plenário da Ordem dos Advogados do Brasil sobre a possibilidade ou não de o Ministério Público poder conduzir investigações criminais resultou na seguinte ementa que transcrevemos:

"Diante do atual texto constitucional, não há suporte jurídico para o Ministério Público, autonomamente, realizar investigações criminais, que são atribuições da polícia judiciária."

Conhecida a posição da Ordem dos Advogados do Brasil, resta saber qual a orientação adotada pelo Supremo Tribunal Federal. É o que veremos a seguir.

5.4 A Posição do Supremo Tribunal Federal

A questão já esteve em debate perante o Supremo Tribunal Federal em mais de uma ocasião. Ao contrário do que acontece no Superior Tribunal de Justiça, onde o amplo poder investigatório do Ministério Público em matéria criminal é reconhecido de forma pacífica, na mais alta Corte do país a questão ainda não assumiu contornos definitivos.

Em 30 de setembro de 1997, no julgamento do Habeas Corpus nº 75.769/MG, relatado pelo Ministro Octávio Gallotti, a Primeira turma do Supremo Tribunal Federal indeferiu o pedido, acolhendo a tese do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, no sentido de que a prática de atos investigatórios pelo Promotor de Justiça não o impede de oferecer denúncia.

Em 1º de setembro de 1998, no julgamento pela Segunda Turma daquele sodalício do Habeas Corpus nº 77.371/SP, relatado pelo Ministro Nelson Jobim e que tratava justamente da oitiva de testemunha diretamente pelo Ministério Público, ficou consignada a possibilidade da realização da diligência.

No mesmo ano, em 07 de dezembro, a mesma Segunda Turma julgou o Habeas Corpus nº 77.770/SC, relatado pelo Ministro Néri da Silveira, onde mais uma vez, a Corte Suprema decidiu pela ampla liberdade de investigação do Ministério Público.

Apenas uma semana depois, em 15 de dezembro de 1998, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 205.473-9/AL, relatado pelo Ministro Carlos Mario Velloso, a mesma Segunda Turma pronunciou-se contrariamente aos entendimentos anteriores. Neste julgamento, decretou-se a inocorrência de ofensa ao art. nº 129, inciso VIII, da Constituição Federal, pelo fato de a autoridade administrativa deixar de atender requisição de membro do Ministério Público, no sentido da realização de investigações tendentes à apuração de infrações penais, mesmo porque não cabe ao membro do Ministério Público realizar, diretamente, tais investigações, mas requisitá-las à autoridade competente para tal.

Em 18 de maio de 1999, foi julgado o Recurso Extraordinário nº 233.072/RJ. Neste caso, determinado Procurador da República, acreditando na ocorrência de irregularidades em procedimento licitatório de órgão do Ministério da Fazenda, requisitou o respectivo processo administrativo e convocou pessoas para serem ouvidas diretamente. Com base em tais elementos, ofereceu denúncia contra os envolvidos. O Tribunal Regional Federal da Segunda Região concedeu *Habeas Corpus* para trancamento da ação penal, sob o fundamento de que o Ministério Público exorbitara de sua função. Os Ministros Néri da Silveira e Maurício Corrêa conheceram e deram provimento ao recurso, para que se desse prosseguimento à ação penal. Os Ministros Nelson Jobim e Marco Aurélio não conheceram do recurso, por entenderem que o Ministério Público não tinha competência para promover inquérito administrativo para apurar conduta criminosa de servidor público. Na sequência, o Ministro Carlos Mário Velloso não conheceu do recurso por razão totalmente diversa. Assim ficou a ementa do acórdão:

"O Ministério Público não tem competência para promover inquérito administrativo em relação à conduta de servidores públicos, nem competência para produzir inquérito penal sob o argumento de que tem possibilidade de expedir notificações nos procedimentos administrativos, pode propor ação penal sem o inquérito policial, desde que disponha de elementos suficientes. Recurso não conhecido (STF, 2002)."

Em 06 de maio de 2003, o Ministro Nelson Jobim relatou o Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 81.326-7/DF, citado na introdução deste trabalho. Neste processo, o Supremo Tribunal Federal reformou a decisão do Superior Tribunal de Justiça para tornar insubsistente convocação de delegado de polícia para depor junto ao Ministério Público do Distrito Federal.

Até hoje, as decisões somente foram tomadas em turmas. Inexiste decisão plenária sobre o tema com a atual composição da Suprema Corte.

Conhecidas as teses, posições e os argumentos utilizados por aqueles que discutem sobre a investigação criminal conduzida pelo Ministério Público diretamente, encerrando o artigo, passaremos a estudar as consequências de tais posições no sistema processual penal brasileiro.

6 A Investigação Criminal pelo Ministério Público e o (Des)Equilíbrio do Sistema Processual Penal

Ao se permitir que o Ministério Público faça por conta própria investigações criminais, estar-se-ia concentrando poderes maiores que o estabelecido constitucionalmente.

Conforme já estudado, no sistema acusatório, a polícia está incumbida de realizar a investigação criminal. Ao Ministério Público cabe denunciar e, ao Poder Judiciário cumpre dizer o direito, ficando o sistema processual penal em equilíbrio.

No caso em tela, passando o Ministério Público a acumular os poderes de investigar e denunciar, o sistema processual penal estaria em desequilíbrio, haja vista que um mesmo órgão realizaria duas atividades que, no plano legal, deveriam ser realizadas por entes diferentes, evitando a impessoalidade daquele que investiga e daquele que denuncia.

O Estado tomou para si a exclusividade do *jus puniendi*, instituindo dois organismos, dedicados a essa atividade: a Polícia e o Ministério Público. O *persecutio criminis* se desenvolve em dois instantes. No primeiro, o Estado representado pela Polícia investiga o fato, apurando quem o cometeu. No segundo instante, ou seja, após o encerramento da atividade policial, as diligências que buscaram descobrir o autor de um fato delituoso são encaminhadas ao Estado, representado pelo Ministério Público, a quem cabe promover a ação penal, isto é, levar ao conhecimento do juiz a notícia de um crime, juntamente com o autor do fato e pedindo-lhe o julgamento.

Ao se respeitar esta lógica, que é mais do que uma regra processual, é pura vontade do legislador constituinte, tanto a Polícia Judiciária quanto o Ministério Público, ao desempenharem suas atividades definidas constitucionalmente, contribuirão para a concretização do regime democrático e assegurarão o equilíbrio ao sistema processual penal.

É por esta razão, além de outras, que o constituinte estabeleceu implicitamente um sistema de freio e contrapeso, para evitar que um órgão, um ente ou um poder se tornasse infinitamente maior que os outros.

7 Conclusões

Concluímos que o inquérito policial é o conjunto de diligências realizadas pela polícia visando investigar um fato típico e a apurar sua respectiva autoria, sendo o inquérito regulamentado pelo Código de Processo Penal, e que existem outras formas de investigações constitucionalmente ou infraconstitucionalmente estabelecidas, não sendo, portanto, ato privativo ou exclusivo da polícia investigar.

As funções do Ministério Público ao longo dos anos foram acrescidas, principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988, sendo-lhe incumbida a tarefa da defesa da ordem jurídica, do regime democrático de direito e dos interesses individuais indisponíveis, passando a ter o Ministério Público funções constitucionalmente ligadas ao processo penal.

A Constituição Federal de 1988 adotou, de forma implícita, o sistema acusatório, onde existe nítida separação entre o órgão acusador e o julgador, advindo daí, o sistema de freio e contrapeso entre as diversas instituições e poderes existentes no ordenamento pátrio, de forma que cada uma tivesse sobre si uma forma de controle externo, típico de qualquer estado democrático.

Sobre a possibilidade de o Ministério Público conduzir investigação criminal, existe ampla discussão doutrinária e jurisprudencial a respeito, sendo a ineficácia/ineficiência das instituições policiais, a independência funcional, a

inamovibilidade e a vitaliciedade do membro do Ministério Público argumentos a favor, entre outros. De outro lado, a ausência de previsão constitucional e infraconstitucional expressa e o monopólio da investigação criminal pela polícia são argumentos contra a possibilidade de o Ministério Público conduzir investigação criminal, o que acarretaria desvio de função.

O Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil não vê com bons olhos a investigação criminal realizada autonomamente pelo Ministério Público, por não haver suporte jurídico na Constituição Federal.

Que o Supremo Tribunal Federal não firmou posicionamento sobre o tema, havendo apenas decisões das turmas e não do pleno daquela corte.

E por fim, ao se permitir que o Ministério Público faça por conta própria investigações criminais, estar-se-ia concentrando poderes maiores que o estabelecido constitucionalmente, pois, ao se permitir que um mesmo órgão realize duas atividades que, no plano legal devem ser realizadas por entes diferentes (sistema acusatório), acarretaria o desequilibrando do sistema processual penal brasileiro.