

FERNANDO AZEVEDO DOS SANTOS

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DIRETA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

CURITIBA

2006

FERNANDO AZEVEDO DOS SANTOS

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DIRETA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Sylvio Roberto Degasperi Kuhlmann

Co - orientador: Prof. Rodrigo Muniz dos Santos

CURITIBA

2006

Aos meus queridos e amados pais, Almir e Elizabeth, aos quais tanto sou grato pela estrutura emocional, educacional e financeira que sempre me proporcionaram. Infinitas serão as outras vidas e novos lares nos quais estarei inserido. Todavia, inesquecíveis serão os momentos que com vocês, magníficos seres, vivencio. A vocês, querido Pai e Mãe, gratidão eterna.

À minha irmã gêmea Tatiane que, com seu sorriso tímido, me encanta, e, com sua enorme força, me ensina lutar e a ver quão importante se faz aprendermos a conviver com as diferentes maneiras de vivenciar a existência material e estar no mundo.

Ao meu querido sobrinho Rafael que, com a inocência de uma criança de apenas 04 anos, me traz energia para lutar pelos meus ideais, a fim de que em um mundo mais justo, igualitário e harmônico possamos estar.

À Amanda, que sempre me auxiliou e quem tanto quero bem. Pela paciência, dedicação e incentivo que sempre me oferece.

Dedico.

Ao grande mestre Jesus que, com sua lição de vida, me faz experimentar a cada dia que apenas o amor incondicional aos semelhantes nos guiará à evolução enquanto ser imortal.

Aos amigos e mentores espirituais que, sabedores da minha tarefa, sabiamente indicaram-me o seio familiar de que hoje faço parte.

À querida amiga Lígia que, com seus grandes ensinamentos, me fez ter garra para mudar aquilo que é possível ser transformado, mostrando-me que o autoconhecimento é um grande instrumento para a evolução.

À Dra. Loriane Zaniolo Correia, Vívian Patrícia Fortunato, Daniella Sandrini Bassi e Marcelo Balzer Correia pelos ensinamentos que sempre me ofereceram durante o período em que estagiei no Ministério Público do Estado do Paraná. Pelo incentivo que me deram, pelas agradáveis companhias e pelas sinceras amizades que transcendem o contato profissional.

Aos meus amigos “de sempre e para sempre” da faculdade, Amanda Vaz Cortesi, Camila de Cássia Muller, Carina Rodrigues Soares, Christiane Sans Vinoski, Edir de Almeida, Leandro Antônio Aires, Rene Toedter e tantos outros que comigo debateram sobre provas e trabalhos, mas também fizeram festas, viagens e comemorações de aniversários, páscoas e natais.

À minha prima Desirêe (Desi), por quem tanto nutro, ao meu cunhado Rodrigo (cunha) e aos meus bons e velhos amigos Ana (Anita), Ana (amore), Denis (são Denis), Diego (Grilo), Ivo (Ivovisk), Mauricio (Mandirituba), Ricardo (Rica), Rodrigo (colégio) e também as inúmeras outras pessoas que tive o privilégio de conviver em algum momento da minha vida. Obrigado pelas viagens, churrascos, shows, barzinhos, baladas e por estarem ao meu lado nos momentos mais difíceis.

Aos professores Sylvio Roberto Degasperi Kuhlmann e Rodrigo Muniz dos Santos que, com seus profundos conhecimentos jurídicos, me auxiliaram na produção desta monografia.

À todos vocês que de alguma forma contribuíram e ainda contribuem para que a minha felicidade seja completa.

Agradeço.

“Assim, o desenvolvimento do Ministério Público hoje é dependente de definição da maneira pela qual essa instituição encontrará um justo termo entre a razão e a utopia, conciliando um modo de produzir e aplicar um direito ainda não inteiramente superado e a necessidade de dar respostas a funções jurídicas e sociais inteiramente inovadoras.”

Carlos Alberto de. Salles. “Entre a razão e a Utopia: A formação histórica do Ministério Público” .

SUMÁRIO

RESUMO.....	viii
INTRODUÇÃO	1
1. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	4
1.1 Inquisitório	4
1.2 Acusatório.....	5
1.3 Misto	6
1.4 Sistema adotado pelo legislador brasileiro	7
2. RETROSPECTO HISTÓRICO ACERCA DO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	11
2.1 Origens	11
2.2 No Brasil	12
2.3 Nas Constituições.....	13
2.3.1 Nas Constituições anteriores	13
2.3.2 Na Constituição Federal vigente	17
3. PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO PROCESSUAL PENAL QUE REGEM O DEVER SER DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO	21
3.1 ‘lus puniendi’ versus ‘lus libertatis’: o Processo como meio de acerto do Caso Penal	22
3.2 Princípios gerais do direito processual penal interligados à atuação do Ministério Público.....	26
3.2.1 Do Devido Processo Legal	26
3.2.2 Da oficialidade, indivisibilidade e intranscendência	27
3.2.3 Da indisponibilidade e da obrigatoriedade	28
3.2.4 Do Contraditório.....	29
3.2.5 Do Promotor Natural.....	30
3.2.6 Da presunção de inocência e inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos.....	32
3.2.7 Da publicidade dos atos processuais.....	34
4. INTERPRETAÇÃO À LUZ DO ATUAL PARADIGMA VIGENTE.....	37
4.1 A norma como produto da interpretação dada ao texto legal	37
4.2 A Interpretação dos textos infraconstitucionais.....	39
4.3 Tradição e Status ‘quo’: A necessidade de superação do discurso histórico em face dos ideais vigentes na sociedade contemporânea	42
5. A ATUAÇÃO DO MINSITÉRIO PÚBLICO NO DIREITO ALIENÍGENA.....	45
5.1 Em Portugal.....	45
5.2 Na Itália.....	47

5.3 Na França	47
5.4 Na Espanha	48
5.5 Na Alemanha	49
5.6 Na Inglaterra e Gales	50
5.7 Na Colômbia e México	51
5.8 Na Argentina, Bolívia e Chile	51
6. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL REALIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO	53
6.1 Legitimidade histórica de a Polícia Judiciária investigar: a fragilidade do argumento histórico em face do novo contexto vigente	53
6.2 Da não exclusividade da Polícia Judiciária investigar infrações penais	56
6.3 Da não revogação do parágrafo único, do art. 4º do Código de Processo Penal	59
6.4 Da quebra da imparcialidade: sua insustentabilidade	63
6.5 Da requisição de diligências	65
6.6 O art. 129 da Constituição Federal: sua análise sistemática	68
6.6.1 Ação Penal Pública e finalidade da Investigação Criminal (limitação material afirmativa)	71
6.6.2 Previsão Legal (limitação formal)	73
7. DA NECESSIDADE DE ELABORAÇÃO DE UMA LEI COMPLEMENTAR QUE REGULAMENTE A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DIRETA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO	77
7.1 Lege Ferenda	81
7.1.1 Da Instauração	82
7.1.2 Da instrução	82
7.1.2.1 Do sigilo nas investigações criminais feitas pelo Ministério Público	84
7.1.3 Do arquivamento do procedimento administrativo investigatório	84
7.1.4 Dos recursos	87
CONCLUSÃO	89
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	94

RESUMO

Desde o momento em que o Estado banuiu a vingança privada, conferiu a um órgão estatal, em regra, o direito-dever de exercer a ação penal. Desta forma, salvo os crimes em que a ação penal se procede mediante queixa, o Ministério Público é o órgão oficial para promover, privativamente, a ação penal pública. No intuito de embasar a sua denúncia, o órgão acusador passou, então, a realizar pessoal e diretamente investigação na esfera criminal, dispensando o inquérito policial, iniciando, assim, uma grande polêmica que ainda persiste no mundo jurídico, colecionando posições doutrinárias favoráveis e outras contra esta espécie de investigação. Verificar se a investigação criminal é de competência exclusiva da Polícia Judiciária e, principalmente, se a Constituição Federal vigente atribui ou não ao Ministério Público a função de realizar procedimentos administrativos investigatórios criminais constituem o objetivo do presente trabalho.

Palavras-chave: investigação criminal; Polícia Judiciária; Ministério Público; atribuição constitucional.

INTRODUÇÃO

O Ministério Público da forma como conhecemos não surgiu de um dia para o outro nem foi produto de uma criação legislativa. Ao contrário, seu surgimento e desenvolvimento deram-se conforme as necessidades encontradas no seio social, e seu papel institucional esteve diretamente ligado ao Poder estatal vigente em determinada época.

Assim sendo, encontramos um Ministério Público que durante o período medieval representou os interesses do Rei (*gens du roi*); que no Brasil, durante os períodos ditatoriais (Estado Novo de Vargas e Regime Militar) teve mitigado as suas funções de defesa da ordem jurídica, do Regime Democrático e das garantias e direitos individuais e coletivos; e, que, nos momentos de liberdade política e social, foi colocado como instituição autônoma e, de certa forma, com independente (a exemplo das Constituições pátrias de 1934 e 1946).

Surge a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e um novo cenário político, normativo e social é implementado e vivenciado. Denominada Constituição Cidadã, a Carta Política de 1988, preocupada com a efetivação dos direitos e garantias de todos os cidadãos, privilegiou o Regime Democrático de Direito e a dignidade da pessoa humana e estabeleceu uma série de direitos e deveres individuais e coletivos (Dos Direitos e Garantias Fundamentais).

Neste novo contexto o Ministério Público recebe tratamento diferenciado. É consolidado como Instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbido da defesa da ordem jurídica, do Regime Democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, assegurando-lhe, para tanto, independência e autonomia funcional e administrativa.

Mudou-se a maneira de atuar de tal instituição, eis que se antes estava sob a ingerência do Poder Executivo e desempenhava o papel de defesa dos direitos individuais apenas, atualmente esta Instituição tem autonomia funcional (e independência funcional de seus membros) e seu papel foi ampliado a guardião dos interesses coletivos, da ordem jurídica e do Regime Democrático de Direito, figurando tanto como órgão acusador quanto *custus legis*.

Por outro lado, houve um aumento, nas últimas décadas, dos índices de violência e criminalidade, o que faz com que o Estado deva atuar de forma mais

incisiva, necessitando, para tanto, de uma estrutura mais bem aparelhada durante a persecução criminal.

O Ministério Público, então, enquanto órgão que é interessado na persecução criminal, principalmente nos casos em que a atuação da Polícia Judiciária resta prejudicada (sejam por questões corporativistas, corrupção, intervenções do Poder Executivo), passou a atuar diretamente na fase pré-processual (a da investigação preliminar) colhendo pessoalmente os meios de provas que lhe servem de base para a denúncia.

A partir de então, muita discussão doutrinária iniciou-se, e a indagação que ainda se faz é se o Ministério Público tem atribuição para realizar pessoal e diretamente investigações preliminares no âmbito penal.

Este é o objetivo do presente trabalho, qual seja, verificar se a Constituição Federal vigente atribui ou não esta função ao Ministério Público.

Contudo, antes, para uma melhor compreensão da matéria, abordaremos, nos cinco primeiros capítulos, os seguintes temas:

Sistemas Processuais Penais: inquisitório e acusatório, bem como o “sistema” misto, para tão depois analisarmos o sistema adotado pelo legislador brasileiro e seu reflexo no âmbito processual penal, discutindo ainda sobre o papel desempenhado pelo órgão acusador e pelo Juiz na fase pré-processual e processual.

Origem do Ministério Público, bem como a posição e atuação desta Instituição dentro de cada Ordem Constitucional vigente em nosso país, apontando, principalmente, a estreita ligação existente entre uma determinada ordem política e a atuação do Ministério Público, tratando, ainda, sobre a posição desta Instituição diante da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988;

Princípios gerais do direito processual penal que regem a atuação do membro do *Parquet* diante da nova Carta Política (princípios da oficialidade, indivisibilidade, intranscendência, indisponibilidade, obrigatoriedade, do devido processo legal, do contraditório, da presunção de inocência, proibição das provas obtidas por meios ilícitos, e da publicidade dos atos processuais), enfatizando o duplo papel desempenhado pelo Promotor de Justiça dentro do campo penal;

Força normativa da Constituição Cidadã, hermenêutica Constitucional e interpretação dos textos infraconstitucionais, fazendo também, ainda que de forma

sucinta, um paralelo entre a visão clássica e o paradigma vigente na sociedade atual;

Contribuição do direito alienígena acerca do papel desempenhado pelo Ministério Público durante a investigação criminal (Ministério Público português, italiano, francês, inglês, alemão, colombiano, mexicano, argentino, boliviano e chileno), mostrando quais são as tendências mundiais no que diz respeito à investigação preliminar.

Feita estas considerações, tratar-se-á, no sexto e sétimo capítulos, a investigação criminal realizada pessoal e diretamente pelo Ministério Público.

Será abordada a questão sob o ponto de vista paradigmático e normativo-constitucional, (através do estudo das normas constitucionais e infraconstitucionais acerca da matéria, analisando se a Constituição Cidadã atribui ou não esta função ao Ministério Público), trazendo à discussão as idéias defendidas por militantes contrários e a favor da atuação investigatória pelo Ministério Público na seara penal, bem como se existe alguma lei complementar que regulamente a matéria.

Ao final deste trabalho, pincelaremos nossas conclusões.

1.SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

A fim de compreendermos o sistema processual penal vigente em solo pátrio atual, bem como o papel desempenhado pelo Juiz e pelo Promotor de Justiça no processo penal, devemos, antes, realizar uma análise sobre os sistemas inquisitório e acusatório (e seus respectivos princípios embaixadores), ressaltando, porém, que nenhum desses sistemas existem, hodiernamente, em sua forma pura, tendo cada um algumas características, não obstante secundárias, do outro.¹

1.1 Inquisitório

O sistema inquisitório, da maneira como conhecemos hoje, iniciou-se na Idade Média e encontrou no seio da Igreja Católica o ambiente necessário para o seu desenvolvimento. Desta forma, com o início dos trabalhos nos Tribunais da Inquisição, pela *Constitutio Excomuniamus* (1231), consolidado com a Bula *Ad extirpanda*, de Inocêncio IV, em 1251, o sistema inquisitório, chefiado pelos clérigos, ganha base jurídica.²

A partir de então, crime e pecado passam a ter uma estreita relação, e a pena passa a ser vista como uma forma de libertação das impurezas (dos pecados), absolvição para a alma. A tortura é admitida, (eis que é através dela que o pecador confessa as suas heresias, libertando-se), e as funções de investigar, acusar, defender e julgar são concentradas em um mesmo órgão, que detém a gestão da prova e tem, no acusado, o seu objeto de investigação.³

Nas palavras do jurista português BARREIROS:

Em linhas gerais, o sistema inquisitório define-se pela cumulação, nas mãos da mesma entidade, das funções de instrução, acusação e julgamento, agindo esta sempre sob um estatuto que lhe outorga uma nítida superioridade, relativamente ao argüido. Além disso, o processo inquisitório é totalmente escrito e em grande parte secreto para o argüido, que assim fica desarmado dos mais elementares direitos de defesa. Quanto ao domínio probatório, a confissão é considerada o meio de prova por excelência (*Regina probationum*) pelo que todos os meios se conjugam para a obter. O argüido torna-se, nesta conformidade,

¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR. ano. 30, n. 30. Curitiba: 1998. p. 167.

² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do Novo Juiz no processo Penal**. In : Crítica à teoria geral do direito processual penal. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (coordenador). Rio de Janeiro: Renovar, 2001.p. 23.

³ *Idem*. pp. 23 e 24.

objeto do processo, pois que é ele quem fornece os elementos indispensáveis para a indagação dos factos. A prova é analisada de acordo com critérios, ou irracionais ou de valor legalmente estipulado. O arguido está em regra sob prisão, pois o sacrifício que esta impõe, bem como a admissibilidade, tida por inquestionável, da tortura, possibilita a sua rápida confissão.⁴

Observa-se, desta forma, que em sua forma pura, o sistema inquisitório é marcado pela concentração das funções de investigar, acusar, defender e julgar em um mesmo órgão; que este órgão possui em suas mãos a gestão das provas; que o processo é eminentemente escrito, secreto (a publicidade dos atos processuais não é obedecida) e não contraditório, tendo o acusado como um mero objeto de investigação; e, que a prisão preventiva é tida como regra.

1.2 Acusatório

Por seu turno, a principal característica do sistema acusatório reside no fato de que a “*gestão da prova* está nas mãos das partes, o Juiz dirá, com base exclusivamente nessas provas, o direito a ser aplicado no caso concreto”.⁵

Desta forma, ao Estado-Juiz não cabe mais a função de investigar, acusar, defender e, ainda, julgar, eis que “a imputação penal é feita por órgão distinto do Juiz, em regra Ministério Público, estabelecendo, assim, um *actum trium personarum*, dando-se ao acusado o ‘status’ de sujeito de direitos com exercício da ampla defesa e do contraditório e não o tratando como mero objeto de investigação”⁶.

São, portanto, características do sistema acusatório em sua forma pura, a distinção de funções entre o órgão defensor, acusador e julgador; a iniciativa das provas pelas partes, e não mais pelo Juiz (que deve conhecer bem o caso penal, a fim de aplicar-lhe de forma justa e eficaz o direito); a oralidade e publicidade dos

⁴ BARREIROS, José Antônio. **Processo Penal**. Coimbra: Almedina, 1981. p. 13. Na mesma linha de pensamento, também COUTINHO (**Introdução.... Op. Cit.** p.166), ao esclarecer que “A característica fundamental do sistema inquisitório, em verdade, está na gestão da prova, confiada essencialmente ao magistrado que, em geral, no modelo em análise, recolhe-a secretamente, sendo que ‘a vantagem (aparente) de uma tal estrutura residiria em que o juiz poderia mais fácil e amplamente informar-se sobre a verdade dos factos - de todos os factos penalmente relevantes, mesmo que não contidos na acusação -, dado o seu domínio único e onipotente do processo em qualquer das suas fases.’ Como refere Foucault, com razão, ‘ele constituía, sozinho, e com pleno poder, uma verdade com a qual investia o acusado.”

⁵ COUTINHO, **Introdução ...Op. Cit.**, p.167.

⁶ RANGEL, Paulo. **Investigação Criminal Direta pelo Ministério Público: Visão Crítica**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. p.199.

atos processuais; o acusado como parte, como sujeito a quem é garantido o contraditório e ampla defesa; e a sua liberdade como regra.

Conforme nos ensina GUIMARÃES, no sistema acusatório “o processo é eminentemente oral, público e com contraditório, possibilitando às partes (acusação e defesa) igualdade de armas na colheita e análise das provas, com o réu tendo assegurado amplo direito de defesa processual e pré-processual”.⁷,

1.3 Misto

Antes de estudarmos as características encontradas neste tipo estrutural do processo penal, mister se faz compreendermos que o denominado “sistema” misto não possui um princípio norteador, o que o desconfigura enquanto sistema (todo sistema deve ter um princípio norteador, sob pena de sistema não se configurar).⁸

Todavia, por questões didáticas não nos distanciaremos da forma de classificação em sistema inquisitório, acusatório e misto, não obstante o registro de que não existe um “sistema” misto propriamente dito.

Feita esta breve consideração inicial, passemos à análise do chamado “sistema” misto.

O “sistema” misto surgiu com o advento do Código de Napoleão de 1808, valendo-se de algumas características do sistema inquisitório e outras do acusatório, adotando duas fases no processo: a fase de investigação preliminar e instrução preparatória (feita por um magistrado com a ajuda da Polícia Judiciária) e outra judicial, caracterizada pela publicidade, oralidade, contraditório e ampla defesa.⁹

Desta forma, “os princípios do sistema inquisitório eram consagrados na fase da instrução preparatória: o processo, dirigido por um Magistrado, desenvolvia-se por escrito, secretamente e sem ser contraditório. A defesa era nula durante a instrução preparatória. Na sessão de julgamento tornava-se acusatório o processo: oral, público e contraditório.”¹⁰

⁷ GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. **Controle Externo da Atividade Policial pelo Ministério Público**. Curitiba, 2001. Dissertação (Mestrado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. p.146.

⁸ COUTINHO, **Introdução...**, *Op. Cit.*, p. 167.

⁹ RANGEL, *Op. Cit.*, p. 201.

¹⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 1º volume. 27ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 89. Também BARREIROS, (*Op. Cit.*, p. 14): “De acordo com o modelo reformado, o processo penal compreende duas fases distintas e separadas: a instrução – destinada a descobrir o crime e seus agentes – e o julgamento – no qual se procede ao apuramento das

Atualmente podemos considerar que todos os sistemas são, de alguma forma, um sistema misto, não necessariamente da forma encontrada na França do século XIX, mas sim porque guardam características dos sistemas inquisitório e acusatório, prevalecendo em alguns países o princípio inquisitório e em outros o princípio acusatório.

Para BASTOS, o “sistema” misto é a síntese dos sistemas anteriores, prevalecendo na maior parte do mundo moderno.¹¹

1.4 Sistema adotado pelo legislador brasileiro

No que tange aos sistemas inquisitório e acusatório na sua forma pura, bem como ao sistema dito misto, o professor COUTINHO assim assevera:

(...) não há mais sistema processual puro, razão pela qual tem-se, todos, como sistemas mistos. Não obstante, não é preciso grande esforço para entender que não há - e nem pode haver - um princípio misto, o que, por evidente, desfigura o dito sistema. Assim, para entendê-lo, faz-se mister observar o fato de que, ser misto significa ser, na essência, inquisitório ou acusatório, recebendo a referida adjetivação por conta dos elementos (todos secundários), que de um sistema são emprestados ao outro.¹²

Não há, portanto, na atualidade, um sistema processual penal (seja ele inquisitório ou acusatório) em sua forma pura, mas sim um modelo que encontra em sua estrutura tanto as características de um como as do outro, prevalecendo em alguns países as características do sistema acusatório (a exemplo da Inglaterra) e em outros o inquisitório (a exemplo da Espanha)¹³. E no Brasil, qual é o sistema adotado?

Como é de conhecimento, o sistema processual penal pátrio é marcado por duas fases: a pré-processual, na qual há uma investigação (caracterizada pelo sigilo e pelo não contraditório), realizada rotineiramente pela Polícia Judiciária (mas não necessariamente apenas por ela)¹⁴, tendo o Ministério Público, na ação penal

responsabilidades do agente relativamente ao facto que haja praticado. A fase instrutória é estruturada em obediência à tradição inquisitória (...) os elementos acusatórios só surgem na fase de julgamento”.

¹¹ BASTOS, Marcelo Lessa. **A investigação nos crimes de Ação Penal de Iniciativa Pública**: Papel do Ministério Público. Uma abordagem à luz do sistema acusatório e do garantismo. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004 . p. 10.

¹² **Introdução ... Op. Cit.**, pp. 3 e 4.

¹³ No que tange ao Direito Comparado: ver o 5º capítulo deste trabalho.

¹⁴ Em nosso ordenamento jurídico, conforme se extrai do parágrafo único, do art. 4º, do Código de Processo Penal, outras autoridades estão autorizadas a realizar investigações criminais,

pública, como destinatário final; e a fase processual, momento em que é observado o contraditório, ampla defesa, publicidade dos atos etc.

Qual sistema, então, prevalece em nosso ordenamento jurídico?

Não há consenso doutrinário quanto à matéria, tendo em autores como COUTINHO¹⁵, GUIMARÃES¹⁶ e PRADO¹⁷ a posição de que o nosso ordenamento é eminentemente inquisitório, enquanto que em RANGEL¹⁸, BASTOS¹⁹, MARQUES²⁰ e TOURINHO FILHO²¹, o entendimento é de que o nosso direito adota, em essência, o sistema acusatório.

A partir dos postulados garantistas²² e da promulgação da Constituição Federal de 1988²³, entendemos que em nosso ordenamento prepondera o sistema acusatório, em que há a separação da figura do órgão acusador (conferido ao membro do Ministério Público), do órgão julgador (Juiz de Direito, previamente estabelecido em lei, eqüidistante e imparcial), o respeito ao princípio do devido processo legal, contraditório, ampla defesa, publicidade, presunção de inocência, ‘favor rei’ etc, ao contrário do que se extrai do Código de Processo Penal de 1941 vigente (elaborado em um período ditatorial e de ideais liberal-individualistas), que em vários de seus dispositivos aproxima-se do sistema inquisitório.²⁴

(deste que conferida atribuição por lei) a exemplo da investigação realizada pelo legislativo (CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito), conforme estudaremos no capítulo 6, item 6.4.

¹⁵ **Introdução...** *Op. Cit.*, p. 3.

¹⁶ *Op. Cit.*, p. 150.

¹⁷ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999. p. 170. Segundo este autor, “O princípio e o sistema acusatório são, pelo menos por enquanto, meras promessas, que um novo Código de Processo Penal e um novo fundo Cultural, consentâneo com os princípios democráticos, devem tornar realidade.”

¹⁸ *Op. Cit.*, p. 207.

¹⁹ *Op. Cit.*, p. 16.

²⁰ MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. vol.I. Campinas, SP: Bookseller, 1997. p. 83.

²¹ *Op. Cit.*, p. 94.

²² Sobre o garantismo e sua aplicação no sistema processual penal atual, LOPES JR, Aury. **(Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 3^a ed., rev., ampl, e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2005. pp. 15-16) enumera seis princípios básicos que devem ser atendidos: 1^o- Jurisdicionalidade – *nulla poena, nulla culpa sine iudicio*; 2^o - Inderrogabilidade do Juízo; 3^o- Separação das atividades de julgar e acusar – *nullum iudicium sine accusatione* (esta deve ser feita pelo Ministério Público, a fim de garantir a imparcialidade do Juiz, o qual deve ser afastado da função de juiz de instrução); 4^o- presunção de inocência; 5^o- Contradição – *nulla probatio sine defensione*; e, 6^o- fundamentação das decisões judiciais.

²³ Constituição Cidadã, que elaborada após período de ditadura militar (momento em que os direitos e garantias foram em muitas ocasiões suprimidos, a exemplo do que ocorreu durante a vigência do AI-5, que retirou dentre outras, a garantias do *Hábeas Corpus*), preocupada com a efetivação dos direitos e garantias dos cidadãos, elencou em seus dispositivos (e principalmente no art. 5^o) uma série de direitos fundamentais do cidadão, a fim de que estes fossem observados.

²⁴ O órgão julgador não foi completamente afastado da fase investigatória pelo Código de Processo Penal de 1941, podendo requisitar a instauração de inquérito policial (art. 5^o, II do CPP);

No entanto, não podemos deixar de apontar para o fato de que, não obstante não figure em nosso ordenamento a figura do Juizado de Instrução (uma das características encontradas no sistema inquisitório), infelizmente o órgão encarregado de julgar, atualmente, ainda interfere na fase pré-processual e processual, em prejuízo à divisão das funções e poderes, imprescindível para a eficaz e justa aplicação do direito penal. Realidade esta que tem que ser mudada, a fim de que os postulados do sistema acusatório esculpidos na Constituição Federal de 1988 tornem-se praxe processual penal.^{25 26}

Mister se faz o afastamento do órgão julgador da tarefa de acusar (e vice-versa), conferindo ao Ministério Público esta última função, em consonância com o sistema acusatório eleito pelo legislador constitucional (art. 129, I, da CF/88, segundo o qual, a promoção da ação penal pública, na forma da lei, é função institucional privativa do Ministério Público. Ressalva feita pelo inciso LIX, do art. 5º da CF/88).

Valiosa é a lição do mestre MARQUES, para quem “a justiça penal passou a figurar sob a forma do trinômio descrito por BULGARO (*judicium est actum trium*

requisitar diligência à Autoridade Policial, a qual deve cumpri-la (art. 13, II, do CPP); ter acesso ao relatório de investigação – eis que este deve a ele ser enviado depois de concluído – (art. 10, § 1º, do CPP); o poder de expedir portaria a fim de iniciar ação penal, nas contravenções (art. 26, do CPP). (art.39, § 4º, do CPP). Sem esgotar os dispositivos, encontra-se ainda a regra do art. 16, do Código de Processo Penal, que faz com que o Juiz defira o requerimento do Ministério Público de devolução do inquérito à Autoridade Policial para novas diligências. Na fase processual, o Juiz pode, quando julgar necessário, ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes (art. 209 do CPP) e, o art. 502 do mesmo *Codex* confere ao Juiz a faculdade de, findo os prazos estabelecidos às partes para requererem diligências e apresentarem suas alegações finais, ordenar diligências para suprir falta que prejudique o esclarecimento da verdade. À guisa de exemplo, também é possível encontrar a ingerência do Juiz na produção de provas quando o art. 3º da Lei 9.296 de 1996 (Interceptação telefônica) o autoriza, de ofício, a proceder a interceptação das comunicações telefônicas.

²⁵ Segundo RANGEL, (*Op. Cit.*, p. 207), com quem concordamos, “A função jurisdicional deve ser ao máximo preservada, retirando-se, nos Estados Democráticos de direito, o Juiz da fase persecutória e entregando-se a mesma ao Ministério Público, que é quem deve controlar as diligências investigatórias realizadas pela Polícia de atividade judiciária, ou, se necessário for, realizá-las pessoalmente, formando sua ‘opinio delicti’ e iniciando a ação penal.”

²⁶ Ademais, entendemos na esteira de GUIMARÃES, de que a Polícia judiciária não apenas deve ter suas atividades controladas externamente pelo Ministério Público, mas também deve estar a ele subordinada, eis que uma melhor relação entre ambas as instituições, sem a intervenção do órgão julgador durante a fase pré-processual (ressalvados os casos em que a medida adotada assim o requeira – a exemplo da prisão preventiva, busca e apreensão, interceptação telefônica), bem como sem a ingerência do poder executivo (poder a quem a Polícia judiciária está vinculada atualmente), tornaria (e tornará) a persecução penal mais idônea e eficaz, melhorando “a aplicação da Justiça criminal”. Segundo a tese do autor (*Op. Cit.*, p. 73). “a participação mais efetiva do Ministério Público, na fase investigatória, por certo contribuirá para o aperfeiçoamento da colheita da prova, privilegiando o lado técnico e científico”

personarum: judicis, actoris et rei), em que órgão do interesse estatal de punir é o Ministério Público, cabendo ao Juiz tão-só o papel de decidir o litígio”²⁷.

Todavia, o interesse de punir do Estado, exercido pelo Ministério Público não deve ser entendido como aquele a ser buscado de forma arbitrária e inseqüente, mas sim em respeito ao devido processo legal e demais garantias do acusado, eis que o *Parquet* além de parte no sentido formal/processual é fiscal da lei. Deve, portanto, agir com ética e lealdade aos ideais humanitários, em busca da realização da Justiça. Caso contrário, “o desvirtuamento do sistema seria inusitado, em vez de um Juiz-inquisitor, ter-se-ia um Promotor-inquisitor, mesmo não exercendo função jurisdicional.”²⁸

BASTOS corrobora também com o nosso entendimento afirmando que “A harmonia do sistema acusatório resulta, conclui-se, então, não apenas da formal separação das funções de julgar e acusar, com a precisa delimitação dos poderes de cada um de seus exercentes; mas, sobretudo, da concepção de cada um desses personagens como órgãos estatais e, como tais, informados por uma imparcialidade adequada na justa medida de suas relevantes funções”.²⁹

Faz-se, portanto, imprescindível que haja uma nítida separação, entre diferentes órgãos, da função de acusar e julgar, cabendo ao Juiz a função jurisdicional, e ao Ministério Público, com ética e moralidade, em respeito aos princípios processuais penais vigentes³⁰, o papel de órgão acusador.

²⁷ *Op. Cit.* p. 83.

²⁸ BASTOS. *Op. Cit.* p. 44.

²⁹ *Idem.* p. 45.

³⁰ Quanto aos princípios processuais penais que devem ser observados durante a atuação do Ministério Público, ver capítulo 3º deste trabalho.

2. RETROSPECTO HISTÓRICO ACERCA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

2.1 Origens

MAZZILLI³¹, RANGEL³², GUIMARÃES³³ e RAMOS³⁴ nos mostram que há muita divergência doutrinária no que tange à origem do Ministério Público. Aludem que parte dos historiadores crê ser o Egito, há mais de quatro mil anos, na figura de magiaí (funcionário real), o berço da instituição, enquanto que outros descrevem a Antigüidade Clássica (Grécia ou Roma).

Há, entretanto, dentre os estudiosos do tema, a idéia majoritária de que foi na França medieval do século XIV, na figura dos “Agentes do Rei” (gens du roi), o momento em que o Ministério Público passou a ter a sua estrutura moldada.³⁵

Aprofundando no tema, RAMOS nos ensina ainda que os Agentes do Rei agiam em interesse deste, o qual não poderia ser contrariado pelo magistrado, assim dispondo: “os magistrados não podiam ou não queriam realizar essa função. Daí, porque, até mesmo por desconfiança, o Rei começou a lançar mão desses agentes (gens du roi) que acompanhavam os processos judiciais, defendendo, neles os interesses da Coroa”³⁶

Quanto ao surgimento do Ministério Público, TORNAGHI nos esclarece sabiamente que:

(...) o Ministério Público, tal como numerosos outros órgãos do Estado, não apareceu de jato, em determinado lugar, nem foi produto do ato legislativo. Foi se formando paulatinamente, foi ajuntando em torno de si várias funções antes espalhadas em diferentes mãos, foi se aperfeiçoando, até que uma lei o encontrou cristalizado e o consagrou.³⁷

Ressalva RAMOS, todavia, que a atuação do Ministério Público no processo penal só foi admitida com a Ordonnance de 1499, e que sua atuação ativa no

³¹ MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**. São Paulo: Saraiva, 1997. pp. 01-02.

³² *Op. Cit.*, pp. 125-126.

³³ *Op. Cit.*, pp. 28-37.

³⁴ RAMOS, João Gualberto Garcez. **Reflexões sobre o perfil do Ministério Público de ontem, hoje e do 3º Milênio**. Revista Justitia, ano 63, vol. 194. São Paulo, abril/junho 2001. pp. 51-75.

³⁵ Segundo nos ensina RAMOS, a doutrina é pacífica em afirmar que foi “o Rei francês Felipe, o Belo, que pela primeira vez legislou sobre o Ministério Público. E que isso se deu entre os anos 1302 e 1303”. (*Idem* p. 54)

³⁶ *Ibidem* p. 53.

³⁷ *Apud* RAMOS. *Op. Cit.* p. 54.

processo criminal somente foi reconhecida depois do “ocaso *Ordonnance Criminelle*, de 1670, o antigo Código de Processo Penal francês, ocaso esse ocorrido quando da edição do *Code d’ Instruction Crimiinale*, já no século XIX.”³⁸

2.2 No Brasil

GUIMARÃES aponta no direito lusitano a origem do Ministério Público brasileiro, considerando as ordenações Manuelinas (legislação portuguesa com aplicação em solo brasileiro) como a primeira legislação que tratou em seu corpo normativo sobre o Ministério Público.³⁹

Subseqüentes às ordenações Manuelinas, surgem as Ordenações Filipinas (em 1603). Estas, segundo Antônio Cláudio da Costa Machado, disciplinaram a figura do Promotor Público conferindo-lhe a função de “requerer tôdas as cousas, que tocam à Justiça, com cuidado e diligência, em tal maneira que por sua culpa e negligência não pareça. E a seu ofício pertence formar libelos contra os seguros, os presos, que por parte da Justiça hão de ser acusados na Casa da Suplicação por acordo da Relação”.⁴⁰

RAMOS⁴¹, e no mesmo sentido RANGEL⁴², esclarecem, todavia, que a primeira legislação elaborada em solo pátrio que tratou do Ministério Público foi o diploma de 09 de janeiro de 1609, que organizava a composição do Tribunal de Relação do Brasil, o chamado “Relação de Bahia”.

Seguem-se os anos, e uma nova fase surge no Brasil, a saber, o Brasil Império.

Durante o período Imperial o Ministério Público não ganhou relevantes contornos, ressaltando apenas o Código de Processo Criminal do Império que disciplinou, ainda que de forma incipiente, sobre a nomeação e funções dos

³⁸ *Op Cit.* p. 55.

³⁹ *Op. Cit.* p. 32. O autor aduz que “Sua origem remonta às Ordenações Afonsinas, vigentes em Portugal na época do descobrimento do Brasil. Estas, no entanto, após a descoberta da então colônia portuguesa, vigeram por somente vinte anos (até 1521), sendo substituídas pelas Ordenações Manuelinas, sob a égide das quais, efetivamente, pela primeira vez se falou em Ministério Público em terras brasileiras, sem embargo de ainda preponderar a idéias de atividade fiscalizatória exercida em nome do Rei de Portugal”. RANGEL (*Op. Cit.* p. 127), por sua vez, assevera que “No Brasil, as Ordenações Manuelinas foram a mola propulsora de delimitação funcional do Ministério Público”.

⁴⁰ *Apud* GUIMARÃES. *Op. Cit.* p. 33.

⁴¹ *Op. Cit.*, p. 55

⁴² *Op. Cit.*, p. 127.

Promotores de Justiça⁴³, e a Lei de 3 de dezembro de 1841 que conferiu aos Promotores de Justiça “o papel de produzir a acusação dos delinqüentes e fazê-los condenar.”⁴⁴

Somente após a proclamação da República, o Ministério Público passou a ser tratado como Instituição. Não no texto Constitucional de 1891 (que deixou de tratá-lo como instituição), mas sim no campo infraconstitucional, através dos Decretos nº. 848 e 1030, de 1890, cujo autor, Campos Salles, é considerado como “patrono” da mesma no Brasil.⁴⁵

2.3 Nas Constituições

Quanto ao posicionamento do Ministério Público dentro dos Poderes da República, escreveu GUIMARÃES:

De fato, o constituinte revelou-se, historicamente, inseguro quanto a esse posicionamento. Ora o Ministério Público foi inserido no capítulo do poder Legislativo (Constituição de 1824), ora no Judiciário (Constituições de 1891, de 1937 e de 1967), ora no Executivo (Constituição de 1969), e ora até mesmo isoladamente, autônomo e independente (Constituições de 1934, de 1946 e de 1988).⁴⁶

Importante se faz, portanto, o estudo da inserção do Ministério Público dentro de cada carta Política brasileira, a fim de que seja possível traçar o seu perfil de atuação.

2.3.1 Nas Constituições anteriores

Segundo os historiadores, a Constituição Imperial de 1824, a primeira do Brasil, não tratou do Ministério Público enquanto Instituição, reservando-se apenas a mencionar sobre a figura do “Procurador da Coroa” – vinculado ao Poder Legislativo

⁴³ GUIMARÃES. *Op. Cit.* p. 34.

⁴⁴ RAMOS. *Op. Cit.* p. 56.

⁴⁵ RANGEL (*Op. Cit.* p. 132) comenta que “no que tange ao Ministério Público, foi extremamente tímida quanto à sua presença, no início do período republicano, silenciando quanto à instituição em um momento crítico da passagem do Império para a República na sociedade brasileira. Porém, no campo infraconstitucional, houve o esboço institucional do Ministério Público no Decreto nº 848, de 11/10/1890, de autoria de **Campos Salles**, considerado o ‘patrono’ do Ministério Público no Brasil”.

⁴⁶ *Op. Cit.* pp. 35-36.

– ao qual caberia acusar nos juízos dos crimes, ressalvado quando a competência pertencesse à Câmara dos Deputados⁴⁷.

A segunda Constituição brasileira (no ano de 1891), a primeira da República, também deixou de prever em seu corpo um título sobre o Ministério Público, sendo este disciplinado na seção referente ao Poder Judiciário, apenas na figura do Procurador Geral da República⁴⁸.

A Constituição de 1934 foi a que, pela primeira vez, disciplinou sobre o Ministério Público, institucionalizando-o e lhe reservando um capítulo à parte, sob o título “Dos Órgãos de Cooperação nas atividades Governamentais”⁴⁹.

Na Constituição de 1937 houve um retrocesso no que tange à posição do Ministério Público (colocado junto ao Poder Judiciário, no art. 99 “O Ministério Público Federal terá por Chefe o Procurador-Geral da República, que funcionará junto ao Supremo Tribunal Federal, e será de livre nomeação e demissão do Presidente da República, devendo recair a escolha em pessoa que reúna os requisitos exigidos para Ministro do Supremo Tribunal Federal”)⁵⁰ e garantias de seus membros, os quais, por exemplo, perderam a estabilidade adquirida na Constituição de 1934.

Durante o Estado Novo (regime de Getúlio Vargas) o Ministério Público ficou fragilizado e “perdeu a sua independência e autonomia como órgão próprio e passou a ficar subordinado ao judiciário.”⁵¹

Em 1946, com a volta do Regime Democrático, surge a quinta Constituição do Brasil. Nesse momento histórico, o Ministério Público retorna a ter tratamento

⁴⁷ RAMOS. *Op. Cit.* p. 55. Inserido no título 4º – Do Poder Legislativo – capítulo III – Do Senado. “Art. 48. No Juízo dos crimes, cuja acusação não pertence á Camara dos Deputados, accusará o Procurador da Corôa, e Soberania Nacional”. Disponível em <https://www.planalto.gov.br> (acesso em 23 de setembro de 2006).

⁴⁸ Conforme se infere do § 2º, art. 58º, Seção III – Do Poder Judiciário –, da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (24/02/1981) “§ 2º - O Presidente da República designará, dentre os membros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República, cujas atribuições se definirão em lei.” Disponível em <https://www.planalto.gov.br> (acesso em 23 de setembro de 2006).

⁴⁹ MAZZILLI (*Op. Cit.* p. 4); RANGEL (*Op. Cit.* pp. 133-134). Inserido na Constituição de 1934 no capítulo VI - Dos Órgãos de Cooperação nas Atividades Governamentais - Seção I - Do Ministério Público, Art. 95 e seguintes. Disponível em <https://www.planalto.gov.br> (acesso em 23 de setembro de 2006).

⁵⁰ Conforme art. 99 da Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937). Disponível em <https://www.planalto.gov.br> (acesso em 23 de setembro de 2006).

⁵¹ RANGEL (*Op. Cit.* pp. 135-136) diz ainda “observe-se que naquela época o Ministério Público, ou melhor, a menção que a Constituição fazia ao Ministério Público, estava no capítulo referente ao Poder Judiciário e não em capítulo próprio como na Constituição de 1934”.

institucional isolado dos outros poderes e passa a ter na Constituição de 1946 um título próprio, denominado “Do Ministério Público”⁵².

Adveio o golpe militar de 1964 e com ele uma nova ordem política e social estruturou-se no poder. Durante os primeiros anos do regime militar a Constituição Federal de 1946 continuou vigente, contudo mitigada em face dos atos institucionais que suprimiram os direitos e liberdades individuais.

Em 1967, ainda sob o regime militar, surge a sexta Carta Magna brasileira. Criada para articular os interesses do governo ditatorial, esta Constituição organizou o Ministério Público como um órgão inserido ao Poder Judiciário e a ele subordinado.⁵³

Foi durante este período que os brasileiros viram crescer diante de seus olhos o ato institucional que mais ceifou as garantias individuais, o Regime Democrático e a estabilidade do Poder Judiciário. O conhecido AI 5 suprimiu as liberdades individuais, a garantia do Habeas Corpus, o direito de imprensa e comunicação, as liberdades políticas, a autonomia dos Poderes e a força de instituições que defendiam os interesses dos cidadãos (dentre elas o Ministério Público).

Nas palavras de RANGEL “Manifesta era a total supressão de quaisquer direitos Públicos e privados na sociedade da época, impedindo qualquer tentativa de se ter um MP protetor dos direitos individuais e coletivos. Verifica-se, aqui, mais uma

⁵² Nesse sentido RANGEL (*Op. Cit.* p. 138) “com a Carta Política de 1946, o Ministério Público tinha um título especial, sem vinculação a qualquer dos poderes da República, com previsão de sua existência no âmbito federal e estadual permitindo que seus membros fossem removidos somente por decisão motivada do Procurador Geral.” Também GUIMARÃES (*Op. Cit.* pp. 35-36). Conforme se depreende da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, Seção VI – Título III – Do Ministério Público, art. 125 a 128. Disponível em <https://www.planalto.gov.br> (acesso em 23 de setembro de 2006). “Art 125 - A lei organizará o Ministério Público da União, junto a Justiça Comum, a Militar, a Eleitoral e a do Trabalho. Art 126 - O Ministério Público federal tem por Chefe o Procurador-Geral da República. O Procurador, nomeado pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, dentre cidadãos com os requisitos indicados no artigo 99, é demissível *ad nutum*. Parágrafo único - A União será representada em Juízo pelos Procuradores da República, podendo a lei cometer esse encargo, nas Comarcas do interior, ao Ministério Público local. Art 127 - Os membros do Ministério Público da União, do Distrito Federal e dos Territórios ingressarão nos cargos iniciais da carreira mediante concurso. Após dois anos de exercício, não poderão ser demitidos senão por sentença judiciária ou mediante processo administrativo em que se lhes faculte ampla defesa; nem removidos a não ser mediante representação motivada do Chefe do Ministério Público, com fundamento em conveniência do serviço. Art 128 - Nos Estados, a Ministério Público será também organizado em carreira, observados os preceitos do artigo anterior e mais o principio de promoção de entrância a entrância.”

⁵³ Previsto no art. 137 e seguintes, da Seção IX, do Capítulo 8º (Do Poder Judiciário) - Do título I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Constituição disponível em <https://www.planalto.gov.br> (acesso em 23 de setembro de 2006)

vez, a impossibilidade da convivência pacífica entre o Ministério Público e ditadura, pois esta sufoca aquele”.⁵⁴

Em 1969 é promulgada a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Considerada como a sétima Constituição Federal, esta retirou do Ministério Público muitas conquistas, dentre as quais, a sua independência funcional, eis que durante a sua vigência o Ministério Público foi colocado no capítulo do Poder Executivo.⁵⁵

Segundo SAUWEN FILHO:

Com a Constituição Federal de 1969, percebe-se, teve o Ministério Público a sua função, enquanto instituição encarregada da defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, do Regime Democrático e da ordem pública, reprimida pelo regime autoritário ditatorial, e passou a figurar numa ‘posição de um mero órgão auxiliar do Poder Executivo e coadjuvante de sua ação política’⁵⁶

Durante todo o período da ditadura militar, o Ministério Público teve seu papel, enquanto defensor dos interesses individuais e coletivos, reduzido. Impedido de atuar de forma independente e autônoma, o Ministério Público viu-se, muitas vezes, desprovido de instrumentos necessários para salvaguardar os direitos e garantias de todos os cidadãos.

Após vários anos de ditadura, o regime militar perdeu muita força política e social. A população, já irresignada com a supressão de seus direitos e liberdades, não tolerava mais os militares no poder. Necessário se fazia a abertura da ordem política, a volta da democracia e das liberdades individuais e coletivas.

Vem o governo de Figueiredo, e a abertura política torna-se realidade. Fracassado, o regime militar cede aos novos anseios da sociedade. Em 1988 é promulgada a Constituição Cidadã, que, ao estabelecer o Ministério Público como instituição permanente, essencial a função Jurisdicional do Estado:

Efetivamente, consagra o MP com todas as funções institucionais necessárias à proteção da ordem jurídica, do Regime Democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. De todas as constituições brasileiras, a de 1988 é a que, realmente, consagra o MP com funções típicas de um Estado Constitucional Democrático de Direito.⁵⁷

⁵⁴ *Op. Cit.* p. 143.

⁵⁵ RAMOS, *Op. Cit.*, p. 57.

⁵⁶ SAUWEN FILHO, João Francisco. **Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 163.

⁵⁷ RANGEL, *Op. Cit.* p. 148. No mesmo sentido GUIMARÃES (*Op. Cit.* p. 37) “a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 representou significativo avanço ao MP Brasileiro. O País atravessava momento histórico importante, de transação do regime militar ditatorial àquele civil e

A posição do Ministério Público dentro dos Poderes, bem como a ampliação ou redução de suas atribuições, percebe-se, portanto, reflete um dado contexto político-normativo⁵⁸ em que essa Instituição está inserida. Nas palavras de RANGEL, “Regime Forte, Ministério Público fragilizado.”⁵⁹

2.3.2 Na Constituição Federal vigente

Conforme nos ensinam STRECK e FELDENS, o papel desempenhado pelo Ministério Público sempre esteve diretamente ligado ao sujeito em nome de quem a Instituição atuou durante a história, e o modelo de Estado a que serviu.⁶⁰

Assim sendo, os citados autores passam a analisar a revolução por que passou o Estado e o Direito. Observam que durante o Estado Liberal, ao Direito cabia apenas a função ordenadora, eis que a atuação daquele era nitidamente reduzida frente ao liberalismo. Em seguida discorrem sobre a crise do modelo liberal e a necessária intervenção do Estado, preocupado com o social, quando, então, o direito passou a ter uma “função promovedora”⁶¹. Por fim, chegam ao modelo de Estado vivenciado no presente momento em nossa sociedade: o Estado Democrático de Direito, ao qual, além das duas funções anteriores (a ordenadora e promovedora do direito), é somada a função de “potencial transformação social”⁶².

O modelo de Estado Democrático do Direito, nesse contexto, apresenta-se como um ‘plus’ normativo em relação às fases estatais anteriores (Estado liberal e Estado Social. (...) O grande salto paradigmático reside exatamente na eleição dos dois pilares que sustentam o Estado Democrático de Direito: o respeito à democracia e aos direitos fundamentais-sociais⁶³.

democrático e, exatamente em razão disso, a sociedade e, notadamente, os constituintes, respiravam democracia. Com esse espírito preferiu-se dar tratamento constitucional destacado ao MP, que deixou de ser mero agente do Poder Executivo (como estava colocado na Constituição de 1969), para ser guindado à categoria de ‘função essencial à Justiça’, em capítulo à parte daquele destinado aos chamados ‘três poderes clássicos’.

⁵⁸ Expressão esta utilizada por Lenio Luiz STRECK e Luciano FELDENS (**Crime e Constituição**: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público. Rio de Janeiro: Forense, 2003), conforme abordaremos do próximo tópico.

⁵⁹ *Op. Cit.* p.135.

⁶⁰ *Op. Cit.* p. 13.

⁶¹ Expressão utilizada por STRECK e FELDENS, *Op. Cit.* p. 17.

⁶² *Idem.* p. 17.

⁶³ *Ibidem.* p. 16.

Logo após, levando em consideração o perfil do Estado em certo momento histórico e seu reflexo no direito, STRECK e FELDENS fazem uma ligação entre cada fase do Estado (Liberal, Intervencionista e Democrático de Direito) e os papéis de cada um dos poderes de Estado (o Legislativo, o Executivo e o Judiciário), concluindo que:

Se no Estado Liberal observávamos, na relação Estado-Poder-Sociedade, uma nítida proeminência do Poder Legislativo (do 'império da lei'), e no Estado Social verificávamos uma forte influência do Poder Executivo em face da necessidade de implementação das políticas públicas – o que acarretava um perfil autoritário a essa forma de Estado -, no Estado Democrático de Direito verifica-se uma nítida migração dessa esfera de tensão, a culminar com seu deslocamento em direção ao Poder Judiciário, abrindo campo àquilo que hoje se entende por justiça constitucional⁶⁴.

Assim, podemos concluir que é nesse novo cenário, consagrado principalmente a partir da Constituição Federal de 1988, Constituição Cidadã, que devemos estudar a atuação do Ministério Público.

O Código de Processo Penal vigente (1941) foi elaborado em um período em que o respeito aos direitos individuais e coletivos e ao Estado Democrático de Direito pouco era observado (e aqui constatamos mais uma vez o reflexo do modelo de Estado nas elaborações das leis infraconstitucionais). A Constituição Federal vigente naquele momento (Constituição de 1937), havia suprimido as garantias conquistadas pelo Ministério Público na Constituição de 1934, tornando-o, com poucas garantias e independência funcional, órgão facilmente manipulado pelos interesses do Poder Executivo.

A atuação do Ministério Público, no contexto político-normativo pré Constituição de 1988, estava, desta maneira, quase que limitada à proteção dos direitos individuais, eis que as Constituições elaboradas durante o autoritarismo e ditadura (Estado Novo de Vargas e Ditadura Militar de 1964) não outorgavam a esta Instituição a função de protetor e garantidor da ordem jurídica, do Regime Democrático de Direito e dos direitos sociais indisponíveis.

A relação entre o Ministério Público e a Polícia Judiciária era regulada por leis infraconstitucionais e ocorria “através do Código de Processo Penal e de leis

⁶⁴ Ibidem. p. 17.

extravagantes, como a Lei Complementar 40/81, que disciplinava a Carreira do Ministério Público.”⁶⁵

No que diz respeito à visão liberal-individualista vigente à época do Estado Liberal (momento em que foi elaborado o Código Penal e de Processo Penal vigente) e suas conseqüências na atuação do Ministério Público, bem como as transformações ocorridas STRECK e FELDENS relembram que:

Ao tempo em que elaborada, a Parte especial do Código Penal – que define os crimes e as penas - sofreu inevitavelmente as ‘luzes’ do regime político então vigente (1941), retratado pelo Estado Novo, de baixa – ou nenhuma – densidade democrática. Demais disso – e provavelmente o aspecto mais importante -, entre aquela data e os dias atuais serpeia um fosso jurídico-político-normativo que acolheu, sucessivamente, novas ordens constitucionais, dentre as quais se notabiliza a atual, em face de seu caráter contemporâneo e Democrático. Ao longo desse período, a estrutura normativa sempre esteve voltada ao regramento de direitos de primeira geração, os quais, dentro de uma consideração jurídica, traduzem conflitos de índole interindividual, sobre os quais se assentou, correlatamente, a organização judiciária (incluindo o MP), que se demonstrou preparada exclusivamente à composição de litígios dessa natureza. Todavia, (...), paralelamente à evolução política nacional foram sendo concebidos e universalizados, dentre outros, direitos de segunda e terceira geração (sociais, coletivos e difusos), sem que os acompanhasse, entretanto, uma legislação penal adequada tendente a garantir a proteção dos bens e interesses assim considerados fundamentais, a despeito de terem sido constitucionalmente acolhidos.⁶⁶

Houve uma transformação no papel da Instituição Ministério Público⁶⁷, eis que, se antes o Ministério Público atuava “como membrana do Poder Executivo, servindo-lhe orgânica e politicamente”⁶⁸, defendendo os direitos de primeira geração (e por isso a extrema proteção dada pelo nosso Código Penal ao Patrimônio – numa concepção liberal-individualista), atualmente, dentro desse novo paradigma (de viés transformador da sociedade), inserido pelo Estado Democrático de Direito, o Ministério Público passa a assumir “uma postura intervencionista em defesa do Regime Democrático e dos direitos fundamentais-sociais.”⁶⁹

⁶⁵ TUCCI, Rogério Lauria. **Ministério Público e investigação criminal**. São Paulo: RT, 2004. p. 64.

⁶⁶ *Op. Cit.* p. 22,(nota de rodapé nº 12).

⁶⁷ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **A atuação do Ministério Público: entre a tradição e a efetividade**. Revista Brasileira de Ciências Cais. Ano 12. n. 46. jan-fev. 2004. São Paulo: RT, 2004. p. 144. Conforme nos ensina o autor, “E verdadeiro, por igual, que depois de 1988 o Ministério Público – em todas as esferas federativas – tornou-se mais atuante do que em qualquer período anterior da história do país. Poucas atividades da vida social se viram fora de sua presença, ora protetiva, ora fiscalizatória, ora repressiva. O feixe de garantias constitucionais e a firmeza de atuação deram ao Ministério Público prestígios impar perante a sociedade civil.”

⁶⁸ STRECK e FELDENS, *Op. Cit.*, p. 19.

⁶⁹ Idem p. 48. Sobre a posição do Ministério Público com a promulgação da Constituição Federal de 1998, ver também LIMA, Marcellus Poslatrí. **Ministério Público e a Persecução Criminal**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002. pp. 9-14.

Com muita propriedade, ao dissertar sobre a presença social do Ministério Público, MAZZILLI apontou:

Reconheceu o constituinte de 1988 que a incipiente abertura democrática que vivemos não poderia dispensar um Ministério Público forte e independente, que efetivamente possa defender as liberdades públicas, os interesses difusos, o meio ambiente, as vítimas não só da violência como as da chamada criminalidade do colarinho branco – ainda que o agressor seja muito poderoso ou até mesmo se o agressor for o governo ou o governante. Reconheceu, aliás, que o Ministério Público é um dos guardiões do próprio Regime Democrático.⁷⁰

Por fim, cabe transcrevermos as palavras do Ministro Celso de Mello, quanto às novas atribuições conferidas ao Ministério Público com o advento da Constituição Cidadã:

Foi a Constituição Federal de 1988, inegavelmente, o instrumento de consolidação jurídico-constitucional do Ministério Público. Ao dispensar-lhe o perfil constitucional, outorgou-lhe a destinação político-institucional, ampliou-lhe as funções jurídicas e deferiu, de maneira muito expressiva, garantias inéditas à própria Instituição e aos membros que a integram. Foram, assim, plenas de significação as conquistas institucionais obtidas pelo Ministério Público ao longo do processo constituinte de que resultou a promulgação da nova Constituição do Brasil. Com a reconstrução da ordem constitucional, emergiu o Ministério Público sob o signo de legitimidade democrática. Ampliaram-se-lhe as atribuições; dilatou-se-lhe a competência; reformulou-se-lhe os meios necessários à consecução de sua destinação constitucional; atendeu-se, finalmente, a antiga reivindicação da própria sociedade civil⁷¹

Inferimos, portanto, que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, ao proclamar o Ministério Público como 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 (art. 127, da CRFB de 1988) concedeu novos contornos à atuação da Instituição⁷².

Agir este que deve sempre estar pautado no respeito aos princípios que norteiam o a Constituição e o direito processual penal pátrio, conforme estudaremos no próximo capítulo.

⁷⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. **O Ministério Público na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 20.

⁷¹ *Apud*. STRECK e FELDENS. *Op. Cit.* p. 12.

⁷² GONÇALVES, *Op. Cit.* p. 143. Comenta o citado autor que “e inegável que, do ponto de vista *simbólico*, a Constituição de 1988 representou este marco divisor. Do artigo e meio que lhe dedicava a Constituição de 1969, foi o Ministério Público guindado a função essencial a administração da Justiça, com garantias e vedações parelhas com as dos juizes”. (...)

3. PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO PROCESSUAL PENAL QUE REGEM O DEVER SER DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Primeiramente, urge explicarmos que o presente capítulo não tem por objetivo abordar os princípios institucionais do Ministério Público (previstos no § 1º, do art. 127 da Constituição Federal, quais sejam, o da unidade, indivisibilidade e independência funcional⁷³), nem as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade⁷⁴ e irredutibilidade de subsídios asseguradas ao membro da Instituição (esculpidas pela Constituição Federal no art. 128, § 5º, inciso I, alíneas “a”, “b”, e “c”), eis não ser objeto específico do presente trabalho.

Buscaremos, neste tópico, demonstrar que o Ministério Público, diante da sua peculiar forma de estar no direito processual penal (como órgão acusador e, ao mesmo tempo, *custus legis*), deve pautar a sua conduta sem deixar de observar os direitos do acusado.

Privilegiaremos, assim, os princípios da oficialidade, indivisibilidade, intranscendência, indisponibilidade e obrigatoriedade (princípios relativos à ação), princípios do devido processo legal, do contraditório, da presunção de inocência, proibição das provas obtidas por meios ilícitos, e da publicidade dos atos processuais (os quais são relativos ao processo), tratando também sobre o princípio do Promotor natural (decorrente do princípio do Juiz natural) e do princípio da indeclinabilidade, o qual analisaremos num primeiro momento, (estes dois últimos ligados a Jurisdição).⁷⁵ Princípios que devem afetar diretamente a atuação do

⁷³ Exceção feita ao princípio da independência funcional, o qual abordaremos sucintamente ao tratarmos sobre o Princípio do Promotor natural. Quanto ao princípio da independência funcional Francisco Dias TEIXEIRA (**Princípios constitucionais do Ministério Público**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 12. n. 49. jul-ago de 2004 .São Paulo: RT, 2004. p. 306) adverte-nos, com propriedade, tratar-se este, na verdade, de princípio ligado ao Promotor de Justiça, enquanto que o princípio da unidade e indivisibilidade referem-se a Instituição, não obstante o § 1º, do art. 127, da CF/88 mencione tal princípio como um princípio institucional do Ministério Público.

⁷⁴ Exceção feita também a esta garantia, que trabalharemos, ainda que de forma breve e indireta, quando estudarmos sobre o princípio do Promotor Natural. (item)

⁷⁵ Importante se faz ressaltar que os princípios tratados neste capítulo não são relativos ao Ministério Público ou ao Promotor de Justiça (tal como ocorre com o princípio da unidade, indivisibilidade e independência funcional), mas são, antes, princípios relativos a Jurisdição, a ação, ou ao processo, (e, por isso não se aplicam apenas ao membro do *Parquet*, mas também a defesa e ao Juiz). Todavia, considerando que o presente trabalho busca analisar a atuação do membro do Ministério Público no campo penal durante a fase pré-processual e processual, mister se faz o estudo de alguns princípios gerais do direito processual penal (eis que outros não têm relação com a figura do Promotor de Justiça, tal como, o princípio do livre convencimento) e da necessidade de observação destes pelo Promotor de Justiça. No que tange a classificação dos princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro, ver: COUTINHO, **Introdução...**, *op. Cit.*

membro do Ministério Público, seja no momento que antecede o processo ou durante o processo.

3.1 ‘*ius puniendi*’ versus ‘*ius libertatis*’: o Processo como meio de acerto do Caso Penal

Como é de conhecimento, há muito o Estado não admite mais a vingança privada, consagrando, como corolário de sua Soberania, o monopólio da pretensão punitiva.

Desta forma, não é incomum encontrarmos em doutrinadores a assertiva de que nasce ao Estado, com o surgimento de um fato considerado ilícito, o dever-direito de punir o infrator (*jus puniendi*), a fim de que a paz e o equilíbrio social voltem a reinar.

Contudo, o Estado-Administração não pode agir de forma arbitrária, aplicando imediatamente uma sanção penal a alguém, sem que o fato praticado pelo acusado esteja previamente previsto em lei. Deve o Estado, portanto, limitar o seu poder repressivo através do império da lei, preceituando as condutas que devem ser consideradas ilícitas (*nullum crimem nulla poena sine lege*).

A par disso, e como também é de amplo conhecimento, (atualmente em nosso sistema processual penal - eminentemente acusatório), não basta que o crime esteja definido em lei anterior, eis que ao lado do *jus puniendi* estatal encontramos o *jus libertatis* do cidadão, que luta para que a sua pretensão prevaleça à pretensão do Estado, fazendo com que surja, a lide⁷⁶.

Faz-se imprescindível, assim, que o Estado-Administração provoque a atuação de um terceiro órgão, também criado pelo próprio Estado, a saber, o Estado-Juiz, através do direito de ação, a fim de possa aplicar, se for o caso, a *sanctio juris* ao culpado.

Neste sentido, as sábias palavras de TOURINHO FILHO:

Apesar de o Estado deter o direito de punir, ele próprio não pode executá-lo. Submete-se, assim, ao império da lei. Em suma: embora o Estado detenha o ‘*jus puniendi*’, não poderá fazê-lo atuar com o uso direto da força. (...) E é porque todo o manejo do poder envolve a possibilidade de abusos que o próprio Estado reconheceu a necessidade de que a pena se

⁷⁶ A lide para Carnelutti, ensina-nos COUTINHO (**A Lide...**, *Op. Cit.* p. 129), é “um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida e insatisfeita”. Definição esta não aplicável ao Processo Penal, conforme estudaremos em seguida.

aplique mediante um processo. (...) Assim, pelo respeito à dignidade humana e à liberdade individual é que o Estado fixa a manifestação do seu poder repressivo não só em pressupostos jurídico-penais materiais ('nullum crimen nulla poena sine lege'), como também assegura a aplicação da lei penal ao caso concreto, de acordo com as formalidades prescritas em lei, e sempre por meio dos órgãos jurisdicionais ('nulla poena sine iudice, nulla poena sine iudicio'). O princípio do 'nullum crimen nulla poena sine lege' se complementa com os princípios 'nulla poena sine iudice, nulla poena sine iudicio' (...)77

Todavia, a definição técnica de lide do processo civil não possui a mesma conotação no âmbito do processo penal, eis que nesse último campo nem sempre há um conflito real de interesses entre o *jus puniendi* do Estado e o *jus libertatis* do autor do crime, “desde que o réu pode não ter pretensão alguma a confrontar com aquela punitiva; pode aderir àquela e assim por diante.”78

Entretanto, no processo penal, mesmo que o infrator não tenha interesse em resistir à pretensão punitiva do Estado, achando inclusive justa a punição, o mesmo deve ter os seus direitos respeitados, e a perda de sua liberdade em face da punição estatal só é admissível após a transição normal do processo, mediante o devido processo legal.

Assim, independentemente de existir ou não conflito real entre o Estado e o autor do crime, o processo “desencadeia-se até o final conclusão”79, (e por isso COUTINHO nega a utilização do termo 'lide', nos moldes criados pelo processo civil, no processo penal80).

Mesmo que o autor da conduta punível não queira resistir à pretensão estatal, deverá fazê-lo, pois o Estado também tutela e ampara o 'jus libertatis' do indigitado autor do crime. Revela-se, assim, a lide penal por meio do binômio direito de punir 'versus' direito de liberdade. É, portanto, 'sui generis' o litígio penal.81

Neste sentido é que TUCCI parte do pensamento de que a lide no processo penal é irrelevante, haja vista que “nele estão ‘em jogo interesses indisponíveis’”.82

⁷⁷ *Op. Cit.*, pp. 12-13.

⁷⁸ COUTINHO, **A lide**.... *Op. Cit.*, p. 131.

⁷⁹ *Idem.* p. 129.

⁸⁰ *Ibidem.* (p. 130). Segundo COUTINHO, “Entre outras coisas, deve-se notar que o conflito de interesses, naqueles termos (referindo-se ao conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida), implica um conflito de vontades e esse, no processo, em certa medida, é indiferente, isto é, mesmo que as partes coloquem-se de acordo e eliminem o conflito, o processo mantém-se até final decisão; não negar a lide, nesses parâmetros, é impossível”.

⁸¹ TOURINHO FILHO. *Op. Cit.*, p.11.

⁸² *Apud* COUTINHO, **A lide**....*Op. Cit.* p.126. O professor COUTINHO critica essa visão de TUCCI argumentando, com razão, que esta indisponibilidade torna-se relativa diante das ações penais de iniciativa privada ou quando o Ministério Público decide não recorrer da decisão que absolve o réu, concluindo ainda que a expressão 'caso penal' é a mais adequada para designar o conteúdo do processo penal (devido ao fato de o conflito nem sempre estar presente, bem como

A par das discussões acerca do conteúdo do processo penal, sem, todavia, desmerecê-las, eis que de grande importância os ensinamentos do professor COUTINHO, fato é que no direito processual penal pátrio não é lícito ao Estado punir o acusado sem prévia jurisdição, nem a este último é permitido abdicar do seu direito de liberdade sem que o Estado-Juiz conheça antes dos fatos a ele imputados, eis que “a jurisdição, ademais, é indefectível e atua, até o acerto positivo, de condenação, alheia a elementos de ordem subjetiva.”⁸³

Nesse mesmo sentido TOURINHO FILHO:

“Sendo o Estado o titular do direito de punir e sendo o bem-estar social a maior das suas finalidades, quando alguém comete uma infração penal, não é vontade dele infligir a pena aos criminosos, mas, simplesmente, que o Juiz aprecie aquele fato e diga se o seu autor merece ou não ser punido. Sustenta-se, então, não haver conflito de interesses, e sim um único interesse: apurar se o réu merece ou não receber a reprimenda.”⁸⁴

Como bem explanou o autor acima mencionado, há, hodiernamente, no campo processual penal, o interesse da máquina estatal em apurar a veracidade dos fatos, dando ao acusado a justa resposta (se inocente: absolvendo-o; se culpado: condenando-o).

Mesma postura esta se espera do Ministério Público diante da nova Ordem política-normativa vigente (Constituição Federal de 1988), eis que esta confere ao Ministério Público atual, no art. 127 “caput”, o poder-dever de efetuar a “defesa da ordem jurídica, do Regime Democrático de direito e dos interesses sociais e individuais coletivos”, garantindo-lhe, para tal desiderato, a independência funcional bem como, a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos (art. 128, § 5º, I, “a”, “b”, e, “c”, da CF/88).

O Ministério Público, enquanto órgão destinado à proteção da ordem jurídica e dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, deve atuar, portanto, paralelamente à função de órgão acusador, como órgão fiscalizador do devido processo legal (eis que sem este não há a efetivação dos direitos e garantias fundamentais).

diante de interesses indisponíveis serem relativos). Segundo o autor, para o conhecimento do caso penal, deve o Juiz valer-se dos estudos da psicanálise, a fim de conhecer a si mesmo e não deixar que negativas projeções atrapalhem o acerto do fato.

⁸³ COUTINHO, A *lide*...., *Op. Cit.*, p.135.

⁸⁴ *Op. Cit.*, p. 11.

Segundo nos elucida RANGEL:

A persecução penal exercida pelo órgão ministerial é feita muito mais em nome dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana do que em prol da obtenção, simples, do resultado favorável da pretensão acusatória. Não se visa única e exclusivamente à punição do indivíduo como bel prazer do Promotor de Justiça, mas sim sua proteção jurídica, a tutela de sua liberdade que, excepcionalmente, poderá ser cerceada. Porém, mesmo nesse caso (punição e privação da liberdade) dever-se-á garantir-lhe sua dignidade enquanto pessoa humana, pois o cárcere não poderá servir de lixeira para depósitos de restos da sociedade, mas sim como ambiente de ressocialização e reintegração do indivíduo na comunidade social, enquanto ser excluído da mesma⁸⁵

Ademais, conforme ensinamentos de RAMOS, “a função processual penal do Ministério Público nasceu com perfil no máximo fiscalizatório. Só muito tempo depois – séculos depois – somou-se a ela a de propor a ação penal pública”.⁸⁶

Nota-se, portanto, que a atuação do Ministério Público no processo penal foi, primeiramente, a de fiscal, somando-se a esta função, a de autor da ação penal pública. E “somar”, segundo o dicionário eletrônico AURÉLIO significa “V. t. d. 1.Fazer a soma de; adicionar (quantidade) a fim de achar a soma: (...) V. int. 7. Reunir, concentrar esforços com vista a uma causa de interesse comum: V. p. 8. Juntar-se, reunir-se, agregar-se, formando um conjunto: 9. Acrescentar-se, reunir-se, juntar-se.”⁸⁷

Imputar-lhe um agir enquanto parte da relação processual penal, incumbida de provar os fatos narrados na denúncia a fim de que seja aplicada a sanção penal devida e proporcional ao culpado, não é negar-lhe, assim, uma atuação enquanto fiscal do devido processo legal. Junto à função de órgão acusador, pode, e deve, estar presente a função de fiscal da lei, eis que o membro do *Parquet* deve buscar, assim como o Juiz, o acertamento do caso.⁸⁸

⁸⁵ *Op. Cit.*, p. 66.

⁸⁶ *Op. Cit.*, p. 55.

⁸⁷ Aurélio, Dicionário Eletrônico – Século XIX.

⁸⁸ No mesmo sentido, GONÇALVES, (*Op. Cit.*, p. 159), para quem “É cediço que, sem embargo de atuar como *dominis litis* nos processos criminais a que dá início, oferecendo a denúncia, o Ministério Público não se demite da função de fiscal da lei em todos os processos (e aqui ousamos ainda dizer: em todos os procedimentos) – inclusive nos propostos pelo mesmo órgão – inquéritos e expedientes investigatórios.”

3.2 Princípios gerais do direito processual penal interligados à atuação do Ministério Público

3.2.1 Do Devido Processo Legal

A nova Ordem Constitucional de 1988, alinhada aos ideais do Estado Democrático de Direito, previu em seu art. 5º, inc. XXXIX, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, (corolário lógico do princípio da *nulla poena sine iudice*), e no inc. LIV, do mesmo artigo, o preceito de que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”(*nulla poena sine iudicio*).

No que diz respeito ao princípio devido processo legal, Afrânio Silva Jardim, citado por RANGEL, afirma ser este princípio “uma autolimitação ao poder punitivo do Estado. Não é valioso punir-se a qualquer preço. O processo é a ‘regra do jogo’, à qual o Estado de Direito se submete para a tutela de valores outros que lhe são caros.”⁸⁹

Segundo o princípio do devido processo legal, o Estado-Administração deve, portanto, respeitar todas as regras processuais estabelecidas em lei (desde que legítimas e coerentes com os preceitos da dignidade da pessoa humana – devido processo legal substancial e princípios da razoabilidade e proporcionalidade) a fim de que possa, após estabelecida a sanção pelo Estado-Juiz, aplicá-la ao culpado.

Destarte, a atuação do Ministério Público, se for exercida através do devido processo legal(...), é garantia do acusado de que todos os direitos previstos na ordem jurídica constitucional lhe serão assegurados, com a certeza da imparcialidade não só do órgão julgador, mas também do órgão fiscalizador da lei. Assim, afasta-se a idéia de que o Ministério Público é órgão acusador e compreende-se seu verdadeiro papel constitucional de instituição guardiã da ordem jurídica, do Regime Democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, caput, da CRFB).⁹⁰

Na falta de uma atuação Ministerial comprometida com o devido processo legal, garantindo que o acusado não seja condenado sem que haja prova suficiente de sua autoria, bem como a materialidade dos fatos, sem a devida defesa técnica e contraditório durante a fase processual, não há a proteção ao direito individual e

⁸⁹ *Apud* RANGEL. *Op.cit.* p. 59.

⁹⁰ *Idem.* p.68.

coletivo (papel este conferido ao Ministério Público), e, conseqüentemente, o Regime Democrático de Direito restará fragilizado.

3.2.2 Da oficialidade, indivisibilidade e intranscendência

O principio da oficialidade teve sua origem, nos moldes como conhecemos hoje, no sistema inquisitório (em que o “processo” era instaurado de ofício pelo Juiz), e estava ligado ao pensamento de que o Juiz “era o único ente estatal capaz de, em nome da coletividade, dar inicio a persecução penal.”⁹¹

Atualmente, diante do sistema acusatório adotado pela Constituição Federal de 1988, refere-se ao fato de que o exercício da ação penal pública incondicionada deve ser realizado por um órgão oficial do Estado, a saber: o Ministério Público (ressalva feita pelo inciso LIX, do art. 5º da CF). Busca-se, desta forma, impedir a vingança privada.⁹²

Quanto ao principio da indivisibilidade (previsto nos crimes de iniciativa privada - art. 48 do Código de Processo Penal⁹³), este se traduz no fato de que o exercício da ação penal deve submeter ao processo todos os supostos autores do crime. Aplica-se também às ações penais publicas (sejam elas incondicionadas ou condicionadas à representação), eis que “se a propositura da ação penal constitui um dever, é claro que o Promotor não pode escolher em relação a quem deva ela ser proposta.”⁹⁴

Já o principio da intranscendência estabelece que só os suspeitos da pratica do delito podem ser acusados e submetidos ao processo. Nas palavras de TOURINHO FILHO, este principio afirma que “a ação penal é promovida apenas em relação à pessoa ou às pessoas a quem se imputa a pratica de uma infração.”⁹⁵

⁹¹ COUTINHO, **introdução....**, *Op. Cit.*, p. 180.

⁹² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 121.

⁹³ “A queixa contra qualquer dos autores do crime obrigara ao processo todos, e o Ministério Público velara pela sua indivisibilidade.”

⁹⁴ TOURINHO FILHO, **Manual....**, *Op. Cit.*, p. 123.

⁹⁵ **Manual....**, *Op. Cit.*, p. 126.

3.2.3 Da indisponibilidade e da obrigatoriedade

No sistema processual penal pátrio vigente, verifica-se que o Ministério Público tem a função de promover privativamente a ação penal pública, sendo o *dominus litis*.⁹⁶

Contudo, o fato de ser o dono da ação penal pública não dá ao Ministério Público a faculdade de dispor sobre o conteúdo do processo (indisponibilidade do conteúdo do processo), fazendo-se obrigatória a ação penal (quando presentes os requisitos mínimos necessários à propositura da ação, deve o promotor oferecer a denúncia).

Em nossa legislação pátria, em detrimento do princípio da oportunidade (pelo qual o Ministério Público pode, a sua escolha, e levando em consideração o interesse social, propor ou não a ação penal), vigora o princípio da legalidade ou (obrigatoriedade)⁹⁷, ou seja, no Brasil, o Ministério Público tem o poder-dever de propor a ação penal sempre que estiverem presentes indícios de autoria e materialidade.

Assim, a obrigatoriedade da ação penal pública “é o exercício de um poder-dever, conferido ao Ministério Público, de exigir do Estado-Juiz a devida prestação jurisdicional a fim de satisfazer a pretensão acusatória estatal, restabelecendo a ordem jurídica violada.”⁹⁸

Desta forma, em sendo o titular da ação penal pública e diante do princípio da obrigatoriedade, imprescindível se faz concluir que o Ministério Público deve ter em mãos provas que indiquem autoria e materialidade do crime, (circunstância esta nem sempre presente quando o Ministério Público utiliza-se apenas da investigação realizada pela Polícia, eis que não raros são os casos envolvendo abuso policial, inclusive com relatos de tortura, corrupção e prevaricação dentro de Delegacias Policiais, o que prejudica a elucidação dos fatos) a fim de formar sua *opinio delicti*.

⁹⁶ Todavia, o inciso LIX, do art. 5º da CF permite a ação penal privada subsidiária à pública, ao estabelecer que se o Ministério Público não oferecer a denúncia no prazo legal, será admitida ação privada, permite a ação penal.

⁹⁷ O Princípio da Obrigatoriedade em solo pátrio, com o advento da Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995, que instituiu os Juizados Especiais Criminais, restou mitigado, eis que a partir de então o Ministério Público, nas infrações penais de menor potencial ofensivo, poderá, conforme dicção do art. 76 desta lei, propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas (as conhecidas transações penais).

⁹⁸ RANGEL, *Op Cit.* p. 174.

3.2.4 Do Contraditório

Corolário do sistema acusatório adotado pelo constituinte brasileiro, o princípio do contraditório vem expresso no inciso LV, do art. 5º da Constituição Federal de 1988 e proclama que à parte contrária é garantido defender-se dos fatos alegados em desfavor ao seu direito, ou seja, pronunciar-se a fim de “opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou, ainda, de dar uma interpretação jurídica diversa daquela apresentada pela parte ‘ex adversa’”⁹⁹

Sobre o princípio do contraditório diz o professor CAPEZ:

Decorre do brocardo romano ‘audiatur et altera pars’ e exprime a possibilidade, conferida aos contendores, de praticar todos os atos tendentes a influir no convencimento do Juiz. Nessa óptica, assumem especial relevo as fases da produção probatória e da valorização das provas. As partes têm o direito não apenas de produzir suas provas e de sustentar suas razões, mas também de vê-las seriamente apreciadas e valoradas pelo órgão jurisdicional.¹⁰⁰

Todavia, em determinados momentos, e, principalmente no que antecede a relação processual (ou seja, a fase pré-processual), o princípio do contraditório não tem sua plena aplicação, ou até mesmo não é observado, a fim de que seja cumprida a finalidade da medida adotada.¹⁰¹

Quanto à fase pré-processual, TOURINHO FILHO assim se posicionou:

Não obstante a Magna Carta disponha no art. 5º, LV, que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, o certo é que a expressão ‘ processo administrativo’ não se refere à fase do inquérito policial, e sim ao processo instaurado pela Administração Pública (...). Já em se tratando de inquérito policial, não nos parece que a Constituição se tenha referido a ele, até porque, de acordo com o nosso ordenamento, nenhuma pena pode ser imposta ao indiciado. Ademais, o texto da Lei Maior fala em ‘litigantes’, e na fase da investigação preparatória não há litigantes...o que não se concebe pe a permissão do contraditório naquela fase informativa que antecede à instauração do processo criminal, pois não há ali nenhuma acusação. Não havendo, não se pode invocar o princípio da ‘par conditio’ – igualdade de armas. Todos sabemos que não se admite um decreto condenatório respaldado, exclusivamente, nas provas apuradas na etapa pré-processual.¹⁰²

⁹⁹ TOURINHO FILHO, **Manual ... Op. Cit.** p. 21.

¹⁰⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p., 19.

¹⁰¹ RANGEL, *Op. Cit.* pp. 71-72. Também comunga do mesmo raciocínio CAPEZ (*Op. Cit.* p. 20): “em casos de urgência, havendo perigo de perecimento do objeto em face da demora na prestação jurisdicional, admite-se a concessão de medidas judiciais ‘inaudita altera parte’, permissivo que não configura exceção ao princípio, já que, antes da prolação do provimento final, deverá o magistrado, necessariamente, abrir vista à outra parte para se manifestar sobre a medida, sob pena de nulidade do ato decisório; o contraditório é apenas diferido.”

¹⁰² **Manual... Op. Cit.** p. 23. Também MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal.** volume I. Campinas: Bookseller, 1997. p. 89. “A investigação policial, ou inquérito,

Concordamos com RANGEL, cujo entendimento é que:

a colheita de provas ('rectius' = informações) feita, diretamente, pelo Ministério Público não ofende a Constituição, mas sim,...., garante ao indiciado, ou autor, em tese, do fato, que a mesma colheita seja feita por um órgão independente, imparcial quanto ao direito material dito violado e dentro do devido processo legal, pois como 'dominus litis' que é o Ministério Público, se não houver justa causa para a propositura da ação penal, o arquivamento é medida de justiça, que deve ser adotado, tudo em conformidade com os arts. 127 'caput', da CRFB c/c 43, III do CPP.¹⁰³

Desta forma, considerando que em determinados momentos (e aqui se insere a fase investigatória pré-processual) o princípio do contraditório deve ser postergado, a fim de que o procedimento atinja ao fim culminado, sendo garantido ao possível autor do crime, se de indiciado à acusado, exercer o contraditório e ampla defesa durante a fase processual, não há, sob o nosso ponto de vista, nenhuma afronta a tal princípio a investigação criminal realizada pelo membro do '*Parquet*', até porque o mesmo não age na direção de, a qualquer preço, encontrar um culpado, mas sim no sentido de que a justiça seja feita, aplicando a cada um, na medida de sua responsabilidade, uma resposta ao seu ato.

3.2.5 Do Promotor Natural

O princípio do Promotor natural, assim como o do Juiz natural, é garantia do acusado de que o mesmo não será acusado (e julgado) sem que lei estabeleça, anteriormente, o órgão competente para tal.

Decorre esse princípio do inc. LIII, do art. 5º da Constituição Federal, o qual preceitua que "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente", e está intrinsecamente ligado ao inc. XXXVII "não haverá juízo ou tribunal de exceção" do mesmo artigo Constitucional.

tem mesmo de plasmar-se por um procedimento não contraditório, porque ali ainda não existe acusado, mas apenas 'indiciado'. O individualismo exagerado de alguns é que pretende o absurdo de adotar sistema diverso, como o dizia ASTOLFO DE RESENDE, deixando, assim, 'ao desamparo o interesse superior da coletividade' e 'estabelecendo o que não se encontra em parte alguma, e é absolutamente impraticável – a investigação contraditória, ou seja – a investigação acompanhada, perturbada, aniquilada, pela intervenção, à luz do sol, do malfeitor que a sociedade precisa punir'."

¹⁰³ *Op. Cit.*, p., 72.

Além de garantia do acusado, o princípio estudado é também, mas não unicamente, garantia do próprio Promotor de Justiça (e Procurador), a fim de que o mesmo possa exercer suas atribuições legais com independência.

Sobre o princípio do Promotor natural, MAZZILLI, aprofundando no tema, explica que tal princípio não visa proteger apenas ao membro da instituição, sendo “sim uma garantia funcional, tal a relevância das atribuições que lhe cometeu (a Constituição Federal).”¹⁰⁴

Também corrobora BONATO, que no que diz respeito ao princípio do promotor natural e da independência funcional, asseverou:

O princípio da independência funcional é garantia constitucional que incide não somente sobre os membros da instituição em questão como, também e principalmente, sobre toda a sociedade, pois garante e assegura a todos que nenhum promotor poderá ser nomeado, indicado ou escolhido arbitrariamente, por qualquer poder ou autoridade que seja, para atuar em determinada causa, mas deverá ter suas atribuições definidas anteriormente ao caso, evitando nomeações *ad-hoc* ou *post facto*.¹⁰⁵

Desta forma é que o art. 128, § 5º, I, b, da CF, garante ao membro do Ministério Público a inamovibilidade, salvo por motivo de interesse Público, mediante decisão do órgão colegiado competente do Ministério Público, pelo voto da maioria absoluta de seus membros (dois terços de seus membros), assegurada ampla defesa.

Se vinculado estivesse aos mandos e desmandos do poder Executivo ou aos interesses dos superiores hierárquicos, a atuação do Ministério Público poderia tomar outros rumos que não aquele condizente com a finalidade da Instituição.

Quer, outrossim, o princípio do promotor natural, evitar os denominados ‘promotores de encomenda’ – Promotor ad hoc – designados para este ou aquele caso – garantindo, assim, a independência funcional do membro do ‘Parquet’.

O princípio do devido processo legal abarca o princípio do promotor natural, haja vista o direito do acusado de ser processado e julgado por um órgão de acusação que tenha “a garantia de fazê-lo com independência necessária para repelir toda e qualquer ingerência indevida à sua atuação”.¹⁰⁶

¹⁰⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A natureza das funções do Ministério Público e sua posição no processo penal**. Revista dos Tribunais, ano 91, vol. 805; nov-02. p. 470.

¹⁰⁵ BONATO, Gilson. **A garantia Constitucional do Juiz e do Promotor Natural**. In. Garantias Constitucionais e Processo Penal. Gilson Bonato, *organizador*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002. p. 175.

¹⁰⁶ RANGEL, *Op. Cit.* p.76.

Tem-se, então, que o princípio do promotor natural, estritamente ligado à garantia da inamovibilidade, busca garantir ao membro do Ministério Público o exercício de suas atribuições previamente estabelecidas por Lei, com independência funcional, livre de influências internas e externas e de decisões não condizentes com o devido processo legal.

3.2.6 Da presunção de inocência e inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos

Nas palavras de CAPEZ, a prova “destina-se à formação da convicção do Juiz acerca dos elementos essenciais para o deslinde da causa”¹⁰⁷, ou seja, a prova tem por finalidade convencer o Juiz sobre a veracidade ou não do fato deduzido em juízo.

Traduz-se numa faculdade conferida à parte, e não numa obrigação, eis que, se a parte não produzi-la, não estará agindo em contrariedade ao direito, mas apenas assumindo o risco de ter prejudicada a sua pretensão.

O posicionamento de TOURINHO FILHO¹⁰⁸, CAPEZ¹⁰⁹, e grande parte da doutrina é de que o ônus da prova incumbe a quem alega (primeira parte do art. 156 do Código de Processo Penal), ou seja, ao Ministério Público compete demonstrar durante a instrução processual que o acusado incorreu na prática do crime a ele imputado, com dolo ou culpa (fatos constitutivos), enquanto à defesa cabe provar os fatos extintivos, impeditivos ou modificativos (tais como a extinção da punibilidade, legítima defesa e estado de necessidade, bem como inexigibilidade de conduta diversa).

Por outro lado, RANGEL¹¹⁰ distancia-se desse entendimento alegando que tanto a doutrina quanto a jurisprudência, ao assim procederem, acabam por fazer uma interpretação isolada do art. 156 do Código de Processo Penal, em descompasso com a Constituição da República vigente. Segundo o mesmo autor, o ônus da prova é de exclusividade do órgão acusador.

¹⁰⁷ *Op. Cit.* p.254

¹⁰⁸ **Manual...** *Op. Cit.* p. 500.

¹⁰⁹ *Op. Cit.* pp. 255-256.

¹¹⁰ *Op. Cit.* p. 89 a 97.

Concordamos com este último autor, eis que se vive em nosso sistema processual penal o princípio da presunção de inocência¹¹¹ e se ao acusado é garantido o direito de silenciar-se, cabe ao órgão de acusação o ônus de provar todos os fatos descritos em sua denúncia, demonstrando, ainda, mediante o caso concreto, se o acusado não agiu em legítima defesa, estado de necessidade etc.

Ademais, conforme explicita o autor supra citado:

O sistema acusatório exige, porque lhe é inerente e implícito, que o Ministério Público faça a imputação de um fato certo e determinado com arrimo em provas seguras de autoria e materialidade da infração penal, podendo e devendo, se for o caso, colhê-las diretamente. (...) no acusatório Público, a sociedade conta com a estrutura do Ministério Público que é o órgão criado para exigir o fiel cumprimento da lei e, conseqüentemente, o restabelecimento da ordem jurídica violada.¹¹²

Desta forma, considerando que o Ministério Público tornou-se instituição indispensável à função jurisdicional do Estado, cabendo-lhe promover, privativamente, a ação penal pública, e diante do princípio da presunção de inocência, que lhe transfere o ônus de provar em juízo os fatos narrados na denúncia, pautando-se, sempre, conforme o princípio do devido processo legal, bem como pela ética e a moral, não vislumbramos motivos suficientes para negar ao Ministério Público a produção de provas durante a fase pré-processual.

Todavia, lembramos que as provas colhidas durante a investigação criminal devem ser obtidas por meios lícitos, eis que as provas obtidas de forma ilícita¹¹³ e inclusive as ilícitas por derivação¹¹⁴ são inadmissíveis em solo pátrio.

¹¹¹ Segundo o princípio da presunção de inocência, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art. 5º, LVII, CF). Presume-se, desta forma, que o acusado é inocente, invertendo o ônus da prova à acusação.

¹¹² *Op. Cit.* p. 207-208.

¹¹³ RANGEL (*Op.Cit.* p. 111), com muita propriedade, assevera que a Constituição Federal de 1988, no art. 5º, LVI, proíbe não apenas a prova ilícita, mas sim toda e qualquer prova ilegal, gênero do qual a prova ilícita e espécie juntamente com a prova ilegítima e irregular. Segundo o autor, “a prova ilícita e violadora do direito material. Seja porque a norma proíbe aquele tipo de prova (tortura, por exemplo), seja porque permite, mas desde que se cumpra com o que a norma exige (mandado de busca e apreensão para ingressar no domicílio). A prova ilegítima e aquela que e proibida pelo direito processual (depoimento do padre contra a sua vontade). A prova irregular e aquela que e colhida com desrespeito as formalidades legais existentes, não obstante ser permitida por lei (expedição de mandado sem o fim da diligencia; depoimento de testemunha-parente sem a advertência de que não esta compromissada a dizer a verdade).

¹¹⁴ Conforme esclarece TOURINHO FILHO, (**Manual...** *Op. Cit.* p. 27), “A Suprema Corte tem sufragado (por maioria de votos) a tese da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação (informativo STF n.36, de 21-6-1996, e 30, de 15-5-1996).” Também RANGEL (*Op. Cit.* p. 113) “Assim, na Suprema Corte, o entendimento hodierno e de que a prova colhida em decorrência de uma prova obtida por meio ilícito e inadmissível no processo, pois ilícita por derivação, acarretando a nulidade do processo.” Exceção feita, segundo o autor supracitado, as provas que, mesmo obtidas por meio ilícitos, beneficiem o réu a provar a sua inocência (*Op. Cit.* p. 115).

Por fim, cabe apontarmos que, salvo nos casos em que o acesso às provas pelo investigado causaria uma dificuldade na elucidação dos fatos (a exemplo, quando o indiciado aculta documentos), bem como nos casos em que a prova deve ser obtida inaudita altera pars (como ocorre na interceptação telefônica) sob pena de restar prejudicada a sua finalidade, o indiciado e seu procurador devem ter acesso aos meios de prova que se utiliza o Ministério Público. Caso contrário, as características do sistema acusatório adotado pelo constituinte de 1988 restariam suprimidas.¹¹⁵

3.2.7 Da publicidade dos atos processuais

O nosso Texto Maior, no art. 5º, LX, determina que a “lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem” (sic), mostrando-nos, assim, que o legislador pátrio optou pelo princípio da publicidade dos atos processuais em face da justiça secreta, às escondidas.

No mesmo sentido o art. 792 ‘caput’ do Código de Processo Penal ao estabelecer que, em regra, as audiências, sessões e os atos processuais serão Públicos.

Entretanto, conforme se infere do próprio dispositivo constitucional, a publicidade processual não é absoluta, mas sim relativa, eis que se o interesse social ou a defesa da intimidade exigirem, a restrição da publicidade far-se-á necessária.

Outrossim, ao utilizar a expressão “em regra”, o art. 792 do Código de Processo Penal nos leva a concluir que o princípio da publicidade pode ser restringido. Mas em quais casos? A resposta segue no parágrafo primeiro do mesmo artigo, quando este dispõe que

se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o Juiz, ou o tribunal, câmara, ou

¹¹⁵ RANGEL, *Op. Cit.* p. 123. Todavia, não podemos deixar de observar que pela própria forma de ser da fase investigatória adotada no Brasil, marcada por alguns elementos do sistema inquisitório, este acesso do indiciado aos meios de prova torna-se um dos grandes desafios enfrentados pelo jurista hodierno, e tem em autores como Fauzi Hassan Choukr, a defesa por uma instrução durante a investigação criminal (**Garantias constitucionais na investigação criminal**. 2ª ed. São Paulo: Lúmen Juris, 2001), e, em Tourinho Filho (**Manual...**, *Op. Cit.* p. 69) a sua inadmissibilidade. Tema este que, por sua relevância, merece trabalho monográfico específico.

turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes¹¹⁶.

Vislumbra-se, ante o exposto, que durante o curso do processo, o princípio da publicidade é a regra, sendo previsto em lei as ressalvas.

O princípio da publicidade dos atos processuais, frisa-se, atos processuais, é corolário do princípio do devido processo legal vigente, em conformidade com os ideais contidos na Constituição Cidadã e sistema acusatório adotado em solo nacional.

Todavia, durante a investigação criminal o princípio da publicidade pode ser mitigado a fim de que a apuração do fato tido como crime não reste prejudicada.

O próprio art. 20 do Código de Processo Penal restringe a publicidade durante a investigação criminal, garantindo o sigilo necessário para a elucidação do fato ou quando o interesse social assim ordenar, eis que em alguns casos, possíveis escândalos e perturbações geradas com a publicação da investigação poderiam prejudicar o esclarecimento dos fatos, ou seja, poderiam impedir a descoberta da autoria, materialidade e outras circunstâncias do crime.

No que tange ao princípio da publicidade na fase investigatória, TOURINHO FILHO assim ensina:

(...) a publicidade não atinge, 'grosso modo', os atos que se realizam durante a feitura do inquérito policial, não só pela própria natureza inquisitiva dessa peça informativa, como também porque o próprio art. 20 do CPP dispõe que a Autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário (...) nem se invoque a Constituição. Nela se fala em publicidade dos atos processuais (...) e os do inquérito não o são. Nela se fala em litigantes (...) e no inquérito não há litigante.¹¹⁷

Após a conclusão da investigação, se presentes os requisitos necessários para propositura da ação penal pública, dar-se-á início à fase processual, quando, então, ao acusado será garantido o direito do contraditório, ampla defesa, publicidade dos atos, dentre outros princípios constitucionais, sendo, defeso, nesta fase, o sigilo dos atos processuais (exceção feita quando a lei assim permitir conforme apontamos).

A investigação criminal realizada pelo Ministério Público mostra-se, desta forma, uma garantia do acusado de que, na fase pré-processual, embora

¹¹⁶ Cf. Parágrafo primeiro, do art. 792 do CPP.

¹¹⁷ Idem. p. 20.

nitidamente marcada pelo sigilo das informações, estas não serão colhidas para “achar um culpado (e não o culpado) para esse ou aquele crime, a fim de dar uma satisfação à sociedade”¹¹⁸, eis que membro do Ministério Público deve agir com ética, garantindo, ainda, ao acusado que “os fatos não serão divulgados para preservação dos seus direitos constitucionais e o Ministério Público é o guardião dos mesmos.”¹¹⁹

¹¹⁸ RANGEL, *Op. Cit.* p 116. Proceder este que, segundo RANGEL (*Op Cit.* pp. 116 a 124), vem se tornando comum durante o inquérito policial. Para tanto, o citado autor faz uma análise histórica desde delito putativo realizado pelo agente provocador na França (estes, conhecidos como “*mouches*” – denunciante, delator – , eis que forjavam provas contra as pessoas que militavam em desfavor do regime absolutista, ou então induziam as mesmas ao cometimento de crimes, a fim de prendê-las. Surgindo, assim, “uma relação estrita e perigosa entre os ‘mouches’ e a Polícia”), comentando ainda sobre as freqüentes torturas realizadas dentro de Delegacias de Polícias pátrias durante a ditadura militar, bem como os abusos mais recentes envolvendo a atuação policial. Registre-se, ainda, os apontamentos do mesmo autor supra citado(*Op. Cit.* pp. 144-146) no que tange ao Esquadrão da Morte e o caso do Delegado de Polícia Sérgio Fernando Paranhos Fleury: “Homem forte no sistema de segurança pública do Estado de São Paulo, Sérgio Fleury liderava o que se convencionou chamar de ‘Esquadrão da Morte’: grupo formado, inicialmente, por policiais civis, ligado ao tráfico de entorpecentes e a eliminação sumária e covarde de meliantes que se tornassem desnecessários aos interesses do grupo, ou em verdadeira ameaça para o mesmo. (...) as investigações criminais realizadas pelo Ministério Público, através da atuação do Dr. Hélio Bicudo, demonstraram que, quando há o envolvimento de policiais com a prática de crimes, é inócua qualquer esperança no sentido da própria instituição investigar, pois o corporativismo impede a investigação transparente e profunda”

¹¹⁹ Idem. p. 106.

4. INTERPRETAÇÃO À LUZ DO ATUAL PARADIGMA VIGENTE

“Olhando para trás, corre-se o risco de descontextualizar as pautas discursivas. Corre-se o risco de seqüestrar o tempo”¹²⁰

4.1 A norma como produto da interpretação dada ao texto legal

Após definir o direito positivo como um conjunto de preceitos jurídicos que buscam disciplinar a vida em sociedade¹²¹, CARVALHO nos elucida que o objetivo da Ciência do Direito é exatamente o de explicar essas proposições, ou seja, “debruçar-se sobre o universo das normas jurídicas, observando-as, investigando-as, interpretando-as e descrevendo-as segundo determinada metodologia.”¹²² Distingue, ainda, o mesmo autor, que a linguagem do direito positivo é prescritiva, enquanto que a da ciência do direito é descritiva¹²³.

Observamos, portanto, que ao abrir o Código de Processo Penal, por exemplo, encontramos textos do direito positivo e não normas jurídicas, eis que legislativo produz textos, ou seja, enunciados do Direito Positivo, enquanto que a Ciência do Direito tem por finalidade debruçar-se sobre o direito positivo e descrevê-lo.

Outro não é o entendimento do professor VIEIRA:

O Direito Positivo constitui uma linguagem que se direciona à conduta humana intersubjetiva, com intuito prescritivo. A Ciência do Direito, a seu turno, voltada para o conjunto das normas postas, tem índole cognoscitiva e descritiva. Pensamos, pois, que a reflexão científica se faz por uma linguagem de sobrenível que elege o discurso normativo como seu objeto.¹²⁴

Ainda sobre a diferenciação entre o Direito Positivo e a Ciência do Direito, BORGES comenta que a linguagem descritiva da Ciência do Direito não pode ser

¹²⁰ STRECK e FELDENS, *op. Cit.* p. 76

¹²¹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Positivo e Ciência do Direito**, in Curso de Direito Tributário, 7ed. São Paulo: Saraiva, 1995, pp 1-3.

¹²² Idem. p. 2.

¹²³ Ibidem. p. 3.

¹²⁴ VIEIRA, José Roberto. **Ciência do Direito**. in A Semestralidade do PIS:Favos de abelha ou favos de vespa?. Revista dialética de Direito Tributário. n. 83, ago 2002. São Paulo: Dialética, 2002. pp 89-91.

estudada num sentido estrito. Pelo contrário, “os termos ‘descritivo’, ‘descrição’, ‘descritividade’ devem ser entendidos no sentido mais lato possível.”¹²⁵

Em seguida o mesmo autor faz uma análise etimológica do vocábulo “explicar”, observando que este termo se originou do latim *explicare*, concluindo que:

Ex-plicare é tornar claro o que até então estava obscuro, porque envolvido, encoberto. Essa é a sua procedência. Do oculto procede o esclarecimento. Explicar é descobrir o que antes estava coberto. É des-ocultar o originariamente oculto. E que por isso mesmo não se mostrava claro. O que estava oculto nas suas plicas (dobras) somente se desoculta pela explicação, a retirada da dobra. E é precisamente isso que inadvertidamente o dizer moderno dos juristas pretende significar quando aqui-e-acolá se refere ao significado normativo que a hermenêutica extrai ‘nas dobras da lei’.¹²⁶

O Professor VIEIRA nos mostra, contudo, que a norma jurídica é o resultado do trabalho do jurista, do debruçar-se sobre o direito positivo extraíndo-lhe as normas, eis que estas, segundo o mesmo autor, não estão acabadas¹²⁷.

Imprescindíveis são as palavras de CLÈVE no que tange ao texto legal e a construção da norma jurídica:

Nota-se uma mudança no campo metodológico que orienta a prática constitucional na busca de um modelo hermenêutica que permita conferir a dinamicidade necessária ao texto para potencializar a eficácia dos direitos e garantias fundamentais. Neste passo, texto e norma deixam de manter uma relação unívoca e absoluta. O texto e o universo sobre o qual se debruça o operador jurídico. A norma, não se confundindo com o texto, e o resultado da operação hermenêutica.¹²⁸

No mesmo sentido STRECK e FELDNES, que, ao discorrerem sobre a diferenciação entre texto e norma, explicam que a visão tradicional de que a norma estaria contida no texto quedou-se obsoleta, eis que aquela é fruto da interpretação

¹²⁵ BORGES, José Souto Maior. **O Direito como Fenômeno Lingüístico, o Problema de Demarcação da Ciência Jurídica, sua Base Empírica e o Método Hipotético-Dedutivo**, in Anuário do Mestrado em Direito, Recife, Universidade Federal de Pernambuco, n. 4, jan/dez, 1988, pp.11-16. Diz o renomeado autor (*Op. Cit.* p.13) que “Em síntese: o objeto da ciência jurídica não é apenas descrever (num sentido estrito) fenômenos, senão amplamente explicá-los, com sua metodologia própria: função objetivamente cognoscente da ordem jurídico-positiva..”

¹²⁶ Idem. p.14.

¹²⁷ Diz o autor (*Op. Cit.* p. 90): “Convém ainda esclarecer mais: não se entenda essa idéia de retirar a norma jurídica das dobras do direito positivo como implicando afirmar que ela já ali estava pronta e acabada, apenas escondida em suas pregas. Debruçando-se sobre o direito posto, investigando todos os ângulos de sua linguagem (sintático, semântico e pragmático), conhecendo-o, descrevendo-o, e explicando-o, em verdade, ao cientista do direito cabe, isso sim, construir a norma jurídica.”

¹²⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Investigação criminal e Ministério Público**. In.Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil. V. 4. N. 4. Jan/Dez 2004. Curitiba: UniBrasil, 2005. p. 18.

deste, não sendo mais admissível o raciocínio clássico no atual contexto em que se encontram inseridas as leis¹²⁹.

Vislumbramos, desta forma, que cabe ao jurista, ao interpretar o texto legal, dar sentido à norma.

Mas que interpretação devemos fazer dos artigos 129 e 144 ambos da Constituição Federal, bem como dos demais textos legais infraconstitucionais referentes à matéria (como por exemplo, o artigo 4 “caput” e parágrafo único do Código de Processo Penal)? A resposta passa por entendermos sobre qual contexto político e constitucional em que está inserida a sociedade atual.

STRECK e FELDENS pincelam nossa resposta ao esclarecerem que “se o texto não ‘carrega’ a sua norma e se a vigência de um dispositivo não implica diretamente a sua validade, é possível afirmar que textos anteriores à Constituição recebem automaticamente novas normas, atribuíveis a partir do topos hermenêutico que é a Constituição de 1988.”¹³⁰

Também, CLÈVE, o qual leciona que “Trata-se de reforçar a idéia de que a efetividade da Constituição esta ligada, entre outros fatores, a interpretação que possibilite uma compreensão do sistema constitucional apropriada ao Estado Democrático de Direito. Significa não congelar o conteúdo normativo no tempo ou no espaço (no texto literal dos dispositivos)”.¹³¹

4.2 A Interpretação dos textos infraconstitucionais

Como bem demonstrou STRECK e FELDENS, “o Direito não se imuniza aos saltos paradigmáticos do Estado”¹³². Assim sendo, a Constituição Federal de 1988 reflete esse novo contexto político normativo caracterizado pelo Estado Democrático de Direito, que não busca apenas declarar a democracia e os direitos individuais e coletivos, mas também garanti-los (efetivá-los).

¹²⁹ *Op. Cit.* p. 67. Dizem os supra citados autores: “(...) a partir da superação da hermenêutica clássica, que trabalha(va) com a idéia de que interpretar é extrair do texto o seu sentido (Auslegung), pela hermenêutica de cunho filosófico, passou-se a entender que o processo interpretativo não é reprodutivo, mas, sim, produtivo. Interpretar é, pois, dar/atribuir sentido (Sinngabung). Com isto, deixa de existir equivalência entre texto e norma e entre vigência e validade, em face do que se denomina na fenomenologia hermenêutica de diferença ontológica.”

¹³⁰ *Idem.* p. 67.

¹³¹ CLÈVE, *Op. Cit.*, p. 26.

¹³² *Ibidem.* p. 4.

Todavia, como é cediço, em geral, as Constituições anteriores foram criadas durante um Estado eminentemente totalitário, supressor dos direitos e garantias individuais, o que influenciou sobremaneira o legislador infraconstitucional daquela época na elaboração de leis ordinárias.

STRECK e FELDENS discorrem sobre o profundo abismo que separa a visão individualista (característica do Estado Liberal) do atual contexto político-normativo que vivenciamos:

Acaso retornemos ao lembrar que ao tempo em que elaborada, a Parte especial do Código Penal – que define os crimes e as penas - sofreu inevitavelmente as ‘luzes’ do regime político então vigente (1941), retratado pelo Estado Novo, de baixa – ou nenhuma – densidade democrática. Demais disso – e provavelmente o aspecto mais importante -, entre aquela data e os dias atuais serpeia um fosso jurídico-político-normativo que acolheu, sucessivamente, novas ordens constitucionais, dentre as quais se notabiliza a atual, em face de seu caráter contemporâneo e Democrático. Ao longo desse período, a estrutura normativa sempre esteve voltada ao regramento de direitos de primeira geração, os quais, dentro de uma consideração jurídica, traduzem conflitos de índole interindividual, sobre os quais se assentou, correlatamente, a organização judiciária (aí incluindo o MP), que se demonstrou preparada exclusivamente à composição de litígios dessa natureza. Todavia, (...), paralelamente à evolução política nacional foram sendo concebidos e universalizados, dentre outros, direitos de segunda e terceira geração (sociais, coletivos e difusos), sem que os acompanhasse, entretanto, uma legislação penal adequada tendente a garantir a proteção dos bens e interesses assim considerados fundamentais, a despeito de terem sido constitucionalmente acolhidos”¹³³

No que tange ao contexto político e sua influência normativa, principalmente na elaboração das leis infraconstitucionais, escreveu Goldschmidt, citado por CHOUKR, que “los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal em general. Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no és sino el termometro de los segmentos corporativos o autoritarios de su constitución.”¹³⁴

Entretanto, não obstante as leis infraconstitucionais sejam reflexos do momento político em que foram produzidas, outras ordens Constitucionais e novas paradigmas sobrevieram. Como, então, devemos aplicar as leis infraconstitucionais ainda vigentes?

RANGEL, utilizando-se da expressão “filtragem constitucional” (esta utilizada pela primeira vez no Brasil pelo do professor Doutor Clémerson Merlion Cléve - como aquele mesmo confessa)¹³⁵ nos elucida sobre a necessidade de

¹³³ *Ibidem.* p. 22 (*In.* nota de rodapé 12).

¹³⁴ *Apud* CHOUKR, *Op. Cit.* p. 13.

¹³⁵ RANGEL, *Op. Cit.*, p. 29.

reconhecemos “a preeminência normativa da Constituição frente à ordem infraconstitucional”,¹³⁶ citando, em seguida, as lições de Canotilho, para quem “todas as normas infraconstitucionais devem ser interpretadas no sentido mais concordante com a Constituição (princípio da interpretação conforme à Constituição)”¹³⁷.

As leis infraconstitucionais devem ser interpretadas, portanto, conforme a Constituição, e não o contrário.

Sobre equívoco de se interpretar a Constituição conforme as leis, escreveu Canotilho, citado em obra de CHOUKR:

A interpretação da Constituição conforme as leis tem merecido sérias reticências da doutrina. Começa por partir da idéia de uma Constituição entendida não só como espaço normativo aberto, mas também como campo neutro, onde o legislador iria introduzindo sutilmente alterações. Em segundo lugar, não é a mesma coisa considerar como parâmetro as normas hierarquicamente superiores da Constituição de acordo com as leis infraconstitucionais. Em terceiro lugar, não deve afastar-se o perigo de a interpretação da Constituição de acordo com as leis ser uma interpretação inconstitucional, quer porque o sentido das leis passadas ganhou um significado completamente diferente na Constituição, que porque as novas podem elas próprias ter introduzido alterações de sentido inconstitucionais. Teríamos, assim, a legalidade da Constituição a sobrepor-se à Constitucionalidade da lei.¹³⁸

Entendemos, assim, que diante da dinâmica social, propulsora das reestruturações sociais e políticas, com reflexos no ordenamento jurídico (diga-se, nas Ordens Constitucionais), as leis infraconstitucionais que vão de encontro ao Texto Maior vigente devem ser declaradas inválidas, não obstante vigentes.

Neste sentido, RANGEL afirma que “existe uma relação hierárquica entre a norma ordinária e a Constituição, sendo que aquela encontra nesta seu fundamento de validade, sua razão de ser. Se as normas emitidas pelo órgão legislativo próprio devem sê-lo em harmonia com a Constituição é com o escopo de irradiar os preceitos constitucionais perante e para todos os indivíduos e/ou o Estado.”¹³⁹

STRECK e FELDENS, valendo-se dos escritos de Donini, assim se posicionam: “Na linha do que assevera DONINI, um enfoque constitucionalista do Direito Penal não supõe, unicamente, que o Direito Penal não possa estar em

¹³⁶ Idem. p. 29.

¹³⁷ *Apud* RANGEL, *Op. Cit.* pp. 29. Na mesma direção encontramos STRECK e FELDENS, (*Op. Cit.* p. 50). “Urge, pois, uma filtragem constitucional de toda e qualquer legislação precedente que se verifique em situação de contraste à constituição”.

¹³⁸ *Apud* CHOUKR, *Op. Cit.*, p. 21

¹³⁹ RANGEL, *Op. Cit.* p. 36.

contradição com a Constituição. Mais que um limite, deveremos entender a Constituição como fundamento da pena e do Direito Penal”¹⁴⁰.

A Constituição Federal de 1988 alcança, desta forma, grande força normativa, e passa a ser (ou pelo menos deveria ser) a “luz” norteadora do agir do legislador infraconstitucional, a fim de que normas contrárias à Constituição não sejam produzidas, sob pena de serem consideradas inválidas.

Sintetizam as nossas idéias STRECK e FELDNES, que, ao discorrerem sobre a força da Constituição de 1988 no cenário político-normativo atual, assim apontaram:

Tais considerações, à evidencia, acarretam compromissos e inexoráveis conseqüências no campo da formulação, interpretação e aplicação das leis. Para tanto, partimos da premissa – e não há nenhuma novidade em dizer isso – de que a Constituição de 1988 é dirigente e compromissária, apresentando uma direção vinculante para a Sociedade e para o Estado. Logo, em assim sendo, continuamos a insistir que todas as normas da Constituição têm eficácia, e as assim denominas normas ‘programáticas’ – comandam a atividade do legislador, buscando alcançar o objetivo do constituinte.¹⁴¹

Desta forma, podemos concluir que em sendo a Constituição de 1988 a grande norma norteadora da atividade do legislador infraconstitucional (leis infraconstitucionais produzidas antes da vigência desta somente encontrarão validade se com esta não conflitarem), as normas contidas no Código de Processo Penal vigente apenas serão válidas se condizentes com o contexto político-normativo em que está inserida a Carta Magna de 1988, ou seja, com o modelo de Estado Social e Democrático de Direito.

4.3 Tradição e Status ‘quo’: A necessidade de superação do discurso histórico em face dos ideais vigentes na sociedade contemporânea

Estudamos que o Direito e suas Instituições são reflexos de Estado vigente em um certo período da história. Analisamos, desta forma, que durante o Estado autoritário a Constituição pouco protegia os direitos e garantias individuais e coletivos, e que as leis infraconstitucionais (fortemente marcadas pelos ideais individualistas) também seguiram este modelo, privilegiando os interesses de um certo grupo dominante e do Estado opressor por excelência.

¹⁴⁰ STRECK e FELDNES, *Op. Cit.* p. 34.

¹⁴¹ *Idem*, pp 37-38.

Comentamos que a Constituição de 1988 é marcada pelo contexto político hodiernamente vigente, o Estado Democrático de Direito, e que as leis infraconstitucionais elaboradas durante o Estado Autoritário, mas ainda vigentes (a exemplo do Código Penal – Decreto-Lei 2848/1940 e Processual Penal – Decreto-Lei 3689/1941), devem ser interpretadas a luz dos novos preceitos constitucionais de 1988, sob pena de não serem válidas, trazendo os ensinamentos de autores que alertam “para o fato de que o Código de Processo Penal somente pode ser aplicado àquilo que diz respeito às funções do Ministério Público a partir de uma detalhada análise de parametricidade constitucional”¹⁴².

Grifamos várias vezes que o Ministério Público e sua atuação no cenário nacional é produto, e como não poderia deixar de ser, do “contexto político-normativo” vigente em cada período da história da sociedade, mostrando-se atualmente como um dos principais atores na busca da efetivação dos direitos e garantias individuais e trans-individuais.

Desta forma, mister se faz indagar se

Devemos continuar a operar, no limiar do Século XXI, com estruturas valorativas típicas do início do século XVIII ou se devemos, a partir da identificação de novos valores gerados em face das novas necessidades (individuais e sociais), estender a proteção a outras categorias hoje constitucionalmente reconhecidas, depositando na Constituição um papel decisivo nesse sentido¹⁴³

CHOUKR em sua obra crê que “o ceticismo político surge pela dificuldade de incorporação dos novos valores constitucionais (...)”, ensinando-nos que “A superação desse quadro não é fácil e demanda, acima de tudo, uma nova postura diante do processo penal, que passa, entre outros pontos, por uma nova forma de interpretá-lo”¹⁴⁴.

Percebe-se, assim, que além de uma mudança das legislações infraconstitucionais (a fim de adequá-las à Constituição Federal de 1988 e, principalmente, aos anseios da população, que clama por medidas mais concretas e eficazes no processo penal brasileiro face ao grande número de crimes envolvendo pessoas das mais altas classes sociais), importante se faz que os aplicadores do direito e demais pessoas envolvidas com o Direito Penal e Processo Penal deixem afastados seus pré-juízos e passem a interpretar o texto legal não mais a partir dos

¹⁴² *Ibidem*, p 50.

¹⁴³ *Ibidem*, pp. 33- 34.

¹⁴⁴ CHOUKR, *Op. Cit.*, p. 20.

ideais presentes no momento da elaboração do Código Penal e Processo Penal vigentes (quando a interpretação dogmática-gramatical era soberana, senão a única admitida), mas sim a partir de uma interpretação sistêmica, eis que “todo fragmento de lei é parte de um sistema complexo e vasto, o ordenamento Jurídico.”¹⁴⁵

Com muita propriedade, NASSIF indagou:

Como romper com estratificações seculares assentadas em argumentos empobrecidos, mas ainda confortáveis ao pensamento conservador, e que efetivamente alcançam apoio no meio comunitário? Só com poderosa contra-argumentação e, talvez aqui o jurista sintaxe desagradado -, através de lenta e insistente construção empírica, que, irremissivelmente, provocará estupenda reação dos que estão afeitos à divindade totêmica. Ora, dizer aos crentes que as divindades estavam certas apenas em seu tempo.¹⁴⁶

A visão tradicional deve ceder espaço ao novo paradigma. É necessário que o ceticismo, como nos advertiu CHOUKR anteriormente, seja afastado. Faz-se necessário que o aplicador do direito se desfaça de seus pré-juízos e passe a ter uma postura mais afinada com os ideais Democráticos, haja vista que

de nada vale qualquer concepção epistemológica emancipatória se continuarem os Juízes a aplicar as leis do século passado com a cabeça de século passado. Ou pior, se continuarem a ler os novos instrumentos e valores trazidos pela nova ordem jurídica (a instaurada no Brasil com o advento da Constituição de 1988) sob o influxo de ordem anterior ou, ainda, insistirem em adaptar a Constituição ao espírito da legislação infraconstitucional.¹⁴⁷

¹⁴⁵ MARQUES, Alberto. **Roteiro de Hermenêutica**. Curitiba; Juruá, 2003. Quanto à interpretação sistemática também escreveu Luís Roberto Barroso, citado por GUIMARÃES (*Op. Cit.* p. 106), que “Uma norma constitucional, vista isoladamente, pode fazer pouco sentido ou mesmo estar em contradição com outra. (...) O método sistemático disputa com o teleológico a primazia no processo interpretativo. O direito objetivo não é um aglomerado aleatório de disposições legais, mas um organismo jurídico, um sistema de preceitos coordenados ou subordinados, que convivem harmonicamente. (...) A Constituição interpreta-se como um todo harmônico, onde nenhum dispositivo deve ser considerado isoladamente. Mesmo as regras que regem situações específicas, particulares, devem ser interpretadas de forma que não se choquem com o plano geral da Carta Magna.”

¹⁴⁶ NASSIF, Aramis. **Acusação: O Totem, a interpretação e Kelsen**. In: Garantias Constitucionais e Processo Penal. Gilson Bonato, *organizador*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002. p. 24.

¹⁴⁷ SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional** – Construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999. p. 62.

Ao Encontro do mesmo raciocínio encontramos também STRECK e FELDENS, (*Op. Cit.* p. 107.) “(...) de nada adianta todo o arcabouço jurídico-constitucional, forjado a partir do processo constituinte de 1986-88, apontar para um Estado Democrático de Direito, que traz consigo um plus normativo, superador das concepções anteriores de Direito e de Estado (Liberal e Social), se no conjunto das práticas dos juristas, não se constituir um substrato político, material e cultural, apto a concretizar essa normatividade. Trata-se, pois, de uma questão recorrente, representada pela discussão de crise de paradigmas: é preciso triunfar sobre a tradição sob pena de fracassarmos por causa dela!”

No que tange ao ensinamento jurídico, e mais especificamente sobre a Escola Processual Penal de São Paulo, GRINOVER, Ada Pellegrini. (**A nova escola processual de São Paulo**. In: *Novas tendências do direito Processual*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. p.448) mostra-nos que aquela escola, num primeiro momento, adotou uma postura de “construção teórica que combina a rigorosa coerência teórica interna do sistema, a construção de garantias dogmáticas, a

5. A ATUAÇÃO DO MINSITÉRIO PÚBLICO NO DIREITO ALIENÍGENA

Mister se faz a busca do direito estrangeiro acerca da atuação do Ministério Público e sua ligação com a Polícia Judiciária, a fim de que possamos compreender se no direito brasileiro a posição adotada pelo legislador encontra-se com os ideais prevalentes no mundo hodiernamente.

Abordaremos, desta forma, não todos (até porque não é este o trabalho a que nos propusemos), mas alguns países que, segundo parte da doutrina¹⁴⁸, influenciaram (e continuam a influenciar) o legislador pátrio ou trazem grandes contribuições quanto a tendência mundial atual, no que pese alguns países ainda adotem o sistema inquisitório predominantemente. Também analisaremos, de forma sucinta, a atuação Ministerial em alguns países da América Latina e do Sul.

Assim sendo, passemos ao estudo do Ministério Público em Portugal, Itália, França, Espanha, Inglaterra e Alemanha, Colômbia, México, Argentina, Bolívia e Chile.

5.1 Em Portugal

No país lusitano o Ministério Público vem disciplinado pela Constituição da República, no art. 219, é órgão do Poder Judiciário e seus membros são conhecidos como magistrados do Ministério Público, contudo não exercem função jurisdicional.

Prevalecem, no direito processual penal português, os ideais garantistas, bem como o sistema acusatório, não obstante admitam a intervenção do Juiz na

elevação destas a princípios gerais, o método técnico científico”, enquanto que “sua segunda geração, então denominada de ‘Nova escola processual’, caracterizou-se pelos estudos constitucionais do processo, em que as atenções se voltam para o dado jurídico constitucional, como resultante das forças políticas e sociais de determinado momento histórico; a transformação do processo, de instrumento puramente técnico, em instrumento ético e político de atuação da justiça e de garantia da liberdade; a plena aderência do processo à realidade sócio-jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação, que é a de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos materiais”; Também RANGEL (*Op. Cit.*, p. 30) “ destarte, o operador moderno do direito deve interpreta-lo e utiliza-lo como um sistema dinâmico, móvel e não estático de normas irradiadoras dos preceitos constitucionais em constante evolução e construção com a realidade social, econômica, política e jurídica de uma Nação. Não há mais espaço, frente à instalação de um Estado Constitucional Democrático de Direito, para retrocesso na aplicação do Direito. Há determinadas normas jurídicas que, não obstante estarem em pleno vigor, portanto vigentes no país, não possuem mais aplicabilidade efetiva diante da ausência de utilidade social. Perderam a eficácia diante do avanço e da modernidade ocorridos na comunidade dos homens.”

¹⁴⁸ Neste sentido RANGEL (*Op. Cit.* p. 171), GUIMARÃES (*Op. Cit.* p.180) e BASTOS (*Op. Cit.* p. 47).

instrução. Este Juiz tem papel garantidor, eis que o autor principal da investigação é o Ministério Público.

Em Portugal a investigação criminal é de competência do Ministério Público e a Polícia é seu auxiliar, tendo aquele, na fase do inquérito policial, a função de praticar todos os atos e assegurar todos os meios de provas necessários à realização das diligências comprovadoras da existência do crime, identificando seus agentes, como conseqüente delimitação de suas responsabilidades, a fim de que ao termo final do mesmo possa ser (ou não) deduzida a acusação.¹⁴⁹

Discorrendo sobre a posição do Ministério Público português, CAMPOS aponta:

Una de las características más salientes del Ministerio Público en Portugal es su *polimorfismo* esencial; sus atribuciones se distribuyen en diversos planos entre los que se incluye el ejercicio de la acción penal, comprensivo de la dirección de la investigación criminal, la promoción de la legalidad, la representación del Estado, de los incapaces y ausentes e el ejercicio de funciones consultivas. A estas líneas identificadoras debemos reunir su unidad organizativa. El Ministerio Público goza de autonomía orgánica y funcional, estando excluida la interferencia de los otros poderes del Estado, con la sola excepción de la actuación como abogado del Estado o en la defensa de los intereses particulares del Estado.¹⁵⁰

Segundo GUIMARÃES¹⁵¹, em Portugal “a investigação passou a ser dirigida diretamente pelo Ministério Público, que pode contar com o apoio da Polícia, mas não ficar dependente desta, podendo dispensar sua atuação, se necessário for, para a melhor colheita da prova”.

Percebe-se, assim, que o Ministério Público Português ganha destaque mundial no que diz respeito à investigação criminal; modelo a ser seguido pelos demais países, eis que não obstante atue como investigador, “não há nenhuma incompatibilidade entre sua atuação com os direitos e garantias fundamentais, mas sim perfeita harmonia entre os mesmos.”¹⁵²

¹⁴⁹ RANGEL, *Op. Cit.* p.164.

¹⁵⁰ CAMPOS, Luis Maria Bunge. **Sistema procesal penal de Portugal.** In *Sistemas Procesales Penales Comparados. Los sistemas nacionales europeos.* Edmundo S. Hendler – Director. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999. p 337.

¹⁵¹ *Op.cit.* p., 155.

¹⁵² RANGEL, *Op. Cit.* p.166.

5.2 Na Itália

O Ministério Público italiano está vinculado à magistratura, podendo mudar de cargo durante o exercício da profissão, ou seja, pode o Promotor exercer a função de Magistrado e vice-versa, desde que respeitadas as regras disciplinadoras.

No direito Italiano o Juiz também atua na fase preparatória, mas como garantidor dos direitos e garantias individuais, fiscalizando as investigações realizadas pelo promotor-investigador, que “dirige e realiza as investigações necessárias ao exercício da ação penal (...) e deve, inclusive, colher informações que sejam, também, favoráveis ao investigado”.¹⁵³

No que tange à Polícia Judiciária, esta, no direito italiano, também está subordinada ao Ministério Público, o qual tem a direção das investigações:

El art. 326 de la ley adjetiva (CPP) establece que “El Ministerio Público y la Policía Judicial desarrollarán, en el ámbito de sus respectivas atribuciones, las investigaciones y averiguaciones necesarias para el ejercicio de la acción penal” y el art. 327 dice que “el Ministerio Público dirigirá las investigaciones preliminares disponiendo directamente de la Policía Judicial” (...) Para el desarrollo de sus funciones, el Ministerio Público posee la dirección de la Policía Judicial.¹⁵⁴

BASTOS¹⁵⁵ corrobora com este entendimento, ao afirmar que “a condução das investigações no atual Código de Processo Penal da Itália é feita diretamente pelo Ministério Público, assessorado pela Polícia Judiciária, a qual atua sob sua direção.”

5.3 Na França

O Ministério Público atual teve sua origem no direito francês. Este, todavia, não atribuiu ao Ministério Público algumas garantias funcionais, tais como a estabilidade, vinculando esta instituição ao Ministro da Justiça¹⁵⁶.

¹⁵³ Idem. pp. 154-155.

¹⁵⁴ G. MORISI, A. PÉREZ LANCE, F. POSSE y D. RAFECAS. **El Sistema Procesal Penal Italiano.** In *Sistemas Procesales...* (Op. Cit., p. 141-143).

¹⁵⁵ Op. Cit. p. 57.

¹⁵⁶ H. L. DIAS, M. LOUSTEAU e I. F. TEDESCO. **El Sistema Procesal Penal Francés.** In *Sistemas Procesales...* (Op. Cit. p. 218). “En definitiva, en la actualidad, el Ministerio Público es quien ejerce la acción pública y quien requiere la aplicación de la ley. Es parte necesaria y representante general del proceso penal. Sus características centrales fundan su estructura y funcionamiento: entre ellas, le irrecusabilidad e irresponsabilidad de sus miembros, su indivisibilidad (lo que permite que

No país que adota o Juizado de Instrução, a Polícia Judiciária colhe as provas e é supervisionada pelo Ministério Público (deve informá-lo de tudo que acontece), a quem também está subordinada. Neste país o Ministério Público atua como titular, mas não privativo, da ação penal pública, e também é fiscal da lei.

Segundo GUIMARÃES¹⁵⁷, na França também há um controle da atividade policial pelo Ministério Público, “que tem poder de investigação paralelo ao da Polícia, direcionando as investigações a serem levadas a efeito, e devendo ser informado de tudo o que está sendo investigado pela Polícia”.

Quanto à relação entre o Ministério Público e a Polícia Judiciária francesa, escreveram H. L. DIAS, M. LOUSTEAU e I. F. TEDESCO:

Uno de los primeros puntos a aseñalar es que la actuación de la Policía Judicial se encuentra bajo la dirección del procurador de la República, la vigilancia del procurador general y el control de la Cámara de Acusación. De esta manera, la relación entre ella y el Ministerio Público es íntima, directa y vertical. El Ministerio Público dirige a la policía, determina sus sanciones por faltas disciplinarias, aunque todo ello con un control jurisdiccional de legalidad, básicamente ejercitado por la Cámara de Acusación.¹⁵⁸

Atualmente há no direito francês uma tendência para o sistema acusatório, com a extinção do juizado de instrução e retirada do Juiz no momento da investigação, a qual fica atribuída ao Ministério Público com o auxílio da Polícia Judiciária que a ele está subordinada.¹⁵⁹

5.4 Na Espanha

Na Espanha, a investigação criminal é eminentemente realizada pelo Juiz de Instrução que, depois de ter cumprido a sua função (de investigar) é afastado, evitando a sua ingerência da fase processual.

Ao Ministério Público espanhol, denominado de Ministério Fiscal, está vinculado ao Poder Executivo e sua tarefa é a de fiscalização da lei, verificando se os direitos e garantias processuais estão sendo respeitados, bem como executar a

puedan ser intercambiables), y su organización jerárquica y verticalizada. Asimismo, se encuentran excluidos del beneficio de estabilidad del que gozan los jueces.”

¹⁵⁷ *Op. Cit.* p. 161.

¹⁵⁸ H. L. DIAS, M. LOUSTEAU e I. F. TEDESCO. **El Sistema Procesal Penal Francés.** In *Sistemas Procesales...* (*Op. Cit.* p. 220).

¹⁵⁹ RANGEL, *Op. Cit.* p.162.

ação penal¹⁶⁰ que, todavia, pode ser iniciada por qualquer do povo nos delitos perseguíveis de ofício¹⁶¹.

No que diz respeito à Polícia, esta atua em regra, na investigação criminal, e se “acha subordinada, no plano funcional, tanto ao Ministério Público – ao exercer as ‘diligências prévias’ – como ao Juiz-Instrutor – quando do exercício do sumário¹⁶². Cuida-se, pois, de órgão auxiliar do titular da instrução preliminar – Juiz como regra, Promotor por exceção (...)”¹⁶³

Há na Espanha, todavia, uma tendência a outorgar ao Ministério Fiscal o poder de realizar as investigações criminais e ordenar a atuação da polícia, afastando, desta forma, o Juiz da fase pré-processual.¹⁶⁴

5.5 Na Alemanha

Sobre o Ministério Público na Alemanha, BASTOS escreveu:

No direito alemão, à semelhança de Portugal, a investigação fica igualmente a cargo do Ministério Público, funcionando a Polícia como seu auxiliar, existindo, ainda, um Juiz Investigador, cuja função se limita a apreciar pedidos do Ministério Público que importem sacrifício de determinadas garantias individuais, cabendo-lhe determinar se a diligência investigatória pretendida é admissível juridicamente, sendo-lhe vedado, todavia, examinar a conveniência da ta diligência.¹⁶⁵

Desta forma, não obstante não tenham os membros desta instituição garantias de estabilidade e autonomia, na Alemanha o Ministério Público tem grande poder investigatório, e a Polícia está a ele subordinada.¹⁶⁶

¹⁶⁰ RANGEL., *Op. Cit.* p.151.

¹⁶¹ BASTOS., *Op. Cit.*, p. 67.

¹⁶² RANGEL., (*Op. Cit.*, pp 150-152) ensina que o Direito processual Espanhol é dividido em três fases: 1^a a sumária; 2^a- a intermediária; e, 3^a- a oral. A fase sumária é aquela em que o Juiz de Instrução realiza a investigação com o auxílio da Polícia judicial. Esta fase serve para preparar o juízo oral, momento em que há a instauração do processo, com a atuação do Ministério Fiscal executando a ação penal.

¹⁶³ BASTOS., *Op. Cit.*, p. 71.

¹⁶⁴ C. ÁVILA, M. BORINSKI, E. FERNÁNDEZ y D. LAGO. **El Sistema Procesal Penal Español.** In *Sistemas Procesales Penales Comparados....*(*Op. Cit.* pp. 58-59).

¹⁶⁵ BASTOS., *Op. Cit.* p. 52.

¹⁶⁶ GUIMARÃES., *Op. Cit.* p. 157.

5.6 Na Inglaterra e Gales

Sem nos aprofundarmos sobre o Ministério Público Inglês, eis que neste país o sistema adotado é o da *Commun law* (direito consuetudinário), o que o afasta do direito vivenciado em Portugal, Espanha, Itália, França etc, fato é que até 1985, segundo nos ensina GUIMARÃES¹⁶⁷, o Ministério Público inglês não estava bem estruturado. Existia a figura do Attorney General (Procurador-Geral) e do Director of Public Prosecutions, que raramente atuavam, eis que a ação penal poderia ser exercitada por qualquer cidadão e também da Polícia Judiciária, que “com a ausência de um Ministério Público estruturado, (...) tinha exagerado poder de investigação e persecução penal, o que implicava em constantes desmandos, os quais nem sempre vinham à nota”¹⁶⁸

Explica o autor supra citado que foi apenas em 1985 que o Ministério Público organizou-se, com a criação da Crown Prosecution Service, que atualmente, “desempenha a função de acompanhar a investigação criminal realizada pelas Polícias, ocupar-se dos problemas jurídicos na fase investigatória e providenciar e estruturar o corpo de juristas que representem os interesses da Coroa perante as Cortes de Justiça”.¹⁶⁹

Desta forma, observa-se que as investigações criminais são realizadas pela Polícia inglesa, e encaminhadas, logo em seguida, ao Ministério Público, o qual levará a investigação aos Tribunais de Justiça.

Comenta, todavia, GUIMARÃES, que o Ministério Público é consultado, em algumas ocasiões, pela Polícia, a fim de se verificar se o rumo da investigação é o mais adequado e se deve dar continuidade ao procedimento. Caso o Ministério Público decida pelo arquivamento, é, antes, “oportunizado à Polícia a juntada de novas evidências sobre o caso. O Ministério Público e a Polícia discutem o caso, mas a decisão final é do Ministério Público.”¹⁷⁰

¹⁶⁷ Idem, p. 168.

¹⁶⁸ Ibidem, p.169.

¹⁶⁹ BASTOS, *Op. Cit.*, p., 73.

¹⁷⁰ GUIMARÃES, *Op. Cit.* p. 171.

5.7 Na Colômbia e México

Na Colômbia os órgãos encarregados de acusar e julgar estão separados (de acordo com o sistema acusatório) e o Ministério Público é o responsável pela investigação penal (utilizando-se do apoio da Polícia Judiciária, a qual a ele está subordinada, bem como o de outros órgãos) e pela ação penal.¹⁷¹

No México, a situação não é muito diferente, eis que, conforme nos ensina BASTOS, “A investigação e a acusação estão a cargo do Ministério Público, que conta com o auxílio da Polícia, de igual forma a ele subordinada”.¹⁷²

5.8 Na Argentina, Bolívia e Chile

Embora na Argentina cada província possua o seu Código de Processo Penal, o que dificulta a análise do Ministério Público naquele país¹⁷³, BASTOS nos informa que a investigação, de forma geral, é feita pelo Juiz-Instrutor, com o apoio da Polícia¹⁷⁴.

Excepcionalmente, no país estudado, a investigação fica a cargo do promotor “por delegación expresa Del juez de instrucción (CPP, 196) o por tratarse de imputados sorprendidos em flagrância a los que no correspondiere aplicar prisión preventiva (instrucción sumaria), supuesto que se encuentra supeditado a la decisión Del imputado de no solicitar ser oído por el juez de instrucción en declaración indagatoria, en cuyo caso la instrucción se rige por las reglas comunes.”¹⁷⁵

Concluimos, desta forma, com RANGEL, que “o Ministério Público exerce nas investigações de infrações penais na sociedade argentina é ainda muito tímido e, principalmente, secundário, pois o titular das investigações é o Juiz instrutor, que pode delegar àquele suas funções investigatórias.”¹⁷⁶

No que diz respeito à investigação na Bolívia e Chile, BASTOS nos mostra que o sistema adotado por esses dois países ainda é o inquisitório, eis que enquanto naquele a fase investigatória é conduzida pelo Juiz de instrução e o Juiz pode iniciar

¹⁷¹ BASTOS, *Op. Cit.*, p. 83.

¹⁷² *Idem.* p. 85

¹⁷³ RANGEL, *Op. Cit.*, p. 169.

¹⁷⁴ *Op. Cit.*, p. 78.

¹⁷⁵ Fabrício Guariglia e Eduardo Bertoni, *Apud BASTOS, Op. Cit.*, p. 79.

¹⁷⁶ *Op. Cit.*, p. 170.

o processo de ofício, neste o Juiz instrutor além de investigar, com o auxílio da Polícia, pode ele mesmo formular a acusação que julgará.¹⁷⁷

BASTOS, todavia, esclarece-nos que em ambos países há uma tendência para transformar o sistema eminentemente inquisitório em acusatório, a fim de posicionar o processo penal conforme os ditames garantistas¹⁷⁸.

Desta forma, observa-se, na esteira de LOPES JR, que há um movimento em todos os países estudados tendente a outorgar ao Ministério Público a investigação criminal, seja de forma incipiente (como na Espanha e Argentina) ou avançada (como em Portugal e Itália):

Atualmente, existe uma tendência de outorgar ao Ministério Público a direção da investigação preliminar, de modo que o *promotor investigador* poderá obrar pessoalmente e/ou por meio da Polícia Judiciária (necessariamente subordinada a ele). (...) A instrução preliminar a cargo do MP tem sido adotada nos países europeus como um substituto ao modelo de instrução judicial anteriormente analisado (juizado de instrução). Neste sentido, a reforma alemã de 1974 suprimiu a figura do Juiz instrutor para dar lugar ao promotor investigador. A partir de então, outros países, com maior ou menor intensidade, foram realizando modificações legislativas nessa mesma direção, como sucedeu, *v.g.*, na Itália (1988) e em Portugal (1995). (...) Na Espanha, a Lei Orgânica (LO) 7/88 que instituiu o procedimento abreviado deu os primeiros passos nessa direção, ao outorgar ao fiscal maiores poderes na instrução preliminar.¹⁷⁹

Podemos concluir, portanto, que há uma tendência mundial em outorgar ao Ministério Público o poder de investigação das infrações penais, bem como em situar a Polícia Judiciária como instituição subordinada ao Parquet, com a conseqüente extinção gradativa do sistema inquisitório e da figura do Juiz Instrutor.

¹⁷⁷ *Op. Cit.* pp. 80-81.

¹⁷⁸ *Idem.* p. 82.

¹⁷⁹ *Op. Cit.*, p. 85.

6. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL REALIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

A doutrina que se posiciona contra a atribuição do Ministério Público em realizar diretamente as investigações criminais utiliza-se de argumentos históricos acerca da matéria, bem como da suposta ausência de fundamentação legal e exclusividade da Polícia Judiciária em realizar esta tarefa.

Desta forma, num primeiro momento trabalharemos o argumento histórico, para em seguida debruçarmos sobre as demais alegações doutrinárias, tais como, exclusividade da policial, revogação do parágrafo único, do art. 4^o do Código de Processo Penal, quebra da imparcialidade, poder de requisitar diligências investigatórias e falta de previsão constitucional.

Abordaremos, portanto, estas teses, eis que acreditamos serem os principais argumentos trazidos tanto pela doutrina favorável quanto pela doutrina que se posiciona contra a investigação criminal pelo Ministério Público.

Caso outras indagações sejam levantadas, esperamos sejam as respostas encontradas no bojo deste trabalho, seja expressa ou implicitamente. Sem mais delongas, passemos à análise do relevante tema.

6.1 Legitimidade histórica de a Polícia Judiciária investigar: a fragilidade do argumento histórico em face do novo contexto vigente

Um dos argumentos utilizados a fim de afastar a legitimidade do Ministério Público realizar investigações no âmbito criminal reside no processo histórico.

VIEIRA¹⁸⁰, bem como STRECK e FELDENS¹⁸¹ trazem, nesse sentido, a decisão no RHC 81.326-DF, em que o Ministro Relator Nelson Jobim, em várias passagens de seu voto, comenta:

¹⁸⁰ VIEIRA, Luís Guilherme. **O Ministério Público e a investigação criminal**. In, Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 12, n. 46, jan-fev-2004. São Paulo: RT, 2004. p. 309. Segundo este autor, o constituinte de 1988 “optou, apesar de opiniões em contrário, por manter o sistema vigente, que dá, à Autoridade Policial, atribuição exclusiva para presidir inquéritos criminais, salvo raríssimas exceções legais”. Também comunga do mesmo pensamento TUCCI, (*op. Cit.* p. 64). Para este autor, “A legitimidade histórica para condução do inquérito policial e realização das diligências investigatórias, e de atribuição exclusiva da polícia.”

¹⁸¹ STRECK e FELDENS (*Op. Cit.* p. 63), divergem da opinião do Ministro relator Nelson Jobim. Salientam os autores que “qualquer método de interpretação (no caso, o histórico) podem tornar-se frágil se confrontado a outros métodos.” ressaltando ainda que os métodos dogmáticos de interpretação sucumbem “em face daquilo que hoje denominados de nova hermenêutica, a partir da

A legitimidade histórica para condução do inquérito policial e realização das diligências investigativas, é de atribuição exclusiva da Polícia. (...) Na assembléia Nacional Constituinte (1988), quando tratou de questão do Controle Externo da Polícia Civil, o processo de instrução presidido pelo Ministério Público voltou a ser debatido. Ao final, manteve-se a tradição¹⁸².

Sustenta, então, VIEIRA, utilizando-se da interpretação histórica¹⁸³, que a interpretação conferida à Constituição, no sentido de autorizar a investigação criminal pelo Ministério Público, é equivocada.¹⁸⁴

Criticando o método histórico e teleológico de interpretação, MARQUES sustenta que a lei não está presa à vontade do legislador, e que a interpretação histórica deve, acima de tudo, adaptar-se ao momento atual e aos anseios da sociedade contemporânea, revelando-se numa verdadeira interpretação histórico-evolutiva.¹⁸⁵

Deve-se buscar o contexto em que está inserida uma determinada lei. E este contexto-normativo atual é o do Estado Democrático de Direito.

Concordamos com MARQUES quando este fala que “cada lei carrega consigo uma imagem do tempo em que foi escrita: as preocupações, o pensamento dominante, os conceitos e preceitos daquele tempo, o contexto social que motivou e inspirou.”¹⁸⁶

Todavia, não podemos admitir que o Ministério Público, diante da sua grande importância estabelecida pela Constituição de 1988 – preocupado com a efetivação dos direitos e garantias trans-individuais¹⁸⁷ -, sendo *dominus litis* da ação penal pública, destinatário final das provas colhidas durante a fase pré-processual, fique impossibilitado de proceder suas próprias investigações, tudo para que a

revolução paradigmática provocada por autores como HANS-GEORG GADAMER e toda a tradição lingüística que proporcionou a invasão da filosofia pela linguagem.”

¹⁸² RHC 81.326-DF. Vide anexo.

¹⁸³ MARQUES, Alberto. **Roteiro de Hermenêutica**. Curitiba; Juruá, 2003. p. 67. Nos ensina este autor que a *mens legislatoris* busca a vontade do legislador, e, ao interpretar uma norma, busca-se identificar que vontade era aquela. Paralelamente, tem-se a *voluntas legis*, a qual, segundo o mesmo autor, vê uma vontade da lei independente da vontade do seu criador.”

¹⁸⁴ **O Ministério Público...** *Ob. Cit.* p. 316.

¹⁸⁵ MARQUES, Alberto. (*Op. Cit.* p. 62.) discorreu: “pode-se também objetar que, se a vontade do legislador fosse o fator predominante, ficariam as gerações futuras presas a soluções que eram adequadas no passado, mas restaram superadas nos dias de hoje.” MARQUES, Alberto (*Op cit.* p. 67) “A vontade da lei é identificada (...) de acordo com o sistema de que o texto faz parte, com a idéia que transparece do conjunto, do microsistema em que o fragmento está inserido. Mas é uma ‘vontade atualizável’, para que a lei não fique ancorada em seu tempo”.

¹⁸⁶ *Idem*, p. 61.

¹⁸⁷ O crime transfigurou-se, ou seja, acompanhou as mudanças político-econômicas; globalizou-se. Faz-se necessário, portanto, um Ministério Público forte, bem estruturado e independente, a fim de não apenas direitos de primeira geração sejam protegidos, mas sobretudo os de interesse coletivo, os denominados crimes de segunda e terceira geração.

tradição não seja tocada, deixando a cargo exclusivo da Polícia o recolhimento das provas que vão embasar a sua denúncia, tornando, em essência, a Polícia em verdadeiro dono da lide¹⁸⁸.

Sobre a fragilidade da interpretação histórica, principalmente no que tange à legitimidade do Ministério Público realizar diretamente investigações criminais, os autores STRECK e FELDENS assim enfatizaram:

Dito de outro modo, os argumentos históricos, conformadores de uma eventual ´voluntais legislatoris´ negativa, não podem impedir, hermeneuticamente, a possibilidade de que se atribua sentido diferente aos dispositivos constitucionais e à legislação complementar, que assinala, de forma clara, a possibilidade de o Ministério Público realizar tais atos investigatórios(...)¹⁸⁹

Também contribui CLÈVE, ao dispor sobre a supremacia da interpretação sistêmica atual em face dos métodos clássicos de interpretação:

As normas constitucionais que disciplinam as funções do Ministério Público e também de outros órgãos e instituições estatais formam um sistema, significando isso que sua correta compreensão envolve esforço maior do que o consistente na singela leitura (interpretação simples e literal) das disposições constitucionais pertinentes. O sistema em questão abriga disposições que orientam a evolução dinâmica de sentidos decorrente das mudanças operadas no plano da faticidade. O correto entendimento da matéria, portanto, envolve operação hermenêutica capaz de testar e, mais do que isso, superar o aprisionamento do território da pré-compreensão.¹⁹⁰

Desta forma, não se pode mais conceber uma pretensa legitimação exclusiva da Polícia Judiciária em realizar investigações envolvendo infrações penais, fundada na legitimidade histórica, eis que “o historicismo esbarra nos

¹⁸⁸ Essa é a posição de GUIMARÃES (*Op. Cit.*, pp. 66 e 88) “Como a investigação criminal, de regra, se inicia junto à Polícia, acaba sendo esta que decide se realmente investigará, ou não, determinado caso, ao passo que o Ministério Público e o Judiciário somente tomarão conhecimento do fato criminoso, se a Polícia assim o entender. Ou seja, na atual estrutura de Justiça Criminal Brasileira, tanto o Ministério Público, quanto o Judiciário, acabam trabalhando somente naquilo que interessa à Polícia.” (...) “Portanto, pretende-se que o Ministério Público reste reduzido, como já disse Caetano AMICO, a mero ´repetidor das acusações que um delegado de Polícia achou por bem em datilografar. Ora, tal situação, a toda evidência, em inúmeras ocasiões, fere a possibilidade de se levar a cabo a ação penal, inviabilizando a parte autora de provar o que disse a respeito do crime.”

¹⁸⁹ STRECK e FELDENS. (*Op. Cit.* p. 72). Sobre esse assunto os mesmo autores ainda discorrem (*Op. Cit.* p.71) “... não é possível concluir que, pelo fato de que, desde o Projeto RÃO (1936) até o período posterior ao processo constituinte (1999), os projetos que apontavam para a possibilidade de o Ministério Público dirigir investigações criminais haverem sido rejeitados (juizados de instrução), tenha sido afastada a legitimidade da Instituição para ´realizar diligências investigatórias”.

¹⁹⁰ *Op. Cit.* p. 20

câmbios de paradigma; no caso do Direito, esse câmbio é evidenciado pelo advento de uma nova Constituição.”¹⁹¹

Outrossim, a atuação do Ministério Público na atual sociedade não pode ser restringido com propósitos políticos, haja vista que “na medida em que se tenta fazê-lo, o que se consegue é enfraquecer a própria sociedade e desestabilizar o Estado construído constitucional e democraticamente às custas de lutas e conquistas sociais e, até mesmo, durante o regime militar, de muitas vidas que se foram em nome da liberdade nacional”¹⁹²

Outro não é o entendimento de CLÈVE:

A efetividade da Constituição não pode ficar a mercê de contingentes interesses políticos, nem sempre concertados com os interesses sociais que legitimam os respectivos mandatos. Daí porque, projetos de lei e mesmo projetos de emenda constitucional (que buscam atribuir expressamente o poder investigatório criminal ao Ministério Público) eventualmente não aprovados não constituem diretriz hermenêutica seria para justificar determinada interpretação do texto ou para fechar questão sobre assunto que assume importância vital para a sociedade. Inclusive porque, em muitos casos, antes de ostentarem natureza verdadeiramente constitutiva, apresentam finalidade meramente explicatória de uma condição disputada, mas, todavia, perfeitamente extraível do texto constitucional.¹⁹³

Entendemos que diante do novo paradigma político-normativo vigente em nossa sociedade atual, principalmente pós Constituição Federal de 1988¹⁹⁴, a Instituição que detém o monopólio da ação penal pública incondicionada ganha novos contornos e atribuições (reflexos do desejo da sociedade), dentre as quais realizar procedimentos investigatórios penais, e não pode ficar inerte, mesmo que incomode determinadas autoridades e a visão corporativista de alguns grupos.

6.2 Da não exclusividade da Polícia Judiciária investigar infrações penais

Refutado o primeiro argumento, passemos agora ao estudo da alegação de que a Polícia judiciária possui exclusividade na investigação criminal.

¹⁹¹ STRECK e FELDENS, *Op. Cit.*, p. 70.

¹⁹² RANGEL, *Op. Cit.* p. 05.

¹⁹³ CLÈVE, *Op. Cit.*, p. 22.

¹⁹⁴ Vigora atualmente um novo paradigma político-normativo, em que o Estado passa de Liberal à Social, e deste último para um Estado que possui um ‘plus’ – eis que respeita a democracia e os direitos e garantias dos cidadãos – agregando-se, nesse novo estágio, a função de transformador social. Mudanças paradigmáticas essas que afetam o direito e todas as Instituições Jurídicas, dentre as quais o Judiciário e o Ministério Público.

As diferentes estruturas policiais e seus respectivos papéis vêm disciplinados pelo art. 144 da Constituição Federal, no capítulo pertinente à Segurança Pública.

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - Polícia federal;

II - Polícia rodoviária federal;

III - Polícia ferroviária federal;

IV - Polícias civis;

V - Polícias militares e corpos de bombeiros militares.

§ 1º A Polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: (...)

IV - exercer, com exclusividade, as funções de Polícia judiciária da União. (...)

§ 4º - 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.(...)

Agarrando-se a esse dispositivo Constitucional, os autores que defendem o monopólio da Polícia Civil para proceder investigação e apurar infrações penais concluem que da mesma forma que foi atribuída à Polícia Federal, com exclusividade, as funções de Polícia Judiciária da União, cabe à Polícia Civil dos Estados, também com exclusividade, a apuração de infrações penais (ressalvada as de competência da União).

Ao encontro desse argumento encontramos SILVA¹⁹⁵, NUCCI¹⁹⁶, VIEIRA¹⁹⁷ AZKOUL¹⁹⁸ e TUCCI¹⁹⁹.

¹⁹⁵ SILVA, José Afonso da. **O Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal?** In Revista Brasileira de Ciência Criminal. n° 49. São Paulo: RT, 2004 p. 383 “A apuração das infrações penais é uma das atribuições exclusivas da Polícia Civil, que se encontra expressamente prevista no art. 144, § 4º, da CF. não há como legitimamente passar essa atribuição para o Ministério Público por meio de ato administrativo ou de qualquer medida legislativa infraconstitucional, sem grave afronta a normas e princípios constitucionais”.

¹⁹⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **A investigação criminal e a atuação do Ministério Público.** In Primeira Seção. Revista dos Tribunais, ano 93, vol. 827, set/04. São Paulo: RT, 2004. p.492. “E no tocante à Polícia Civil dos Estados, assegurou o Texto Constitucional, ‘ressalvada a competência da União’ as funções de Polícia Judiciária e a apuração de infrações penais (art. 144, § 4º). Assim, na esteira do disciplinado no referido art. 144, §1º., IV, é evidente que se trata de atividade igualmente exclusiva a função de investigação da Polícia Civil, isto é, Polícia Judiciária.”

¹⁹⁷ VIEIRA, Luís Guilherme, (*Op. Cit.* p. 343). “A Constituição (art. 144, §1º, IV) é expressa quanto às atribuições exclusivas da Polícia judiciária em presidir inquéritos policiais.”

¹⁹⁸ *Apud*, BASTOS, (*Op. Cit.* p. 151) “É importante salientar que pelo art. 144 da Constituição Federal a apuração das infrações penais e o exercício da Polícia Judiciária são exclusivos da Polícia Civil (com exceções das infrações penais militares) e da Polícia Federal(...)”.

¹⁹⁹ TUCCI, (*Op. Cit.* pp. 38-39), que ao defender a exclusividade da Polícia judiciária em realizar investigações criminais, comenta: “...a cada um desses importantes órgãos estatais, e conferida diversificada (e bem distinta uma da outra) atribuição: a Autoridade Policial, integrante da Polícia Judiciária, incumbe *investigar*, perquirindo, mediante atividade substancialmente inquisitória, os elementos hábeis a comprovação da pratica de infração penal, e respectiva autoria; e ao membro

Entretanto, no que pese os argumentos trazidos pelos autores acima mencionados, cremos que esta posição não deve prosperar. O art. 144 elenca em seus incisos I, II, III, IV e V quais órgãos serão responsáveis pela manutenção da Segurança Pública (sem, contudo, esgotar os legitimados, eis que o Ministério Público, por exemplo, também o é), dividindo e especificando os deveres de cada Polícia, a fim de que, dentre elas, uma não interfira na esfera de atuação da outra. Trata-se, na verdade, de divisão de papéis entre as diferentes Polícias.

Desta forma, a Polícia rodoviária federal, a ferroviária federal, a civil, a militar e o corpo de bombeiros militares não poderão exercer a função de Polícia judiciária da União, porque esta atividade é exclusiva, frisa-se, dentre as Polícias, da Polícia federal. Da mesma forma as outras Polícias não estão legitimadas, senão a Polícia civil, para exercer a função de Polícia judiciária e apuração de infrações penais, (ressalvada a competência da União e infrações militares, quando, neste último caso, será de competência da Polícia militar). E assim por diante, eis que quando envolver o patrulhamento ostensivo das ferrovias federais cabe à Polícia ferroviária federal esta tarefa – o que é óbvio, pela própria denominação – (art. 144, § 3º, da CF), e não à Polícia rodoviária federal, por exemplo.

Segundo BASTOS, os doutrinadores que defendem a idéia de que a Constituição atribuiu às Polícias Judiciárias a exclusividade das investigações criminais, fazem uma “leitura do dispositivo constitucional sem muito rigor científico e ao arrepio da melhor hermenêutica”,²⁰⁰ sendo necessária uma interpretação sistêmica do dispositivo legal.

Ao discorrer sobre o tema, GUIMARÃES observou que “é justamente esta interpretação sistemática que deve ser aplicada no presente caso, onde as normas constitucionais não podem ser analisadas isoladamente, como se as demais fossem estranhas ao ordenamento jurídico.”²⁰¹

No que diz respeito à falta de exclusividade de Polícia em realizar procedimentos investigatórios, STRECK e FELDENS escreveram:

Logicamente, ao referir-se à ‘exclusividade’ da Polícia Federal para exercer funções ‘de Polícia judiciária da União’, o que fez a Constituição foi, tão-somente, delimitar as atribuições entre as diversas Polícias (federal, rodoviária, ferroviária, civil e militar), razão

do Ministério Público, devidamente deles inteirado, e formada a *opinio delicti*, promover a *acusação*, instrumentalizada numa peça processual denominada, legal e tecnicamente, *denúncia*.”

²⁰⁰ *Op. Cit.*, p. 150.

²⁰¹ *Op. Cit.* p. 106.

pela qual reservou, para cada uma delas, um parágrafo dentro do mesmo art 144. Daí porque, se alguma conclusão de caráter exclusivista pode-se retirar do dispositivo constitucional seria a de que não cabe à Polícia Civil ‘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’ (art. 144, § 1º, I), pois que, no espectro da ‘Polícia judiciária’, tal atribuição está reservada à Polícia federal.²⁰²

Tem-se, portanto, que não há nenhum monopólio da Polícia judiciária em apurar infrações penais, eis que o art. 144 da Constituição Federal procurou apenas demarcar a esfera de atuação de cada Polícia, a fim de que uma não interfira na atribuição que foi conferida a outra entidade policial.

6.3 Da não revogação do parágrafo único, do art. 4º do Código de Processo Penal

Outro ponto que nos leva a concluir que não há exclusividade da Polícia judiciária na tarefa investigatória penal, diz respeito à legitimação conferida pelo parágrafo único, do art. 4º⁽²⁰³⁾, do Código de Processo Penal, não obstante muitas discussões surjam a respeito desse dispositivo.

²⁰² *Op. Cit* p. 92-93. No mesmo diapasão TOURINHO FILHO, (**Processo Penal... Op. Cit.** p. 197-198). “Há entendimento no sentido de que o art. 144, §4º, da Constituição Federal não mais permite seja o inquérito, nas infrações penais comuns, presidido por outra autoridade que não a polícia. (...) O preceito constitucional quis, tão-somente, dizer o que compete à Polícia Civil. O que o preceito constitucional quis, também, foi excluir aqueles delegados que não eram de carreira, muito comum nos Estados do Norte e Nordeste. Cabos e Sargentos da Polícia Militar normalmente exerciam as funções de Delegado de Polícia (e continuam...).A função de investigar o fato típico não mais poderá ser por eles exercida. Se,por acaso, a Constituição de República dissesse que tal competência passaria a ser ‘privativa’ da Polícia, o entendimento seria outro.” Posições doutrinárias neste sentido não se encerram, veja ainda BASTOS (*Op. Cit.* p. 157): “(...) considerando o art. 144 em seu todo, atento em especial a seus §§ 1º, inciso IV, e 4º,tem-se, com clareza mediana, que o dispositivo constitucional tão-somente repartiu atribuições investigatórias entre as Polícias, excluindo da Polícia Civil a atribuição para investigar os crimes de competência da Justiça Federal, por reservar-lhe à investigação da Polícia Federal. Nenhum reflexo tal dispositivo acarreta quando à legitimidade investigatória do Ministério Público, quer Federal, quer Estadual, posto que esta decorre dos dispositivos que a atual Constituição dedica à sua organização, mais precisamente o art. 129 (...)”. MEDEIROS, Flávio Meirelles (*Apud*, GUIMARÃES, *Op. Cit.* p.113) comunga a mesma opinião. “...Afaste-se, como já o fizemos em outra passagem, a interpretação do termo exclusividade do art. 144, parágrafo primeiro, inciso 4º, da CF, como expressão de inviabilidade de outras autoridades de exercer a função de Polícia judiciária. A exclusividade ali colocada tem por fim apenas arredar as Polícias estaduais do exercício da função de Polícia judiciária da União”.CLÈVE (*Op. Cit.* p. 29) “Não e outra a conclusão decorrente da interpretação do dispositivo constitucional senão a de que a exclusividade conferida a polícia federal se da apenas em relação a outros órgãos policiais, e não em prejuízo dos demais mecanismos de apuração de infrações penais. Frise-se que não se pretende aqui restringir a interpretação constitucional a técnica gramatical, olvidando os métodos mais festejados de otimização dos preceitos superiores. Assim, nem mesmo a regra da exclusividade da polícia federal deve ser entendida de forma absoluta.”²⁰² E, GONÇALVES (*Op. Cit.* p. 166).

²⁰³ BRASIL.Código de Processo Penal. Art.4º: “A Polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das

Há autores, dentre eles (SILVA e MACHADO)²⁰⁴, que sustentam que o citado dispositivo teria sido revogado pelo art. 144 da Constituição Federal, e, que, portanto, o Ministério Público não poderia realizar investigação no campo criminal. Aduzem ainda, SILVA²⁰⁵ e NUCCI²⁰⁶, que, a partir de então, os órgãos legitimados estariam expressamente previstos na Constituição da República, no que SILVA chama de “exceção expressa”.

Questiona esse ponto de vista, GUIMARÃES²⁰⁷, para quem esta posição doutrinária fere os mais modernos e atuais procedimentos de interpretação:

Ora, se a Constituição de República autoriza a investigação pelas Casas do Congresso Nacional, com conseqüente encaminhamento do resultado para que o Ministério Público promova, se for o caso, a respectiva ação penal, é evidente que, quando tratou da possibilidade da Polícia Civil investigar, no art. 144, essa mesma Constituição não o fez de forma a excluir a atribuição concorrente das demais autoridades. Ao menos é o que se infere de sua leitura sistemática”.

Concordamos com GUIMARÃES, eis que a interpretação gramatical – interpretação isolada do texto – e aquela em que se busca “o espírito da lei” perdem terreno diante do contexto político-normativo em que estão inseridos a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e legislador pós-88. A visão dogmática cede espaço ao que se denominou chamar de “nova hermenêutica”²⁰⁸, a partir da qual a Constituição e demais leis infraconstitucionais devem ser analisadas

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.”

²⁰⁴ SILVA, (*Op. Cit.* p. 381), ao discorrer sobre o art. 4º, par. único, do CPP comenta: “A questão hoje consiste em saber se um tal lei se sustenta em face do art. 144, § § 1º e 4º, da Constituição. Será nitidamente inconstitucional, como qualquer lei ordinária ou complementar que atribua a função de Polícia Judiciária, vale dizer, de investigação na esfera penal, a qualquer outra autoridade, órgão ou instituição”. A posição de Luiz Alberto Machado foi sintetizada por GUIMARÃES (*Op. Cit.* p. 102) que escreveu “as entidades classistas policiais utilizam argumentos trazidos, principalmente, por Luiz Alberto Machado, que (...) manifestou-se aduzindo, em resumo, que a Polícia Civil deteria o monopólio da investigação na medida em que o art.144, da Constituição da República teria revogado o parágrafo único do art. 4º, do Código de Processo Penal Brasileiro; e em decorrência disso, o Ministério Público não poderia produzir provas e que, se assim agir, tudo o que for por ele colhido não se prestará à instrução criminal, sendo eivado de inconstitucionalidade e, conseqüentemente, nulidade.”.

²⁰⁵ SILVA, (*Op. Cit.* p. 380) “...as exceções estão expressas na própria Constituição e nenhuma delas contempla o Ministério Público”.

²⁰⁶ NUCCI, (*Op. Cit.* p. 492) ao discorrer sobre outras formas de investigações diz que todos os procedimentos, “que possam servir à apuração de infrações de toda ordem, abrangendo as penais”, estão previstos em lei. E que “Não há procedimento específico, previsto em lei, disciplinando a atividade investigatória criminal exclusiva do Ministério Público”.

²⁰⁷ *Op. Cit.* pp. 104 –105.

²⁰⁸ Cf. analisado no 4º capítulo.

sistematicamente (processo sistemático), como um todo, buscando-se a harmonia do ordenamento, bem como a efetivação da vontade social hodierna.

Outrossim, não podemos concordar com a tese de que a Constituição Federal prevê em seus artigos todos os legitimados a promover investigações, haja vista que, não obstante encontremos alguns legitimados no próprio texto constitucional (a exemplo do art. 58, § 3º, da CF que atribui poder investigatório das comissões parlamentares de inquérito, bem como o art. 144 da mesma Carta que confere à Polícia militar investigar infrações penais militares) a Norma Maior não contempla em seus dispositivos todos os legitimados.

Sobre o parágrafo único do art. 4º do CPP, TOURINHO FILHO escreveu:

Observa-se, desse modo, que o dispositivo invocado deixa entrever a existência de inquéritos extrapoliciais, isto é, elaborados por autoridade outras que não as policiais, inquéritos esses que têm a mesma finalidade dos inquéritos policiais. (...) Assim, nos crimes contra a saúde pública, em determinadas infrações ocorridas nas áreas alfandegárias, têm as autoridades administrativas poderes para elaborar inquéritos que possam servir de alicerce à denúncia. Veja-se, ainda, a alínea 'b' do art. 33 da Lei n. 4.771 de 1965, sobre infração ambiental (...); os arts. 143 a 173 da Lei n. 8.112/90 (Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, das Autarquias e das Fundações Públicas federais); os arts. 30 a 51 da Lei n. 8.884/94, sobre o procedimento administrativo para a apuração de infrações contra a ordem econômica; (...) os inquéritos para apurar atos de improbidade administrativa (arts. 7º e 14-16 da Lei n. 8.429/92)²⁰⁹

Desta forma, inferimos que não só o parágrafo único, do art. 4º, do Código de Processo Penal não foi revogado pela Constituição Federal, bem como que outras autoridades administrativas podem atuar na apuração de infrações penais, muito embora não estejam expressamente contempladas na Constituição da República.²¹⁰

Outrossim, ressalta-se que além das investigações existentes no âmbito do poder Executivo, no Legislativo (as famosas CPI's), e no campo do poder Judiciário (a exemplo da apuração de infração penal cometida por membro do Ministério Público da União, a qual será investigada por outro membro do Ministério Público designado pelo Procurador-Geral da República – alínea 'f', do inciso II, do art. 18, da

²⁰⁹ **Manual de Processo Penal...Op. Cit.**, pp. 65-66.

²¹⁰ No que diz respeito a outros procedimentos investigatórios também discorreu CLÈVE (*Op. Cit.* pp. 24-25): "Além dos inquéritos policiais, diligências investigatórias podem ser realizadas no contexto de diversos outros procedimentos promovidos por órgãos do executivo, Legislativo ou Judiciário. E o caso do procedimento fiscal da Receita Federal para investigação do delito de sonegação fiscal (Lei 8137/90. Art. 1º), das diligências do COAF na apuração de "lavagem" de dinheiro (Lei 9613/98. art. 14º), do inquérito judicial, das diligências das Comissões Parlamentares de Inquérito, da investigação de prática de crime por magistrados realizado pelo próprio Poder Judiciário.

LC 75/93), o ordenamento jurídico brasileiro permite que qualquer pessoa ofereça ao membro do Ministério Público, por escrito, informações sobre o fato e autoria, para que este, se for o caso, ofereça a denúncia.^{211 212}

Ademais, trata-se o inquérito policial de peça informativa que, não obstante tenha por finalidade servir de base para que o titular da ação penal pública ofereça sua denúncia, pode ser dispensado pelo Ministério Público se, com a representação, forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal (conforme inteligência do art. 39, § 5º, do Código de Processo Penal). A falta de inquérito policial não é um obstáculo, portanto, para a propositura da ação penal.²¹³

O inquérito policial é uma, mas não a única, espécie do gênero investigação, eis que outras espécies de investigações são admitidas pelo ordenamento nacional (por exemplo, as CPI's, conforme analisamos).

Este é o entendimento de RANGEL:

“As peças de informações formam o gênero do qual o inquérito policial é espécie. Aquela é toda e qualquer informação que possui o Ministério Público acerca de um fato delituoso. Tal informação pode chegar ao seu conhecimento através de uma simples ‘notitia criminis’ (cf. art. 27 do CPP), da ‘representação’ feita pelo ofendido nos crimes em que a ação penal seja pública condicionada a sua manifestação de vontade (§ 5º, do art. 39 do CPP), ou, ainda, pela providência do art 40 do CPP.”²¹⁴

Também BASTOS, para quem:

O ordenamento jurídico brasileiro contempla diversos outros procedimentos investigatórios que, ainda que não destinados precipuamente à apuração das infrações penais, podem acabar reunindo indícios de sua existência, perfeitamente aptos a servirem de base ao oferecimento de denúncia ou queixa, nos moldes do já mencionado art. 12 do Código de Processo Penal.²¹⁵

A indagação que se faz, então, é: Se até os órgãos que não ostentam finalidade dirigida à persecução penal estão legitimados a realizar diligências

²¹¹ “Art. 27 do Código de Processo Penal: “Qualquer pessoa do povo poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, nos casos em que caiba a ação pública, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e a autoria e indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção.”

²¹² TOURINHO FILHO, (**Processo Penal**. *Op. Cit.* p. 202) comenta “diga-se o mesmo em relação aos crimes de alçada privada. Se o ofendido ou o seu representante legal tiver em mão os elementos necessários à propositura da ação, poderá inicia-la, sem necessidade de recorrer à Polícia para a feita de inquérito. (...) O que não se compreende, na sistemática processual penal brasileira, é a propositura da ação penal sem o indispensável suporte fático.”

²¹³ TOURINHO FILHO, (**Processo Penal**. *Op. Cit.* p. 203): “Assim, a falta de inquérito policial não impede a propositura da ação penal.”

²¹⁴ RANGEL, *Op. Cit.*, p. 178.

²¹⁵ BASTOS, *Op. Cit.* p. 122

investigatórias, por que então o Ministério Público não estaria (legitimado) no campo criminal, área em que é o titular da ação penal pública incondicionada? A resposta, para alguns, está na quebra da imparcialidade. Tema que abordaremos no próximo tópico.

6.4 Da quebra da imparcialidade: sua insustentabilidade

Autores como Nélio Roberto Seidl Machado, citado por RANGEL²¹⁶, NUCCI²¹⁷, e VIEIRA²¹⁸, aduzem que o órgão acusador, ao desenvolver investigações criminais que servirão de fundamento para a denúncia, incorreria no sério risco de ver a sua imparcialidade afastada.

Crêem ainda, estes autores, que o Ministério Público, na busca desenfreada de provas contra o indiciado, acabaria por romper com o princípio da paridade das armas.²¹⁹

Data vênia as posições desses doutrinadores, entendemos que as mesmas não merecem guarida.

O Estado, ao exercer o seu *jus punendi*, não está autorizado a aplicar imediatamente a execução da pena ao suposto agente do fato delituoso, eis que, ao lado de sua pretensão punitiva, encontramos o *jus libertatis* do acusado e a garantia Constitucional do devido processo legal.

O Ministério Público, desta forma, enquanto órgão destinado à proteção da ordem jurídica e dos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, atua, paralelamente à função de órgão acusador, como órgão fiscalizador do devido processo legal (eis que sem este não há a efetivação dos direitos e garantias fundamentais).

Assim sendo, observa-se que o membro do Ministério Público, além da parcialidade formal (enquanto *legitimatío ad causam*) para propor a tese acusatória

²¹⁶ *Apud* RANGEL. (*Op. Cit.* pp. 181 e 219) Discorre MACHADO que o Ministério Público, ao realizar investigações no campo criminal a fim de embasar a sua denúncia, está comprometendo a “sua isenção, até mesmo na perspectiva de fiscal da lei, porque estaria como que avaliar, sua própria conduta, com envolvimento psicológico pleno e indisfarçável prejudicando suas atribuições, notadamente as assentadas o art. 129 da Constituição Federal.”

²¹⁷ *Op Cit.* p. 494 Para o autor citado, “Dirigir a investigação e a instrução preparatória, no sistema vigorante, pode comprometer a imparcialidade. Desponta o risco da procura orientada de prova, para alicerçar certo propósito, antes estabelecido; com abandono, até, do que interessa ao envolvido, imparcialidade viciada desatende à Justiça.”

²¹⁸ VIEIRA, Luís Guilherme. *Op. Cit.*, p. 314.

²¹⁹ NUCCI. *Op. Cit.*, p. 495.

contra o acusado, atua, acima de tudo, com imparcialidade (MAZZILLI²²⁰ fala em imparcialidade moral, entendida como objetividade, serenidade, fiscalização da lei), e lealdade²²¹, eis que busca a efetivação dos direitos e garantias do acusado, podendo, para tanto, pedir a absolvição do mesmo quando não se convencer da sua autoria e materialidade.

RANGEL na mesma linha afirma que, “ser parte não significa deixar de ser fiscal da lei e vice-versa. Não há mais espaço, no ordenamento jurídico constitucional vigente, para o Promotor, única e exclusivamente, de acusação, que somente se satisfaz com a condenação do réu, sem se preocupar, primordialmente, com a efetividade da justiça e o primado da Constituição.”²²²

O Promotor de Justiça possui a sua independência funcional, mas isto não quer dizer que pode atuar ao seu bel prazer, eis que o seu livre pensamento e forma de expressão devem estar estritamente ligados a sua função Constitucional (defesa da ordem jurídica, do Regime Democrático de Direito e dos interesses sociais e individuais indisponíveis).

No que diz respeito à maneira que deve proceder o membro do “Parquet”, bem apontou o professor KUHLMANN²²³ em sua dissertação de mestrado:

Contudo, o promotor e o procurador independentes, singularmente subordinados a lei e a consciência, agem não pela sua consciência pessoal, sim por uma consciência profissional, exigente de constante respeito e despojamento de qualquer intolerância com o outro, porque

²²⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A natureza das funções do Ministério Público e sua posição no devido processo penal**. Revista dos Tribunais, ano 91, vol. 805- nov/02. São Paulo: RT, 2002. p.468.

²²¹ , LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto. **O papel do Ministério Público dentro do processo penal, à vista dos princípios constitucionais do processo penal**. Uma visão fundada no direito processual penal português. Revista dos Tribunais. Ano 93. vol. 819. janeiro de 2004. São Paulo: RT, 2004. pp. 339-340) discorre que “O conteúdo do princípio da lealdade é moral e, por isso, não comporta uma única referência legal. Tem o escopo de exigir reciprocidade no tratamento leal que um sujeito processual deve dispensar ao outro e incide na prática de todos os atos processuais”, aduzindo ainda que “mais uma vez reconhecemos no espírito leal que informa a atuação objetiva do Ministério Público a mesma intencionalidade de imparcialidade e independência do Juiz. sem este compromisso, fruto de uma consciência ética madura, o Ministério Público rompe com o esperado processo equitativo e, por conseguinte, inviabiliza a consecução de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.”

²²² RANGEL, (*Op. Cit.* 221-222). Ademais, para NASSIF (*Op.Cit.* pp. 33-34) “A distinção com o agir tradicional da instituição oficial acusadora emerge, certamente, da carga sócio-filosófica que transporta para o conteúdo de sua manifestação opinativa, transcendendo a visão despojada e, assim, mais pobre, dos que se limitam ao reclame condenatório implacável, com base nos lindes das imagens que fazem do fato apenas conduta típica, quando deveria ser o fato como conduta humana, justificável ou não, à luz da norma tipificadora, depois de precisa avaliação não só de seu conteúdo jurídico, mas com a contribuição de outros elementos tão imprescindíveis quanto este.”

²²³ KUHLMANN, Sylvio Roberto Degasper. **Os atos do Ministério Público no devido processo penal**. Curitiba, 2003. Dissertação (Mestrado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. p.84.

nutrida pela ética de dignificação da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição de Republica). Essa independência, constitucionalmente valorada, também não se submete ao cumprimento inseqüente da lei, sem esquadrinhar a sua contribuição para a implementação dos direitos sociais e individuais indisponíveis, ou seja, dos direitos fundamentais.

Desta forma, quando o Ministério Público investiga, ele não quer achar a qualquer custo um culpado, mas sim descobrir o verdadeiro autor do crime, a fim de que este responda (humanamente) pelos seus atos, garantindo ao investigado que as regras esculpidas na Constituição e sua dignidade serão observadas.²²⁴

Ademais, entendemos que outra não é a inteligência da Súmula 234 do Superior Tribunal de Justiça, ao estabelecer que “A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento de denúncia”.

Ante o exposto, afastamo-nos da visão de autores que entendem que a investigação realizada pelo Ministério Público no campo penal viciaria a imparcialidade do Promotor, eis que este atua não só como parte formal (*legitimatío ad causam*), mas também como *custus legis*, em prol dos direitos e garantias de todo e qualquer cidadão.

6.5 Da requisição de diligências

Outra objeção feita a fim de afastar o Ministério Público dos procedimentos investigatórios criminais consiste na suposta tese defendida por alguns autores, dentre eles Juarez Tavez, de que a “(...) sua atribuição não passa do poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial. (...) Somente quando se cuidar de inquéritos civis é que a função do Ministério Público abrange também a instauração deles...”²²⁵

²²⁴ *Op. Cit.* pp. 123-124. Concordamos com RANGEL, todavia não possamos deixar de mencionar que alguns membros do Ministério Público atuam como se protagonistas de um filme ‘*Hollywoodiano*’ fossem. Eventuais membros do Ministério Público que atuam dessa forma, cometendo abuso durante o exercício de suas funções, devem ser penalizados e, se o caso assim o exigir, até mesmo afastados da investigação. Somos adeptos da doutrina e jurisprudência que milita a favor da investigação criminal realizada pelo Promotor de Justiça. Contudo, esses procedimentos investigatórios não podem ser realizados de forma arbitrária, mas sim através de leis que regulamentem esta atribuição já outorgada ao Ministério Público (posição esta, aliás, defendida grande parte dos autores que escreveram sobre o tema, sejam eles a favor ou contra a investigação – Sobre o tema: vide capítulo 7).

²²⁵ *Apud* RANGEL, (*Op.Cit.* p. 223). Posição também sustentada por NUCCI (*Op. Cit.* p. 493), SILVA (*Op. Cit.* p. 385), e VIEIRA, Luís Guilherme (*Op. Cit.* p. 342).

Os autores chegam a esta conclusão partindo dos incisos III, VI e VIII, do art. 129 da Constituição federal, os quais têm a seguinte redação:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...)

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio Público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; (...)

VI – expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva; (...)

VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais; (...)

Creemos, contudo, que os citados autores fazem uma leitura parcial e superficial desse dispositivo constitucional, eis que, em primeiro lugar, o Ministério Público não quer chamar para si os inquéritos policiais. Estes são e continuarão a serem efetuados pela Polícia Judiciária. O fato de o inquérito policial ser de atribuição, e como a própria denominação já nos remete, da Polícia judicial, não exclui a atribuição conferida a outros órgãos (e dentre eles o Ministério Público), haja vista que o inquérito policial é espécie do gênero procedimentos investigatórios.²²⁶

Outro não é o entendimento de FREITAS, para quem “o insuficiente argumento de que a Carta Magna apenas permitiu ao Ministério Público requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial está centrado em análise cega e isolada da Constituição, focando-se apenas em um dos incisos do art. 129, sequer dando-se ao trabalho de estender um pouco mais a leitura.”²²⁷

Em segundo lugar, o fato de o Ministério Público ter a faculdade de requisitar diligências investigatórias e a instauração do inquérito policial não impede que o

²²⁶ Assim entende GUIMARÃES (*Op. Cit.* p. 115), que defende a legitimidade do Ministério Público em proceder procedimentos investigatórios na seara do crime. “A Autoridade Policial judiciária, como ressaltado no início, estaria incumbida de proceder exclusivamente ao chamado ‘inquérito policial’, mas, como visto, este não é o único, exclusivo ou necessário procedimento preliminar investigatório para sustentar uma ação penal em juízo”. Ainda encontramos em CLÈVE (*Op. Cit.* p. 25) o mesmo entendimento: “Afirmar que a Polícia judiciária incumbe presidir o inquérito policial nada acrescenta ao debate, já que o Ministério Público quando promove certas diligências investigatórias não o faz mediante instauração de inquérito policial. Não há que se falar, portanto, em usurpação de competência. Trata-se, antes, de cooperação entre instituições para a consecução de objetivo comum, qual seja, diminuir a impunidade na seara mais delicada do contexto jurídico, que é a criminal.”, derrubando, desta forma, a tese defendida por MAHON, Eduardo. **O Ministério Público de Robespierre: Uma repreensão jurídico-constitucional as pretensões investigativas do Ministério Público.** Disponível: <http://www.amdepol.com.br/noticias/>. (Acesso em 05 de maio de 2006). *Op. Cit.* p. 135. Segundo este autor, constitui “crime de usurpação de função pública, ao conduzir o Promotor de Justiça ou Procurador de Justiça, um inquérito penal, onde a atribuição pública pela presidência é da Autoridade Policial.”

²²⁷ FREITAS, André Guilherme Tavares de. **O Ministério Público e a presidência das investigações.** Revista do Ministério Público. n. 19. janeiro/junho 2004. Rio de Janeiro: 2004. p.35.

mesmo exerça outras funções que lhe forem conferidas por lei, se compatíveis com a sua finalidade, conforme demonstraremos no próximo item.

MAZZILLI, ao estudar os incisos II, VI e VIII do referido artigo constitucional, afirmou, com propriedade, que se a Constituição Federal tivesse conferido ao Ministério Público expedir notificações, requisitando informações e documentos para instruí-los apenas na área cível (por meio do inquérito civil), teria bastado apenas o inciso III (“promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”). Se assim não o fez, e permitiu, no inciso VI do mesmo artigo, ao Ministério Público “expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva”, é porque quis que estes procedimentos se estendessem também à área penal

No inc. VI do art. 129, cuida-se de procedimentos administrativos de atribuição do Ministério Público – e aqui também se incluem investigações destinadas à coleta direta de elementos de convicção para a ‘opinio delictis’: Se os procedimentos administrativos de que cuida este inciso fossem apenas em matéria cível, teria bastado o inquérito civil de que cuida o inc. III. Certo é, pois, que a própria Constituição lhe confere a promoção de inquérito civil, caso típico de procedimento administrativo da atribuição ministerial (inc. III do mesmo artigo). Mas o poder de requisitar informações e diligências não se exaure na esfera cível, atingindo também a área destinada a investigações criminais.²²⁸

Outrossim, pertinentes são as palavras de CLÈVE no que tange a importância da qualidade de uma investigação:

A atividade de investigação tem clara natureza preparatória para o juízo de pertinência da ação penal, de modo que, sendo o Ministério Público o titular da ação penal pública, por ele e providenciada a fim de formar sua convicção de acordo com os elementos colhidos. Sendo a investigação conduzida através de inquérito policial ou por outro meio, a finalidade e a mesma, porem, o deslinde não, já que a qualidade da investigação e determinante para a formação do juízo do titular da ação penal. (...) E nem se afirme que a atividade de controle externo da atividade policial seria suficiente para remediar a possibilidade. Necessário e acertadamente externo, o controle possui fronteiras. Pode implicar

²²⁸ **O Ministério Público na Constituição de 1988.** *Op. Cit.* p. 113. Também não se afasta desse entendimento RANGEL (*Op. Cit.* p. 184) ao dizer: “As referidas notificações poderão ser feitas tanto no âmbito civil quanto penal, pois, quando o legislador constituinte diz ‘nos procedimentos administrativos de sua competência’, deixa bem claro que são todos aqueles inerentes às suas funções, sejam elas cíveis ou penais”. E, BASTOS (*Op. Cit.* p. 168): “Dá-se o constituinte ao trabalho de conferir ao Ministério Público o poder de expedir notificações e requisitar informações e documentos nos procedimentos administrativos de sua competência, pelo que deixa em aberto a existência de procedimentos administrativo na esfera do ‘Parquet’. É claro, ‘data máxima venia’, que não se trata apenas do inquérito civil Público, que é contemplado, nominadamente, em outro inciso, e se fosse este aquele aventado no inciso em questão, necessidade alguma haveria de fazer referência a procedimentos administrativos no plural.”

possibilidade de emergência de censura a eventual desídia, mas nunca solução ao específico caso que, diante da dificuldade de encaminhamento do inquérito, produziu reduzida possibilidade de êxito na propositura da ação penal. Em semelhante hipótese, sequer a possibilidade de requisitar a instauração de inquérito ou de diligências investigatórias, no limite, pode se apresentar como solução para o impasse, eis que o órgão ministerial, titular da ação penal, sem poder interferir *diretamente* na ação policial, não dispõe de instrumentos, a não ser reflexos (controle externo), para garantir a *qualidade* das diligências providenciadas em virtude de requisição. A Autoridade Policial tem, com o inquérito policial, meios para auxiliar o *parquet* na promoção da ação penal, mas se, em virtude de hermenêutica menos elaborada, lhe for atribuída a exclusividade da investigação preliminar criminal, terá também, e certamente, um meio para limitar sua função, o que importa em risco (sendo, na *sociedade de risco*, ainda mais grave e incompreensível) para o Estado Democrático de Direito.²²⁹

Assim sendo, considerando que o inquérito policial não tem um fim em si mesmo, e tem o Ministério Público o destinatário final; que o inquérito policial trata-se de um procedimento administrativo meramente informativo, dispensável, portanto, se outras informações tiver o órgão acusador; que a Constituição Federal e leis infraconstitucionais não conferem à Polícia judiciária o monopólio da investigação criminal; que nas ações penais de iniciativa privada o ofendido pode, e deve, realizar as suas próprias investigações; que o Ministério Público tem o ônus de provar os fatos narrados em sua peça inaugural; que, a partir da nova ordem política-normativa, foi conferido ao Ministério Público um importante papel jurídico-social, enquanto garantidor do Regime Democrático de Direito e dos direitos fundamentais da pessoa humana (que passa necessariamente pelo respeito ao devido processo legal), frisando a sua atuação enquanto *custus legis*; que os dispositivos infraconstitucionais devem ser interpretados à luz do contexto político-normativo vigente em nossa sociedade atual; e, que devemos fazer uma interpretação sistêmica da Carta Magna, entendemos que não há motivo suficiente para negar ao membro do Ministério Público a realização de procedimentos investigatórios no campo criminal.

6.6 O art. 129 da Constituição Federal: sua análise sistemática

Nas obras dos autores que militam contra a possibilidade do Ministério Público realizar pessoal e diretamente a investigação criminal, encontramos a afirmação de que a Constituição Federal de 1988 não teria expressamente conferido ao órgão acusador esta atribuição, tornando, assim, esta atividade ilegal.

²²⁹ *Op. Cit.*, p. 33.

Neste sentido SILVA, para quem “não há na Constituição nada que autorize o Ministério Público a instaurar e presidir inquérito criminal.”²³⁰

NUCCI, segundo o qual “o art. 129 da Constituição conferiu ao Ministério Público, em caráter privativo, a titularidade da ação penal, mas não cuidou de lhe conferir, expressamente, poderes investigatórios substitutivos da Polícia Judiciária.”²³¹

Também MAHON, o qual alega sem eu trabalho que “não há, tanto na Constituição da República, como em nenhuma legislação infraconstitucional, nem mesmo a Lei Orgânica do Ministério Público, hipótese expressa de promoção concorrente ou privativa de diligências investigativas ou mesmo a formação de um Inquérito Policial completo.”²³²

Os doutrinadores contrários à investigação pelo Ministério Público sustentam, portanto, que a Constituição Federal vigente não previu expressamente em seu art. 129 o poder de investigação criminal pelo Parquet, não podendo, desta forma, o legislador infraconstitucional conferir tal atribuição, eis que estas são taxativas.

Todavia, no que pese os argumentos dos renomeados autores, STRECK e FELDENS nos aludem que esta linha de pensamento não pode prosperar, eis que se trata de uma “armadilha argumentativa”.²³³

Segundo os autores supracitados, o art. 129 da Constituição Federal não esgota as funções conferidas ao Ministério Público, eis que este mesmo dispositivo se mostra “como uma cláusula de abertura ao desenvolvimento, pela Instituição, de ‘outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com a sua finalidade’”²³⁴

Explica MORAES:

Importante ressaltar, novamente, que o rol (do art. 129) constitucional é exemplificativo, possibilitando ao Ministério Público exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde

²³⁰ *Op. Cit.*, p. 368.

²³¹ *Op. Cit.*, p. 491-495.

²³² *Op. Cit.*, pp. 134-135.

²³³ *Op. Cit.* p. 81. “Trata-se, em verdade, de uma armadilha argumentativa. Esconde-se, por detrás dessa linha de raciocínio, aquilo que se revela manifestamente insustentável: a consideração de que as atribuições conferidas ao Ministério Público pelo art. 129 da Constituição são taxativas, esgotando-se em sua literalidade mesma. Equívoco, ‘data venia’, grave.”

²³⁴ STRECK e FELDENS. *Op. Cit.* p.06.

que compatíveis com a sua finalidade constitucional, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.²³⁵

Concordamos com esta última corrente, eis que o fato da Constituição da República não ter previsto expressamente no art. 129 o poder de investigação do Ministério Público, não significa dizer que esta Instituição não tem atribuição para realizá-la.

A Constituição da República não previu todas as funções exercidas pelo Ministério Público. O rol não é taxativo, mas sim exemplificativo, conforme nos informam, sabiamente, os últimos autores.

Creemos que os autores que militam contra a investigação realizada pelo Ministério Público fazem uma análise isolada deste dispositivo constitucional, quando, na verdade, deve-se fazer uma leitura sistemática.²³⁶

A Constituição Federal autorizou o Ministério Público a exercer outras funções (ainda que não previstas no art. 129), e fê-lo isto no inciso IX, do ‘caput’ do art. 129, que possui a seguinte redação:

art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

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

(...)

Desta forma, o Ministério Público pode sim “exercer outras funções”, desde que sejam elas previstas na lei, e desde que compatíveis com a sua finalidade. Sendo vedada, conforme se extrai do próprio art. 129, inciso IX, da Constituição Federal, a “representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas”

Neste sentido é que STRECK e FELDENS e também CLÈVE assinalam que as ‘outras funções’ devem estar estritamente ligadas a três condições, sem as quais não se pode admitir a atuação do *Parquet*, a saber: “(a) proveniência legal da função (limitação formal); (b) compatibilidade da função legalmente conferida com a finalidade institucional do Ministério Público (limitação material afirmativa): (c)

²³⁵ *Apud*, RANGEL, *Op. Cit.* p. 214.

²³⁶ Leitura isolada e incompleta faz, ao nosso ver, TUCCI (*Op. Cit.* p. 75), que ao dissertar sobre as funções institucionais do Ministério Público, esquece-se do inciso IX do art. 129 da CF, eis que, segundo o autor, as funções desta instituição, encontram-se bem definidas e “elencadas no art. 129 e, **naquilo que interessa ao estudo ora desenvolvido**, nos incs. I, VI, VI e VIII.” (negritos nossos).

vedação de qualquer função que implique a representação judicial ou a consultoria jurídica de entidades públicas (limitação material negativa).²³⁷

O último requisito, qual seja, a limitação material negativa, é encontrado no próprio inciso IX, do art. 129 da Constituição da República, o qual dispõe ser proibida a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas pela Instituição Ministério Público. Vedação Constitucional que, sem aprofundarmos no tema, reflete a importância do papel conferido à Instituição, incumbida da “defesa da ordem jurídica, do Regime Democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”(art. 127, caput, CRFB).

6.6.1 Ação Penal Pública e finalidade da Investigação Criminal (limitação material afirmativa)

Primeiramente analisaremos a necessidade de a função exercida pelo Ministério Público, neste caso o procedimento de investigação criminal, ser compatível com a finalidade da Instituição.

Para tanto, mister se faz que relembremos antes a cerca da principal finalidade da investigação criminal, bem como quem é o titular da ação penal pública incondicionada.

Para BASTOS a finalidade da investigação criminal é a de “servir ao titular da ação penal, fornecendo-lhe os elementos de que necessita para a propositura da ação.”²³⁸

TOURINHO FILHO segue a mesma linha, dizendo que o “inquérito policial é, pois, o conjunto de diligências realizadas pela Polícia Judiciária para a apuração de uma infração penal e sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo.”²³⁹

²³⁷ STRECK e FELDENS, *Op. Cit.* p. 82. Também parte do mesmo raciocínio CLÈVE (*Op. Cit.* p. 31): “Trata-se de reforçar a idéia de que a efetividade da constituição esta ligada, entre outros fatores, a interpretação que possibilite uma compreensão do sistema constitucional apropriada ao Estado Democrático de Direito. Significa não congelar o conteúdo normativo no tempo ou no espaço (no texto literal dos dispositivos).”

²³⁸ *Op. Cit.*, p. 88.

²³⁹ **Processo Penal.** *Op. Cit.*, p. 194.

Posição contrária é a de SILVA, que sustenta que “o fim (finalidade, objetivo) da investigação penal não é a ação penal, mas a apuração da autoria do delito, de suas causas, de suas circunstâncias.”²⁴⁰

E a de NUCCI, que assim escreveu:

Outro dispositivo do art. 129, que poderia ser explorado, é o inc. IX: ‘exercer outras funções que lhe sejam conferidas, desde que compatíveis com a sua finalidade (...)’. Embora seja aberta a redação da norma, pode-se extrair daí que a função primordial da instituição, no campo criminal, compatível com sua finalidade, é a fiscalização da atividade da Polícia Judiciária, provocando o andamento célere do inquérito, requisitando todas as diligências que entender cabíveis, fazendo-o fundamentadamente, bem como propondo a ação penal.²⁴¹

Data vênha as posições dos dois últimos doutrinadores citados, ousamos delas divergir apoiando-nos nos ensinamentos de BASTOS, TOURINHO FILHO e LOPES JR²⁴², eis que também entendemos que a investigação criminal não se exaure em si mesma.²⁴³

Creemos ser importante diferenciar o objeto do inquérito policial (este sim o de apurar a autoria e materialidade do crime), com a sua finalidade (que é a fornecer embasamento para a denúncia), afastando eventuais enganos.

Ademais, NUCCI equivoca-se ao dizer que a finalidade principal da instituição no âmbito criminal é a de fiscalizar a atividade Policial, eis que é cediço que o Ministério Público, na ação penal pública incondicionada, é o destinatário das investigações realizadas pela Polícia Judiciária, e, ao oferecer sua denúncia, exerce um de suas primordiais funções.²⁴⁴

²⁴⁰ *Op. Cit.*, p. 376.

²⁴¹ *Op. Cit.*, p. 493.

²⁴² *Op. Cit.* p. 87. Segundo este autor, «a investigação preliminar é uma atividade preparatória e que deve servir somente para a formação da *opinio delicti* por parte do titular da ação penal pública, isto é, o Ministério Público. cumpre ao Promotor, e a ninguém mais, decidir se deve ou não propor a ação penal e em que termos. Por isso, a instrução preliminar deve ser uma atividade administrativa – e não judicial – dirigida *por* e *para* o Promotor.»

²⁴³ BASTOS, *Op. Cit.*, 88. Diz o autor: “A investigação criminal não é um fim em si mesma, mas um meio que visa a um fim, que é justamente a propositura da ação penal, sendo certo que os elementos de convicção colhidos no curso da investigação se esgotam, em sua grande maioria, uma vez cumprido esse objetivo.”

²⁴⁴ GUIMARÃES, *Op. Cit.* p. 87 “ A questão é tão óbvia que pode ser resumida no seguinte: todo, repita-se, todo o trabalho de investigação da Polícia Civil em crimes de ação pública, tem um único, frise-se, único destinatário imediato, que é o Ministério Público”; e Também BASTOS (*Op. Cit.* p. 90), que, ao escrever sobre quem é o destinatário final do inquérito policial, mostra que o Ministério Público é, “pois, o destinatário não só da prova colhida por ocasião do inquérito policial, como, também, de qualquer princípio de prova revelador de crime de ação penal de iniciativa pública colhido em qualquer outro procedimento investigatório, isto nos termos do próprio Código de Processo Penal, que, em seu art. 40, determina que tais elementos sejam levados ao conhecimento do ‘Parquet’”.

Ante o exposto, observamos que a investigação criminal pelo Ministério Público está estritamente ligada a uma de suas funções – a de promover a ação penal pública, privativamente (limitação material afirmativa).

6.6.2 Previsão Legal (limitação formal)

Relembramos que o art. 129 da Constituição Federal não traz rol taxativo das funções institucionais do Ministério Público, (cf. inciso IX) e, que, portanto, a realização de procedimentos investigatórios na fase pré-processual pelo Ministério Público, depende, para a sua efetivação, dos três requisitos expostos anteriormente

Visto, desta forma, previamente a primeira condição – limitação material negativa – vedação à representação judicial e à consultoria jurídica de entidades públicas, bem como a segunda – limitação material afirmativa – realização de investigação criminal pelo Ministério Público deve ser compatível com a sua finalidade (o que o é, eis que lhe cabe promover, privativamente, a ação penal pública), resta analisarmos o último requisito para que o Ministério Público possa realizar procedimentos investigatórios na seara penal, qual seja: a função exercida pelo membro do *Parquet* deve estar conferida por lei (limitação formal).

Como é cediço, o art. 128, § 5º da Constituição Federal determina que “Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições, e o estatuto de cada Ministério Público (...)”²⁴⁵ (sic).

A Lei Complementar 75/93. (Lei Orgânica do Ministério Público da União) prevê, quase que repetindo texto Constitucional, no art. 5º, inciso VI, que “São funções institucionais do Ministério Público da União: VI - exercer outras funções previstas na Constituição Federal e na lei.” (sic), aduzindo ainda no §2º do mesmo artigo que “Somente a lei poderá especificar as funções atribuídas pela Constituição Federal e por esta Lei Complementar ao Ministério Público da União, observados os princípios e normas nelas estabelecidos.”

Vislumbra-se, desta maneira, que, se as atribuições do Ministério Público estiverem conferidas e regulamentadas por Lei Complementar poderá esta Instituição realizar procedimentos investigatórios

²⁴⁵ Constituição da República Federativa do Brasil, art. 128, § 5º.

CLÈVE²⁴⁶, bem como STRECK e FELDENS²⁴⁷, após analisarem os dispositivos constitucionais e leis infraconstitucionais que tratam sobre o Ministério Público, concluem que a Lei Complementar 75 de 1993, no art. 8º²⁴⁸, contempla esta função (a de realizar investigações na seara penal), ou seja, dentre os procedimentos da competência do Ministério Público está o procedimento investigatório criminal.

Entendemos, na mesma linha dos autores supracitados, que o art. 8º (da LC 75/93), embora não tenha expressamente previsto quais são os procedimentos de competência do Ministério Público, contempla o procedimento investigatório realizado na seara penal. Isto porque, conforme já estudamos, devemos fazer uma leitura sistemática da Constituição Federal e leis infraconstitucionais, bem como estas devem ser analisadas conforme a Carta Magna, e não o contrário. A necessidade de superação do 'status quo' se faz imprescindível diante dos novos ideais encontrados na sociedade atual (que preocupada com a proteção não apenas dos direitos de primeira geração, mas também os tidos como de segunda e terceira geração, conferiu ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do Regime Democrático de Direito e dos interesses sociais e individuais indisponíveis).

Outrossim, devemos considerar ainda que o art. 129 da Constituição Federal não traz em seus incisos um rol taxativo das funções atribuídas ao Ministério Público (tanto é que o inciso IX deste dispositivo permite que o *Parquet* exerça outras

²⁴⁶ *Op. Cit.* p. 32 "A legitimação do poder investigatório do Ministério Público tem, portanto, sede constitucional e, no plano infraconstitucional, autoridade própria de lei complementar. A Lei Complementar no 75 de 1993 apenas conformou no plano infraconstitucional o que já podia ser deduzido partir da acurada leitura da Constituição. A cláusula de abertura opera um reforço na esfera de atribuições do Ministério Público, que fica potencializado com a ação do legislador complementar."

²⁴⁷ *Op. Cit.*, p. 83.

²⁴⁸ Art. 8º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência:

I - notificar testemunhas e requisitar sua condução coercitiva, no caso de ausência injustificada;

II - requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta;

III - requisitar da Administração Pública serviços temporários de seus servidores e meios materiais necessários para a realização de atividades específicas;

IV - requisitar informações e documentos a entidades privadas;

V - realizar inspeções e diligências investigatórias;

VI - ter livre acesso a qualquer local Público ou privado, respeitadas as normas constitucionais pertinentes à inviolabilidade do domicílio;

VII - expedir notificações e intimações necessárias aos procedimentos e inquéritos que instaurar;

VIII - ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter Público ou relativo a serviço de relevância pública;

IX - requisitar o auxílio de força policial."

funções), mas sim exemplificativo; que o art. 144 da Carta Constitucional não atribui à Polícia Judiciária a exclusividade da investigação criminal, mas apenas delimita a atuação das diferentes polícias dentre elas mesmas, a fim de que uma não interfira na esfera de atuação da outra; que o parágrafo único, do art. 4º do Código de Processo Penal, que permite que outras autoridades administrativas apurem as infrações penais e sua autoria, não foi revogado pela Constituição Federal de 1988; que nas ações penais públicas a finalidade de toda e qualquer investigação realizada (seja pela Polícia judiciária, Legislativo, Judiciário ou pelo particular) é a de fornecer os elementos mínimos necessários (autoria e materialidade do crime) para que o Ministério Público, titular privativo, possa, se presentes todas as condições, promover a denúncia.

Esta também é a conclusão de STRECK e FELDENS, eis que segundo estes autores, há uma clara ligação de meio-fim que se extrai dos dispositivos legais art. 8º, V, da LC nº 75/93, e constitucional – art. 129, I da CRFB, que vêm a reafirmar a condicionante presente no art. 129, IX, da Constituição.²⁴⁹

Também assim entende GUIMARÃES, que discorrendo sobre a possibilidade do Ministério Público proceder investigação criminal através de procedimento próprio, faz ainda uma ligação entre os incisos VI e I do dispositivo constitucional em análise.

Viabilizando esta providência, encontra-se o inciso VI, do Art 129, que, complementarmente ao inciso I, do mesmo artigo, refere-se à possibilidade de instauração de procedimentos administrativo investigatório, remetendo à 'lei complementar respectiva' a incumbência de definir sua forma.²⁵⁰

Inferimos, portanto, que a atribuição do Ministério Público de realizar inspeções e diligências investigatórias está concretizada em Lei Complementar, como determina a Constituição Federal no art. 128, § 5º e que esta atribuição está intimamente ligada a uma das principais funções do Ministério Público criminal, qual seja: a de “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei” (art. 129, I, CF).

A questão que devemos analisar é se existe lei complementar que regulamente *quando* e *como* deve o Ministério Público investigar na seara penal (tema este que trabalharemos no próximo capítulo), eis que “realizar inspeções e

²⁴⁹ *Op. Cit.* p. 85.

²⁵⁰ *Op Cit.* p. 109.

diligências investigatórias” é uma atribuição não só legalmente conferida ao Ministério Público (inciso, V, do art. 8º da LC 75/93), mas também compatível com uma das suas finalidades: a persecução penal, buscando a paz social, através da promoção da ação penal pública (art. 129, I, CF).

7. DA NECESSIDADE DE ELABORAÇÃO DE UMA LEI COMPLEMENTAR QUE REGULAMENTE A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DIRETA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Atribuição para realizar procedimentos investigatórios na seara criminal, direta e pessoalmente, esta Instituição tem. Realidade esta que cremos tenha ficado demonstrada.

A questão que dever ser preenchida é saber se já existe Lei Complementar²⁵¹ que regulamente esta função. Caso contrário, *quando e como* deve agir o órgão Ministerial?

Como é sabido, no campo criminal, diferentemente do que ocorre no inquérito civil (Lei nº 7347/85), não há nenhuma Lei complementar que regulamente a atividade investigatória atribuída ao Ministério Público.

Quando deve, então, o Promotor de Justiça realizar, pessoal e diretamente, procedimentos investigatórios na seara criminal?

GUIMARÃES crê que o Ministério Público deve realizar procedimento investigatório penal nos casos em que a Autoridade Policial se mostrar inerte nessa tarefa, ou quando, injustificadamente, retardar a apuração e/ou conclusão do inquérito²⁵².

Na mesma linha, RANGEL acredita que o Ministério Público deve atuar nos casos em que o corporativismo policial estiver a prejudicar o bom andamento da *persecutio criminis* (nos casos em que o indiciado é membro da instituição policial e seus colegas passam a protegê-lo, ou quando o crime envolve autoridades administrativas hierarquicamente superiores, as quais, devido à vinculação da Polícia ao poder executivo, podem interferir nas investigações realizadas por aquela, obstaculizando-as e/ou ceifando-as)²⁵³.

No mesmo entendimento encontramos SOUZA, que no que diz respeito ao momento em que o membro do Ministério Público poderá realizar investigações diretamente, respondeu: “sempre que entender necessária ou oportuna a

²⁵¹ Fala-se aqui em Lei Complementar porque a Constituição Federal de 1988, em seu art. 128, § 5º, assim o exige.

²⁵² *Op. Cit.* pp. 134 e 141.

²⁵³ *Op. Cit.* p. 53. LOPES JR, (*Op. Cit.* p. 68): “a polícia esta muito mais suscetível de contaminação política (especialmente os mandos e desmandos de quem ocupa o governo) e de sofrer a pressão dos meios de comunicação. Isso leva a dois graves inconvenientes: a possibilidade de ser usada como instrumento de persecução política e as graves injustiças que comete no afã de resolver rapidamente os casos com maior repercussão nos meios de comunicação.”

providência. Cuida-se de faculdade discricionária do agente ministerial, podendo ser exercida sempre que vislumbrar ter a Polícia ignorado este ou aquele fato delituoso, ou quando a investigação policial não der ao caso o deslinde adequando”²⁵⁴.

Segundo FREITAS, “os casos que motivam o Ministério Público a atuar diretamente nas investigações geralmente giram em torno do aspecto de serem os envolvidos no fato de relevo penal pessoas que, em razão do status social que ostentam ou em função do cargo Público ocupado, provavelmente não terão uma investigação minuciosa por parte dos órgãos policiais”²⁵⁵

STRECK e FELDENS, por outro lado, advertem que houve uma transformação, ou melhor, um refinamento do crime e dos criminosos, (eis que se antes o crime era cometido contra os bens de primeira geração, por exemplo contra o patrimônio de um determinado indivíduo ou grupo determinado de indivíduos — atualmente percebe-se um aumento da atuação criminosa contra bens juridicamente protegidos da segunda e terceira geração – bens coletivos e trans-individuais – e aqui não podemos deixar de mencionar que houve uma expansão do crime proporcional ao processo de globalização econômica, social e tecnológica) o que faz com que o aparato coercitivo do Estado tenha que dispor de maiores e melhores condições para aplicar a justiça criminal, fazendo-se necessário, inclusive, uma atuação harmônica e conjunta entre a Polícia Judiciária e o Ministério Público; e, na falta dessa, (nos casos em que, por exemplo, a corrupção policial ficar demonstrada) a apuração da autoria e sua materialidade deve ficar a cargo direto do Ministério Público²⁵⁶.

Não raras são as notícias de crimes que, envolvendo policiais, bem como autoridades hierarquicamente superiores, não são investigados pela Polícia Judiciária, sejam por questões corporativistas, corrupções passivas, prevaricação etc, o que afeta em muito a persecução penal e o ‘acertamento do caso penal’, e por isso concordamos com os autores mencionados.

²⁵⁴ SOUZA, Alexander Araújo de. **O Promotor de Justiça investigador e a teoria das provas ilícitas**. Revista do Ministério Público. n. 17. janeiro/junho 2003. Rio de Janeiro: 2003. p. 36.

²⁵⁵ FREITAS, André Guilherme Tavares de. **O Ministério Público e a presidência das investigações**. Revista do Ministério Público. n. 19. janeiro/junho 2004. Rio de Janeiro: 2004. p.29.

²⁵⁶ *Op. Cit.* pp. 22 a 50. Também encontramos em GONÇALVES (*Op.Cit.* p.166), um indicativo de quando o Ministério Público pode investigar: “Nossa resposta e que pode o Ministério Público proceder a investigações e deve fazê-lo sempre que esta solução se mostrar a mais consentânea com a regra da economicidade e razoabilidade no dispêndio de recursos Públicos ou pairar dúvidas de que, por questões corporativas ou políticas, o fato poderá não ser investigado a contento pela polícia.”

Todavia, não podemos deixar de anotar sobre as indagações que surgem quanto à falta de critérios, ou seja, de uma lei complementar que regulamente a investigação criminal realizada pelo membro do Ministério Público.

Preocupação encontrada em NUCCI, que assim se expressou:

Não somos favoráveis, de modo algum, frise-se, ao enfraquecimento do Ministério Público como instituição defensora intransigente da sociedade, especialmente na área da segurança pública. Ao contrário, fazemos coro com aqueles que pretendem ver fortalecidos os poderes da instituição na sua importante missão investigatória, tanto no campo civil quanto no penal, mas não podemos aquiescer com a postura de condução (...)sem critério definido, sem fiscalização de outro órgão estatal (...)²⁵⁷

Não cremos que o Ministério Público, enquanto órgão encarregado de promover a garantia dos direitos individuais e coletivos, agirá de forma contrária ao direito, em arrepio à dignidade da pessoa humana, eis que, conforme nos ensinou RANGEL, a investigação realizada pelo Ministério Público é garantia do acusado de que seus direitos serão observados²⁵⁸.

Contudo, compreendemos os anseios de NUCCI, haja vista que ao defendermos a investigação criminal direta pelo Ministério Público, não estamos anuindo com uma investigação arbitrária, ao bel prazer do Promotor.

Entendemos, desta forma, que se faz, sim, imprescindível a elaboração de uma Lei Complementar, a fim de que o procedimento investigatório criminal realizado pelo Ministério Público seja regulamentado, à luz do que já ocorre com o Inquérito Civil Público pela Lei n. 7347/85.

Outro não é o entendimento de BASTOS, que sobre a necessidade de regulamentação da investigação realizada pelo Parquet discorreu: “E aí surge a necessidade de se preencher um vazio, posto que as normas acima mencionadas (referindo-se aos preceitos constitucionais e infraconstitucionais) apenas prevêm a possibilidade da existência de tais procedimentos, sem, contudo, regulamentá-los, à semelhança do que faz com o inquérito policial”.²⁵⁹

Ainda GUIMARÃES, que corrobora afirmando que:

Para tanto, será necessária a instauração do que se usou denominar “procedimento administrativo investigatório” no âmbito da própria Promotoria ou Procuradoria da República encarregada. Este procedimento, a exemplo do que acontece com as investigações em

²⁵⁷ *Op. Cit.* pp. 493-494.

²⁵⁸ *Op. Cit.*, Pp. 66 e 106.

²⁵⁹ *Op. Cit.*, p. 186.

geral, não obedece um rito próprio, mas poderá adotar as normas pertinentes ao inquérito civil e ao Código de Processo Penal no que forem aplicáveis. Por exemplo: adotar a sistemática de instauração dos inquéritos civis, através de Portarias, com o regular registro das mesmas em livro próprio na Promotoria, e de requisições de documentos seguindo a linha dos inquéritos civis e, por outro lado, adotar o Código de Processo Penal no que diz respeito à oitiva das testemunhas, interrogatório do investigado e, também, em caso de arquivamento do procedimento administrativo investigatório²⁶⁰.

A elaboração de uma Lei Complementar que regulamente o procedimento administrativo investigatório pelo Ministério Público é, ao nosso ver, um dos grandes desafios do jurista deste novo século.

Delimitar o *quando* e *como* deve proceder o Ministério Público pessoal e diretamente as investigações criminais, pensamos ainda, passa por preparar funcionários capazes de, tecnicamente, desempenhar tal função.

O professor RAMOS, ao escrever sobre os desafios do Ministério Público do 3º milênio, atenta a esta necessidade:

Penso, portanto, que a grande luta do Ministério Público criminal para o próximo século deve ser a de formar um quadro de funcionários capazes de auxiliar seus membros na tarefa de investigação ou de complementação das investigações realizadas pelos órgãos policiais. Oficiais de diligências, peritos, investigadores, cientistas etc.: o Ministério Público criminal precisa dessa espécie de apoio técnico para desempenhar sua função no próximo século. Afinal, a pedra de toque da atuação do Ministério Público criminal e a de comprovar os fatos criminosos e de ensejar a aplicação do direito material. Esse e seu mais pesado ônus. Por isso, exige maior esforço na sua realização.²⁶¹

Entretanto, enquanto não existe uma regra que discipline o procedimento administrativo investigatório pelo Ministério Público no âmbito penal, estaria esta Instituição impedida de proceder sua própria investigação ?

Conforme dissemos anteriormente, ao defendermos a realização de uma investigação criminal direta pelo Ministério Público, não defendemos que pode o membro do *Parquet* realizá-la sem que exista um procedimento estabelecido anteriormente por lei complementar. Pelo contrário, entendemos que enquanto não for elaborada uma lei complementar para regulamentar esta atribuição conferida ao Ministério Público, não estará ele legitimado a agir.

Analisemos os apontamentos de CLÈVE quanto a esta questão:

A possibilidade de desvirtuamento da competência investigatória por membros do Ministério Público e conseqüente lesão a direitos e garantias fundamentais não justifica a proscrição de seu exercício pela simples razão de que falhas humanas podem acontecer e acontecem

²⁶⁰ *Op. Cit.*, Pp. 126-127.

²⁶¹ *Op. Cit.*, p. 74.

no ambiente de qualquer instituição. As distorções devem ser prevenidas, corrigidas ou punidas no plano concreto, seja internamente através de instancias superiores ou fiscalizadoras, seja externamente através da atividade jurisdicional em cada caso.²⁶²

Não concordamos, neste ponto, com a visão do professor supracitado, eis que se ao Ministério Público, diz a Constituição Federal de 1988, incumbe a defesa da ordem jurídica (art. 127, “caput”), devendo fiscalizar a fiel execução das leis e a conformidade dos atos (sejam eles administrativos ou processuais) com o devido processo legal, a Instituição também deve, nos seus atos, respeitar os princípios constitucionais vigentes (incluindo também o devido processo legal), cabendo, inclusive o recurso ao Judiciário (enquanto Juiz-garante) a fim de (como veremos no item seguinte), por meio de *Hábeas Corpus*, por exemplo, seja trancado atual procedimento investigatório realizado pelo *Parquet*.

Avulta, (...) o papel do legislador, que poderá também, a partir da liberdade de conformação que lhe é própria, e comprometido com a integral realização da Constituição, dispor sobre o assunto no momento mais oportuno. Fala-se, aqui, de *meios* para melhor definir os *limites* da investigação levada a termo pela Autoridade ministerial, especialmente para ajustá-los aos demais valores, regras e princípios dotados de dignidade constitucional.²⁶³

Concluímos, ante o exposto, que diante da análise atual dos dispositivos constitucionais, é atribuída ao membro do Ministério Público a realização de procedimentos investigatórios no campo penal. Todavia, este procedimentos administrativos investigatórios ficam, por ora, paralisados, enquanto não definidos os meios para os limites da investigação.

7.1 Lege Ferenda

Feita estas considerações, entendemos mister pincelar, ainda que de forma incipiente (eis que pela relevância do tema, necessário seria um trabalho monográfico específico sobre as regras a serem observadas durante o procedimento administrativo investigatório realizado pelo Ministério Público/PAIMP), como seria a realização da investigação criminal pelo membro do *Parquet*.

262

²⁶³ CLÈVE, *Op. Cit.*, p. 36.

7.1.1 Da Instauração

A Instauração do procedimento administrativo investigatório pelo Ministério Público (PAIMP) pode ser feita de ofício pelo Ministério Público, através de Portaria, a exemplo do que ocorre no inquérito civil (art. 8, §1º, Lei 7.347/85) e inquérito policial (art. 5º, inc. I, do CPP, pela Autoridade Policial), e far-se-á necessária sempre que o Ministério Público não tiver em mãos elementos suficientes para a propositura da ação penal.

Desta forma, instaurado o PAIMP, deverá ocorrer o registro, bem como a atuação do caso em livro próprio, da mesma forma que ocorre no inquérito civil. Este, segundo lição de MAZZILLI, depois de instaurado de ofício, mediante portaria,

Será registrado num livro próprio da Promotoria de Justiça, bem como autuado, ou seja, será capeado em auto próprio, que consigne sumariamente os dados de distribuição a um dos promotores de Justiça que tenham atribuição para o caso; na autuação ainda serão anotados dados como o número de registro, o nome dos interessados, o assunto (o objeto da investigação) e a data da instauração. Ao pé da autuação, será lançada a assinatura ou a rubrica do promotor ou do funcionário da Promotoria encarregado de fazê-la.

Na portaria de instauração, ou em ato subsequente, o presidente do inquérito civil poderá designar servidor para secretarias os trabalhos a serem desenvolvidos.

Após a instauração do inquérito civil, deverão ser feitas as comunicações internas, costumeiramente exigidas pelos órgãos de administração da própria instituição, sem prejuízo de poder convir fazer outras comunicações a autoridades administrativas encarregadas de também exercerem fiscalização sobre a matéria que seja objeto das investigações ministeriais.²⁶⁴

7.1.2 Da instrução

Durante a instrução do inquérito criminal, o Ministério Público poderá “fazer inspeções pessoais, requisitar a realização de periciais, determinar a elaboração de plantas ou croquis, ouvir os interessados, colher depoimentos de testemunhas, ouvir

²⁶⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. **O Inquérito Civil**. Investigação do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas. 2ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 71. O mesmo autor (Idem. p. 117) explica que “no caso de decidir-se por instaurar o inquérito civil por meio de portaria inaugural, o membro do Ministério Público deverá: a) consignar ter tido ciência de lesão a um dos interesses que, em tese, justificariam a ação institucional na área cível (e aqui, por analogia, no campo criminal), bem como indicar por que meio teve tal notícia; b) declinar, se possível, os elementos de fato que identifiquem a lesão e sua autoria (dia, lugar, hora; dados de identificação do autor dos fatos; menção aos lesados; c) determinar a instauração do inquérito civil e já indicar as primeiras providências que entenda necessário tomar; d) determinar a autuação da portaria, o que compreende também seja registrada e colocada dentro de capa apropriada; e) ao final, a assinatura e identificação de seu nome e cargo.

em declarações o indigitado causador do dano, requisitar certidões, informações e documentos,²⁶⁵ a guisa do que ocorre do inquérito civil.

Todavia, ressalta-se que o membro do Ministério Público não poderá agir de forma arbitrária, mas sim com discricionariedade, eis que, não obstante vigore nesta fase pré-processual algumas características do sistema inquisitivo, o órgão do Parquet deve guiar-se conforme os preceitos constitucionais relativos à proteção do investigado, recorrendo inclusive ao Judiciário quando a medida a ser adotada drasticamente alterar alguns direitos do investigado (tais como, busca domiciliares, interceptação telefônica, prisão preventiva etc).

Outrossim, da mesma forma que nos outros ramos do direito, no PAIMP também é vedado a utilização de provas obtidas por meios ilícitos²⁶⁶.

Neste ponto, imprescindíveis são os ensinamentos de MAZZILLI, no que tange às provas colhidas pelo Ministério Público durante a instrução do inquérito civil:

Pautando-se necessariamente a atuação do Ministério Público pelos princípios gerais da administração (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, entre outros), devem seus órgãos de execução levar para os autos do inquérito civil todos os elementos de convicção que lhes chequem às mãos e que devam servir para o correto esclarecimento da verdade²⁶⁷.

Entendemos, entretanto, que este proceder ético do Ministério Público deve também estar presente nos demais ramos em que a Instituição atua, incluindo, aqui, a investigação criminal realizada por seus membros.

Fazendo nossas as palavras de LEMOS JÚNIOR:

Coerente, pois, com o atual Estado de Direito Democrático e com o encargo de defender a legalidade democrática e proporcionar a igualdade material entre os cidadãos, é fundamental que o *Parquet* investigue e contra investigue com vistas a uma verdade processualmente válida, mesmo que o resultado não favoreça a acusação, e implique no exercício de um papel ambíguo: reprimir a criminalidade, zelar pelo princípio da legalidade nos inúmeros atos investigatórios e proteger os direitos fundamentais do cidadão, nomeadamente daquele visado diretamente na investigação criminal²⁶⁸.

²⁶⁵ Idem. p. 193.

²⁶⁶ A própria Constituição da República, neste sentido, previu no art. 5º, LVI que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

²⁶⁷ **O inquérito civil....** *Op. Cit.* p. 199.

²⁶⁸ *Op. Cit.* pp. 429-430.

7.1.2.1 Do sigilo nas investigações criminais feitas pelo Ministério Público

Sem aprofundarmos sobre o princípio da publicidade (eis que este já foi tratado no capítulo 3, item 3.2.6), mister se faz mencionar que durante a instrução do PAIMP a publicidade dos atos também restará mitigada, a exemplo do que ocorre no inquérito policial (art. 20 do CPP) e no inquérito civil, eis que a publicidade durante a fase pré-processual poderá ocasionar um prejuízo à apuração dos fatos.

Depois de concluído o procedimento investigatório, caso o Ministério Público de início à ação penal pública, o agora acusado terá, se deferida a denúncia, durante a fase processual, acesso a todas as informações, garantindo-lhe o contraditório e ampla defesa, a publicidade dos atos processuais etc.

7.1.3 Do arquivamento do procedimento administrativo investigatório

Se após a instrução do PAIMP, o órgão do Parquet convencer-se da materialidade do crime, bem como de sua autoria, promoverá a denúncia. Caso contrário, qual a medida a ser adotada?

No Inquérito policial o art. 28 do Código de Processo Penal disciplina a matéria dispondo que

Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o Juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o Juiz obrigado a atender²⁶⁹.

Por seu turno, no inquérito civil a medida a ser adotada vem descrita no art. 9º e parágrafos da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública):

Se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação civil, promoverá o arquivamento dos autos de inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentalmente.

§ 1º - Os autos de inquérito civil ou peças de informação arquivadas serão remetidos, sob pena de se incorrer em falta grave, no prazo do Ministério de 3 (três) dias, ao Conselho Superior do Ministério Público.

²⁶⁹ Redação dada ao atual art. 28 do Código de Processo Penal.

§ 2º - Até que, em sessão do Conselho Superior do Ministério Público, seja Homologada ou rejeitada a promoção de arquivamento, poderão as associações legitimadas apresentar razões escritas ou documentos, que serão juntados aos autos do inquérito ou anexados às peças de informação.

§ 3º - A promoção de arquivamento será submetida a exame e deliberação do Conselho Superior do Ministério Público, conforme dispuser o seu Regimento.

§ 4º - Deixando o Conselho Superior de homologar a promoção de arquivamento designará, desde logo, outro órgão do Ministério Público para ajuizamento da ação²⁷⁰.

Vislumbra-se, desta forma, que enquanto no inquérito policial o Ministério Público requer ao Juiz o arquivamento do procedimento, no inquérito civil o promotor-investigador, per si, promove, de forma expressa e fundamentada, o arquivamento, remetendo no prazo de 03 dias a sua decisão ao Conselho Superior do Ministério Público que, se se convencer de que o arquivamento é a medida adequada, homologará a promoção do arquivamento, ou então, designará outro órgão do Ministério Público²⁷¹ para o ajuizamento da ação, caso rejeite o arquivamento.

Ou seja, no inquérito policial o Juiz está presente durante a fase pré-processual, o que não ocorre no inquérito civil, ressalvado os casos em que a medida adotada (a exemplo da prisão preventiva, interceptação telefônica etc) necessite de um provimento judicial.

Entretanto, a interferência do Juiz nesta fase pré-processual, conforme estudamos²⁷², não é recomendada diante do sistema acusatório eminentemente adotado pelo legislador pátrio.

Portanto, entendemos que as regras pertinentes ao arquivamento do inquérito civil são as que devem, por analogia, serem aplicadas ao procedimento administrativo investigatório realizado pelo Ministério Público (PAIMP).

Ademais, no que tange à possibilidade de reabertura das investigações realizadas pelo Ministério Público, entendemos que o Código de Processo Penal é o mais indicado, eis que este diploma legal apenas admite a reabertura do inquérito policial se a autoridade competente tiver notícias de novas provas (cf. art. 18 do CPP), o que não ocorre no inquérito civil, em que não há vedação legal para tal medida.

²⁷⁰ Art. 9º, §§ 1º, 2º, 3º e 4º, da Lei 7.347/85.

²⁷¹ MAZZILLI (**O inquérito Civil...** Op. Cit. p.108) adverte que “houve equívoco técnico do legislador, pois o impedimento é do *membro* que promoveu o arquivamento, e não do *órgão ministerial*”.

²⁷² Sobre o tema: Vide capítulo 1, item 1.4.

Conforme ensina MAZZILLI:

Enfim, se não há óbice a que, estando arquivado o inquérito civil, qualquer co-legitimado possa propor a ação civil pública mesmo sem novas provas, ou até mesmo se não há óbice a que o co-legitimado entre em juízo com base nas próprias peças do inquérito civil, ainda que indevidamente arquivado pelo Ministério Público, - se isso é verdade, a nosso ver não seria então razoável entender que, sem novas provas, apenas e tão-somente o próprio Ministério Público ficasse obstado de reabrir as investigações ou de propor a ação civil pública correspondente, em matéria que não diz respeito a interesse do Estado, e sim de indivíduos transindividualmente lesados²⁷³.

Mister se faz apontar ainda que, caso seja rejeitado pelo Conselho Superior o arquivamento do inquérito realizado pelo Parquet no âmbito criminal, o membro do Ministério Público que arquivou o inquérito está impedido de atuar no mesmo caso, eis que teria que atuar como órgão acusador mesmo convencido de que o indiciado é inocente ou de que não há provas suficientes de autoria e materialidade a fim de embasar a denúncia, em afronta ao princípio da independência funcional que lhe é atribuído.

Diferente é, contudo, o posicionamento da MAZZILLI, quanto à possibilidade do membro do Parquet que atuou na investigação propor a conseqüente ação civil pública:

O entendimento correto é o de que inexistente tal impedimento, assim como não o existe quanto ao promotor de Justiça que participa de investigações pré-processuais, no inquérito policial, e promove a correspondente ação penal pública. Sua atuação não fase inquisitiva, preparando-se para a propositura da ação civil pública, equivale às diligências preliminares que as partes e seus advogados tomam para propor uma ação civil de qualquer natureza.²⁷⁴

Neste diapasão a Súmula 234 do Superior Tribunal de Justiça, a qual dispõe que “A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspensão para o oferecimento de denúncia.”

Concordamos com MAZZILLI, eis que nesta última hipótese, ao oferecer a denúncia o Promotor de Justiça age como parte, na busca do acolhimento de sua tese, mas também se posiciona como fiscal da lei e deve agir com ética, lealdade e moralidade, garantindo também a proteção dos direitos do acusado.

²⁷³ O inquérito Civil... *Op.Cit.* p. 331.

²⁷⁴ *Idem.* p. 102.

7.1.4 Dos recursos

No inquérito civil, caso o Ministério Público decida por não instaurar o inquérito, deve, então, submeter a sua decisão ao controle de arquivamento do Conselho Superior. Ou seja, deve “provocar a revisão de sua decisão pelo Conselho Superior do Ministério Público, para homologação ou não, pois o indeferimento de requerimento de abertura de inquérito civil equivale ao arquivamento de peças de informação”²⁷⁵.

Quanto à instauração do inquérito civil pelo Ministério Público, todavia, o mesmo autor supracitado nos ensina que não há um recurso interno a fim de afastar a sua instauração, eis que se assim procedesse, a independência funcional do membro do Parquet não restaria observada. Desta forma, caso ocorra alguma ilegalidade na instauração do inquérito civil, “a situação se equipara a uma requisição de inquérito policial sem justa causa, ou a uma denúncia criminal dada ilegalmente, ou ainda a uma ação civil pública proposta sem base para tanto: a correção é jurisdicional, apenas.”²⁷⁶ Ou seja, nesta segunda hipótese cabe o remédio constitucional do habeas-corpus ou mandado de segurança contra o membro do Ministério Público.

Por fim, MAZZILLI nos elucida que “se faltar atribuição (competência em sentido administrativo) para a autoridade que instaurou o inquérito civil; se houver ilegalidade, abuso ou desvio de poder ou de finalidade; ou ainda se faltar justa causa à instauração ou se tiver desaparecido seu objeto – em todos esses casos, poderá ser impetrado o mandado de segurança, visando ao seu trancamento”.²⁷⁷

Desta forma, entendemos que à investigação criminal realizada pelo membro do Ministério Público devem ser aplicadas as mesmas regras observadas no inquérito civil e inquérito policial, quando compatíveis, eis que o Ministério Público não pode agir de forma arbitrária e a seu bel prazer. Ao contrário, deve agir conforme os ideais Democráticos de Direito, eis que em sendo guardião dos direitos e das garantias individuais e coletivos, deve respeitar o devido processo legal, a fim de que a resposta criminal seja justa, cabendo, inclusive, caso se faça necessário, o

²⁷⁵ MAZZILLI. **O inquérito Civil....** *Op. Cit.*, p. 74.

²⁷⁶ *Idem.* p. 348.

²⁷⁷ *Ibidem.* p. 356.

controle de legalidade pelo órgão jurisdicional, sem prejuízo de representação ao Corregedor-Geral do Ministério Público, a fim de que o fato seja apurado internamente, podendo o Promotor de Justiça ser responsabilizado civil, penal e administrativamente.

CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi exposto no presente trabalho, chegamos, pela ordem de exposição, às seguintes conclusões:

1. Não obstante no direito processual penal pátrio hodierno ainda o Juiz interfira na fase pré-processual e processual, de ofício, determinando a prisão preventiva, realização de diligências, perícias etc, (características do sistema inquisitório), a Constituição Federal vigente adotou os postulados do sistema acusatório, o qual deve ser observado pela praxe penal, no intuito de que o Juiz seja definitivamente afastado da função atribuída às partes (acusação e defesa), e passe a figurar apenas como órgão julgador, deixando ao Ministério Público a função acusadora.

2. O perfil de atuação do Ministério Público e sua organização refletem um determinado contexto político-normativo em que esta Instituição está inserida. Desta forma, muda-se o Estado, transforma-se o Direito, e, conseqüentemente, a organização e a maneira de atuação do Poder Judiciário e do Ministério Público.

3. A sociedade atual está inserida em um novo paradigma político-normativo, em que o Estado passa de social para um Estado que possui um 'plus' – eis que respeita a democracia e os direitos e garantias dos cidadãos. Mudanças essas que afetam o direito e todas as Instituições Jurídicas, dentre as quais o Judiciário e o Ministério Público.

4. Os princípios gerais do direito processual penal, bem como outras garantias e direitos do indiciado ou acusado devem ser observados pelo membro do Ministério Público, eis que além de parte formal (*legitimatío ad causam*) é também, mesmo atuando como órgão acusador, *custus legis*, e deve agir em prol dos direitos e garantias de todo e qualquer cidadão.

5. A hermenêutica clássica cede espaço ao que se denominou chamar de “nova hermenêutica”, a partir da qual a Constituição e demais leis infraconstitucionais devem ser analisadas sistematicamente (processo sistemático), como um todo, buscando-se a harmonia do ordenamento, bem como a efetivação da vontade social atual. Ademais, os dispositivos infraconstitucionais que disciplinam o direito penal e processual penal devem ser interpretados conforme a Constituição Federal de 1988, e não o contrário.

6. Faz-se necessário que os operadores do direito acompanhem as mudanças ocorridas na sociedade contemporânea, a fim de que os dispositivos que não se adaptam aos ideais vigentes na atualidade passem a ser interpretados com base no paradigma vigente em nossa sociedade. Em suma, a aplicação do novo paradigma vigente em nossa sociedade depende de uma mudança no *status quo*.(este fundado nos ideais liberal-individualistas).

7. Há uma tendência nos países da Europa e, ainda de que forma incipiente, nos países da América Latina estudados, em outorgar ao Ministério Público se não a investigação direta e pessoal das infrações penais, pelo menos a organização da Polícia Judiciária (que passa a ser diretamente vinculada e subordinada ao Ministério Público, realizando investigações comandadas pelo *Parquet*), para que estas duas Instituições, unidas e livres de ingerências de outras autoridades ou Poderes, possam dar uma resposta mais eficaz à justiça criminal.

8. O argumento de que sempre coube à Polícia Judiciária a função de realizar investigações criminais e ao Ministério Público o oferecimento da denúncia, tradição que teria sido mantida pelo legislador constitucional de 1988, não pode prosperar diante da mudança de paradigma experimentada pela sociedade brasileira nas últimas décadas. Sendo certo que uma singela interpretação histórica, literal e isolada do texto quedam-se reduzidas diante da hermenêutica que leva em consideração os atuais valores vigentes e a completa análise dos dispositivos legais

9. A posição de que cabe à Polícia Civil, com exclusividade, a apuração de infrações penais (ressalvada as de competência da União). não deve prosperar. O art. 144 da Constituição Federal de 1988 nada mais faz do que dividir, dentre as

várias polícias, a atribuição de cada uma, a fim de que, entre elas, uma não interfira na esfera de atuação da outra. Trata-se, na verdade, de divisão de papéis entre as diferentes polícias. Não há, portanto, nenhum monopólio da Polícia Judiciária em apurar infrações penais, eis que o art. 144 da Constituição Federal procurou apenas demarcar a esfera de atuação de cada polícia.

10. O parágrafo único, do art. 4º, do Código de Processo Penal não foi revogado pela Constituição Federal de 1988, e outras autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida esta função, podem atuar na apuração de infrações penais, muito embora não estejam expressamente contempladas na Constituição da República. É o caso, por exemplo, das diligências das Comissões Parlamentares de Inquérito e da investigação de prática de crime por magistrados realizado pelo próprio Poder Judiciário.

11. Não obstante o Promotor de Justiça possua a sua independência funcional, o mesmo não pode atuar ao seu bel prazer, haja vista que além da parcialidade formal (enquanto *legitimatio ad causam*) para propor a tese acusatória contra o acusado, atua, acima de tudo, como órgão fiscalizador do devido processo legal (eis que sem este não há a efetivação dos direitos e garantias fundamentais), com imparcialidade moral (entendida como objetividade, serenidade, fiscalização da lei) e lealdade, eis que busca também a efetivação dos direitos e garantias do acusado, podendo, para tanto, pedir a absolvição do mesmo quando não se convencer ser sua a autoria e a materialidade do crime. Quando o Ministério Público investiga, ele não quer achar a qualquer custo um culpado, mas sim descobrir o verdadeiro autor do crime, a fim de que este responda (humanamente) pelos seus atos, garantindo –lhe que as regras esculpidas na Constituição Federal e sua dignidade serão observadas

12. o Ministério Público não quer chamar para si os inquéritos policiais. Estes são e continuarão a serem efetuados pela Polícia Judiciária. O fato de o inquérito policial ser de atribuição da Polícia judiciária não exclui a atribuição conferida a outros órgãos, haja vista que o inquérito policial é espécie do gênero procedimentos investigatórios.

13. Não obstante a Carta Constitucional não tenha previsto expressamente a atribuição ao Ministério Público de realizar pessoal e diretamente investigações na seara criminal, as funções institucionais atribuídas (pela Constituição Federal de 1988) ao Ministério Público no seu art. 129 não são taxativas, mas sim exemplificativas, eis que o próprio inciso IX, do mesmo dispositivo constitucional, permite ao Ministério Público “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com a sua finalidade” e desde que não sejam ligadas à representação judicial e à consultoria jurídica de entidades públicas. Assim, se respeitada a vedação estabelecida no inciso IX, do “caput”, do art. 129 da CF (vedação à representação judicial e à consultoria jurídica de entidades públicas), bem como a limitação formal (função conferida por lei) e limitação material afirmativa (compatível com a sua finalidade) estará o Ministério Público autorizado constitucionalmente a realizar determinada função.

14. A limitação material negativa vem prevista no próprio inciso XI, do “caput”, do art. 129 da Constituição Federal de 1988; a limitação material afirmativa é observada quando se constata a estreita ligação existente entre a investigação criminal e a promoção da ação penal pública, privativa do Ministério Público; e, a limitação formal se extrai do inciso, V, do art. 8º da LC 75/93 que confere ao Ministério Público realizar inspeções e diligências investigatórias.

15. No campo criminal, diferentemente do que ocorre no inquérito civil (Lei nº 7347/85), não há nenhuma lei que regulamente a atividade investigatória atribuída ao Ministério Público.

16. Delimitar o *quando* e *como* deve proceder o Ministério Público, pessoal e diretamente, as investigações criminais, pensamos, passa ainda por preparar funcionários capazes de, tecnicamente, desempenhar tal função.

17. A Constituição Federal e leis infraconstitucionais autorizam a investigação realizada pelo membro do *Parquet*. Entretanto, enquanto não for elaborada uma lei complementar para regulamentar esta atribuição conferida ao Ministério Público, não estará ele legitimado a agir (os procedimentos administrativos investigatórios devem ficar paralisados, enquanto não definidos os meios para os

limites da investigação), eis que se ao Ministério Público incumbe a defesa da ordem jurídica, devendo fiscalizar a fiel execução das leis e a conformidade dos atos (sejam eles administrativos ou processuais) com o devido processo legal, a Instituição também deve, nos seus atos, respeitar os princípios constitucionais vigentes, cabendo, inclusive, caso se faça necessário, o controle de legalidade pelo órgão jurisdicional, sem prejuízo de representação ao Corregedor-Geral do Ministério Público, a fim de que o fato seja apurado internamente, podendo o Promotor de Justiça ser responsabilizado civil, penal e administrativamente.

18. À investigação criminal realizada pelo membro do Ministério Público deve ser aplicada as regras estabelecidas no inquérito civil e/ou policial quando estas forem condizentes com os princípios esculpido pela Constituição Federal de 1988, exigindo, assim, do legislador, atenção especial ao elaborar lei complementar que regulamente o procedimento administrativo investigatório pelo Ministério Público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARREIROS, José Antônio. **Processo Penal**. Coimbra: Almedina, 1981.

BASTOS, Marcelo Lessa. **A investigação nos crimes de Ação Penal de Iniciativa Pública**: Papel do Ministério Público: Uma abordagem à luz do sistema acusatório e do garantismo. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004 .

BONATO, Gilson. **Garantias Constitucionais e Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.

BORGES, José Souto Maior. **O Direito como Fenômeno Lingüístico, o Problema de Demarcação da Ciência Jurídica, sua Base Empírica e o Método Hipotético-Dedutivo**, *in* Anuário do Mestrado em Direito, Recife, Universidade Federal de Pernambuco, n. 4, jan/dez, 1988.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil** (de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em <https://www.planalto.gov.br> (acesso em 23 de setembro de 2006).

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil** (de 10 de novembro de 1937). Disponível em <https://www.planalto.gov.br> (acesso em 23 de setembro de 2006).

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Disponível em <https://www.planalto.gov.br> (acesso em 23 de setembro de 2006).

BRASIL. **Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em <https://www.planalto.gov.br> (acesso em 23 de setembro de 2006)

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Direito Positivo e Ciência do Direito**, in Curso de Direito Tributário. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 2ª ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001.

CLÈVE, Clémerson Merlin. **Investigação criminal e Ministério Público**. In. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil. v. 4. n. 4. jan-dez./04. Curitiba: UniBrasil, 2005.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do Processo Penal**. 2ª Tiragem. Curitiba: Juruá.[s. a].

_____. **Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR. ano. 30, n. 30. Curitiba: 1998.

_____. **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FREITAS, André Guilherme Tavares de. **O Ministério Público e a presidência das investigações**. Revista do Ministério Público. n. 19. jan-jun./04. Rio de Janeiro: 2004.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **A atuação do Ministério Público: entre a tradição e a efetividade**. Revista Brasileira de Ciências Cais. Ano 12. n. 46. jan-fev./04. São Paulo: RT, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A nova escola processual de São Paulo.** In *Novas tendências do direito Processual*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. **Controle Externo da Atividade Policial pelo Ministério Público.** Curitiba, 2001. Dissertação (Mestrado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

HENDLER, Edmundo S. **Sistemas Procesales Penales Comparados. Los sistemas nacionales europeos.** –Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999.

KUHLMANN, Sylvio Roberto Degasperi. **Os atos do Ministério Público no devido processo penal.** Curitiba, 2003. Dissertação (Mestrado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

LEMOS JÚNIOR, Arthur Pinto. **O papel do Ministério Público dentro do processo penal, à vista dos princípios constitucionais do processo penal:** Uma visão fundada no direito processual penal português. *Revista dos Tribunais*. Ano 93. vol. 819 – jan./04. São Paulo: RT, 2004.

LIMA, Marcellus Poslatri. **Ministério Público e a Persecução Criminal.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal.** 3ª ed., rev., ampl, e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2005.

MAHON, Eduardo. **O Ministério Público de Robespierre: Uma repreensão jurídico-constitucional às pretensões investigativas do Ministério Público.** Disponível em: <http://www.amdepol.com.br/noticias/>. (Acesso em 05 de maio de 2006).

MARQUES, Alberto. **Roteiro de Hermenêutica.** Curitiba: Juruá, 2003.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. vol.I. Campinas, SP: Bookseller, 1997.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A natureza das funções do Ministério Público e sua posição no devido processo penal**. Revista dos Tribunais, ano 91, vol. 805. nov/02. São Paulo: RT, 2002.

_____. **Introdução ao Ministério Público**. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **O Inquérito Civil: Investigação do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas**. 2ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **O Ministério Público na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.

NUCCI, Guilherme de Souza. **A investigação criminal e a atuação do Ministério Público**. In. Primeira Seção. Revista dos Tribunais, ano 93, vol. 827. set./04. São Paulo: RT, 2004.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Reflexões sobre o perfil do Ministério Público de ontem, hoje e do 3º Milênio**. Revista Justitia, ano 63, vol. 194. abril-jun./01. São Paulo, 2001.

RANGEL, Paulo. **Investigação Criminal Direta pelo Ministério Público: Visão Crítica**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

SAUWEN FILHO, João Francisco. **Ministério Público Brasileiro e o Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional: Construindo uma nova dogmática jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999.

SILVA, José Afonso da. **O Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal?** *In*. Revista Brasileira de Ciência Criminal. n. 49. São Paulo: RT, 2004.

SOUZA, Alexander Araújo de. **O Promotor de Justiça investigador e a teoria das provas ilícitas**. *In*. Revista do Ministério Público. n. 17. jan-jun./03. Rio de Janeiro: 2003.

STRECK, Lênio Luiz; FELDENS, Luciano. **Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TEIXEIRA, Francisco Dias. **Princípios constitucionais do Ministério Público**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 12. n. 49. jul-ago./04. São Paulo: RT, 2004.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Processo Penal**. 1º volume. 27.ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

TUCCI, Rogério Lauria. **Ministério Público e investigação criminal**. São Paulo: RT, 2004.

VIEIRA, José Roberto. **Ciência do Direito**. *In.* A Semestralidade do PIS: Favos de abelha ou favos de vespa? Revista dialética de Direito Tributário. n. 83, ago./02. São Paulo: Dialética, 2002.

VIEIRA, Luís Guilherme. **O Ministério Público e a investigação criminal**. *In.* Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 12, n. 46, jan-fev./04. São Paulo: RT, 2004.