

ISSN – 1982.3460



---

# REVISTA CRIMINAL

Ano: 05 - Vol. 15 - set/dez - 2011

## ENSAIOS SOBRE A ATIVIDADE POLICIAL



São Paulo  
2011

**EDITORA FIUZA LTDA.**  
**Rua Cancioneiro Popular, 493 — Santo Amaro**  
**CEP: 04710-001 — São Paulo - SP**  
**Tel.: (11) 5181-2600**  
**www.editorafiuza.com.br**

**Capa e projeto gráfico**  
*Marcos R. N. Jundurian*

**SINDICATO DOS DELEGADOS DE**  
**POLÍCIA FEDERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**Rua Santa Marina, 586 – Lapa**  
**CEP: 05036-000 — São Paulo - SP**  
**Tel.: (11) 3611-8160**

# REVISTA CRIMINAL

ENSaios SOBRE A ATIVIDADE POLICIAL

## CONSELHO EDITORIAL

*Bruno Titz de Rezende*

Presidente do Conselho Editorial

*Diógenes Perez de Souza*

*Fábio Henrique Maiurino*

*Milton Fornazari Júnior*

*Moacir Martini Araújo*

*Ricardo Andrade Saadi*

*Rodrigo Carneiro Gomes*

*Rodrigo J. Anacleto Corpo*

*Vilton Gomes de Souza*

**Diretor:** *Amaury Portugal*

**Editor Chefe:** *Cesario Fiuza*



## SUMÁRIO

<b>Apresentação</b> .....	7
<b>Introdução ao Tema</b>	
<i>Roberto Ciciliati Troncon Filho</i> .....	9

## DOCTRINAS

<b>A Inconstitucionalidade dos Poderes Investigatórios do Ministério Público</b>	
<i>Cezar Roberto Bitencourt</i> .....	15
<b>A Investigação Criminal e a Atuação do Ministério Público</b>	
<i>Guilherme de Souza Nucci</i> .....	51
<b>A Carreira do Delegado de Polícia é Carreira Jurídica</b>	
<i>Ives Gandra da Silva Martins</i> .....	61
<b>Em Face da Constituição Federal de 1988, O Ministério Público Pode Realizar e/ou Presidir Investigação Criminal, Diretamente?</b>	
<i>José Afonso da Silva</i> .....	77
<b>São Ilegais os “Procedimentos Investigatórios” Realizados pelo Ministério Público Federal</b>	
<i>José Carlos Fragoso</i> .....	97
<b>A Verdade sobre A PEC 37 – A PEC da Legalidade</b>	
<i>Luiz Flávio Borges D’Urso</i> .....	113

<b>Igualdade na Persecução Criminal: Investigação e Produção de Provas nos Limites Constitucionais</b>	
<i>Marco Antonio Marques da Silva</i> .....	121
<b>Procedimento Administrativo Criminal, Realizado pelo Ministério Público</b>	
<i>Sérgio Marcos de Moraes Pitombo</i> .....	155
<b>Normas Editoriais para Envio de Artigos</b>	
<i>Conselho Editorial</i> .....	159

## APRESENTAÇÃO

Por força da tramitação da Proposta de Emenda à Constituição nº 37/2011 no Congresso Nacional, diariamente somos bombardeados por notícias sobre a investigação criminal presidida por membros do Ministério Público.

O debate trazido ao público, porém, tem se mostrado muito pobre em termos de argumentos técnico-jurídicos, levantando mais dúvidas que esclarecimentos.

Assim, para fornecer mais elementos para a compreensão séria do tema, lançamos essa edição especial da *Revista Criminal - Ensaios sobre a atividade policial*, com artigos de renomados juristas tratando da investigação criminal.

Por fim, gostaria ressaltar que quaisquer sugestões, comentários ou artigos devem ser encaminhados ao email [revistacriminal@sindpfsp.org.br](mailto:revistacriminal@sindpfsp.org.br).

Boa leitura!

**Bruno Titz de Rezende**  
*Diretor Jurídico do SINDPF-SP,  
Presidente do Conselho Editorial*



## INTRODUÇÃO AO TEMA

*Roberto Ciciliati Troncon Filho<sup>1</sup>*

Esta edição especial da Revista Criminal chega em boa hora, pois traz à baila relevantes estudos jurídicos sobre a investigação criminal e o modelo brasileiro de persecução penal, os quais recentemente ganharam destaque na mídia em virtude da Proposta de Emenda à Constituição nº 37/2011, aprovada no final de 2012 pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados.

A nosso ver, o legislador constituinte foi claríssimo quanto aos órgãos que devem e podem executar investigações criminais no Brasil: a Polícia Federal e as polícias civis estaduais. No entanto, a PEC 37/2011 trata de afastar de vez qualquer resquício de dúvida sobre quem possui o dever-poder de conduzir a investigação criminal no Estado Democrático de Direito brasileiro. A Assembleia Nacional Constituinte rejeitou 7 (sete) propostas para conferir o poder de investigação criminal ao Ministério Público e, após 1988, também outras 2 (duas) tentativas semelhantes foram rechaçadas pelo Congresso Nacional. Não obstante, desde meados da década de 1990, parte do Ministério Público passou paulatinamente a invadir atribuições das polícias judiciárias, inovando perigosamente na interpretação de nossa Lei Maior para realizar remédios de investigações criminais diretamente, sem a participação nem o conhecimento dos órgãos

---

<sup>1</sup> Delegado de Polícia Federal e Superintendente Regional da Polícia Federal em São Paulo.

com atribuição constitucional para tanto. Assim, o Ministério Público, que tem o dever de ser o *custus legis* na fase pré-processual da persecução penal, isto é, de fiscalizar a conformidade da atuação das polícias de investigação à lei, passou a agir ao arpejo desta e da Constituição Federal. Normativos internos foram elaborados para sustentar a torta interpretação de que investigação criminal também pode ser realizada pelo Ministério Público em franco desrespeito à nossa Carta Magna.

A PEC 37 não é uma “aventura legislativa” como tenta alardear parte do Ministério Público para a sociedade, mas a consolidação da acertada vontade da Assembleia Constituinte em prol de um sistema de Justiça Criminal avançado e garantista, baseado na separação das atividades estatais de persecução penal – investigar, acusar e julgar -, cada qual executada por distintas instituições, que devem atuar de modo independente e harmônico, inclusive, para proteção da sociedade contra abusos praticados por agentes públicos em nome do Estado. Eminentemente doutrinadores como Antonio Evaristo de Moraes Filho, Carlos Mário da Silva Velloso, Eduardo Reale Ferrari, Fernando da Costa Tourinho Filho, Guilherme de Souza Nucci, Ives Gandra da Silva Martins, José Afonso da Silva, José Carlos Fragoso, Luiz Alberto Machado, Luiz Flávio Borges D’urso, Marco Antonio Marques da Silva, Marco Aurélio Mello, Miguel Reale Júnior, Nelson Jobim, Sergio Marcos de Moraes Pitombo, dentre outros, defendem o modelo brasileiro de persecução penal concebido pela Constituição Federal de 1988. Pareceres jurídicos robustos elaborados pelos renomados constitucionalistas José Afonso e Ives Gandra, que auxiliaram presencialmente nos trabalhos nas comissões constituintes de 1987, apontam a inconstitucionalidade das investigações criminais promovidas diretamente pelo Ministério Público.

Investigações executadas pelo Ministério Público sucedem em um limbo jurídico. Sem controles legais estabelecidos de justa causa para agir, prazos e finalidade, pode recair sobre cidadãos suspeitos por anos a fio sem conhecimento da Justiça nem do investigado. In-

investigações criminais secretas, de gaveta, não submetidas a controle jurisdicional nem previstas em devidos procedimentos legais, não se alinham com o estágio atual da Democracia e do Estado de Direito alcançado pela sociedade brasileira a duras penas. A falta de controles eficazes sobre essa atividade estatal pode se prestar a perseguição de inimigos ou a proteção de aliados.

Ao Ministério Público foram conferidas pelo legislador constituinte várias funções relevantíssimas, tais como: conduzir inquéritos civis e propor ações civis públicas para defesa do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; propor privativamente a ação penal pública; exercer o controle externo da atividade policial. Porém, como dito, não o foi a de proceder à investigação criminal. Na fase pré-processual da persecução penal, o Ministério Público pode requisitar o início de investigações às polícias judiciárias, requisitar e acompanhar diligências investigativas, ter acesso ao inquérito policial a qualquer tempo para exercer sua função de fiscal da lei. Assim, é falaciosa a afirmação de que, se não puder investigar diretamente, a apuração de certos crimes ficaria prejudicada.

Defender que a investigação criminal também seja realizada pelo Ministério Público porque as polícias judiciárias não conseguem satisfatoriamente esclarecer a autoria em boa parte dos crimes implica em reconhecer que o fiscal da lei também falha por não apontar supostos erros ou omissões do Estado-investigador e não adotar as medidas cabíveis, valendo-se do poder de requisição, para repará-los. Ou seriam outras as verdadeiras causas do insucesso em muitas investigações criminais? Falta de investimentos em recursos humanos, materiais e tecnológicos imprescindíveis às polícias judiciárias para que bem e oportunamente reprimam crimes praticados pode ser uma delas.

A investigação criminal é uma ciência, baseada em métodos e técnicas, que exige recursos humanos capacitados, meios materiais e tecnológicos adequados e trabalho coordenado em equipe. A forma-

ção básica de delegado de polícia federal, para ingresso na carreira, é de aproximadamente 800 (oitocentas) horas. Ao longo da primeira década de trabalho, lidando apenas com investigação criminal, o delegado e sua equipe na Polícia Federal acumularão, cada um, mais 16.000 horas de aprendizado prático e, no mínimo, outras 400 horas de cursos de especialização em áreas diversas, como: gestão da investigação; prospecção e análise de dados; vigilância física e eletrônica; interceptação legal de comunicações; gestão de fontes humanas; ações controladas; interrogatório de vítimas, testemunhas e suspeitos; coordenação de equipes de investigação; planejamento operacional; infiltração policial; cadeia de custódia de provas e outras. Meios de comunicação e transporte, programas computacionais, equipamentos de informática e eletrônicos, armamentos e outros materiais também são imprescindíveis para a boa execução da investigação criminal. Dessa forma, admitir que o Ministério Público execute investigações criminais necessariamente implicará em dotá-lo de recursos humanos, materiais e tecnológicos dos quais não dispõe atualmente. Significaria replicar esforços do Estado para realização da mesma tarefa. Faltaria esclarecer como se daria o custeio dessa nova atividade. Subtraído das próprias dotações orçamentárias anuais do Ministério Público? Ou por meio da criação de novos tributos a serem suportados pela sociedade?

Outro argumento frequentemente utilizado para sustentar a investigação pelo Ministério Público é que as polícias judiciárias, por integrarem o Poder Executivo, não teriam condições de investigar casos que contrariassem interesses dos governantes. A história recente tem demonstrado o contrário com relação à Polícia Federal. Investigados de elevado poder econômico e político, agentes públicos dos 3 Poderes da República e das 3 esferas de governos têm sido alcançados por investigações criminais federais tanto quanto qualquer outra pessoa. Entretanto, se a premissa desse argumento é a falta de independência funcional, administrativa e financeira das polícias judiciárias, por quê não propor a alteração legislativa para dotá-las dessas mesmas garantias que o Ministério Público dispõe? Afinal,

ninguém contesta o quanto evoluiu a atuação do Ministério Público após ter conquistado essas garantias constitucionais ...

Diante da seriedade que o tema merece e dos anseios da sociedade brasileira pela permanente evolução de nossa nação, parablenizo a iniciativa do Sindicato dos Delegados de Polícia Federal no Estado de São Paulo de emprender esta nova edição da Revista Criminal.



## A INCONSTITUCIONALIDADE DOS PODERES INVESTIGATÓRIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO<sup>1</sup>

Cezar Roberto Bitencourt<sup>2</sup>

### 1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Nos últimos tempos, ganhou nacional o questionamento sobre a *inconstitucionalidade e conseqüente ilegitimidade das investigações criminais* que, principalmente, nos casos rumorosos tem sido realizado, diretamente, pelo Ministério Público, tanto no plano federal quanto estadual.

O Ministério Público passou a realizar diretamente investigações criminais, especialmente naqueles casos midiáticos ou nos que são rotulados como rumorosos, *sem requisitar, à autoridade policial, a instauração de inquérito*.<sup>3</sup> Sustenta, em síntese, que como titular da ação penal pública, não pode ser – e nunca foi – mero expectador inerte durante a realização do procedimento preliminar, razão pela qual pode, não apenas requisitar diligências à autoridade policial, mas realizá-las diretamente, pois quem pode o mais, pode o menos, alega.

Trata-se de questão *constitucional de alta relevância*: afinal, sob o império da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público tem

---

<sup>1</sup> Artigo publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 66, v. 15, 2007. 237-270.

<sup>2</sup> Doutor em Direito Penal pela Universidade de Sevilha. Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUC-RS.

<sup>3</sup> VIEIRA, Luís Guilherme. “O Ministério Público e a Investigação Criminal”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 12, nº 46, p.308, jan-fev de 2004.

poderes investigatórios na esfera criminal? As investigações criminais realizadas, diretamente, pelo Ministério Público revestem-se de validade, de molde a legitimar, com base na própria investigação, propor ação penal pública? Pode o Ministério Público, arregimentar os fundamentos e elementos probatórios, unilateralmente, para si próprio propor a ação penal pública?

O *Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil*, em sua constituição plenária, na sessão realizada em agosto do ano de 2004, manifestou-se, à unanimidade, pela *inconstitucionalidade* da atribuição de poderes investigatórios ao Ministério Público. Reforçando o reconhecimento dessa inconstitucionalidade, no *inquérito 1.968-E*, que tramita no *Supremo Tribunal Federal*, subscreveram memoriais as seguintes entidades: Associação Internacional de Direito Penal (AIDP), Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim), Instituto Carioca de Criminologia (ICC), Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC), Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), Instituto Manoel Pedro Pimentel (IMPP) e Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais (ITECI).

Esses dois fatos que acabamos de mencionar, dão a dimensão da gravidade e da relevância do tema, que ultrapassa eventual disputa de poder em favor desta ou daquela instituição. Nessa linha, importa tão-somente estabelecer um marco constitucional, preservando a manutenção do equilíbrio entre os órgãos integrados na persecução penal estabelecido na Carta Magna, além de assegurar o respeito aos princípios norteadores de um Estado Democrático de Direito.

O debate ganhou grandes proporções mais recentemente, a despeito de tratar-se de tema antigo, ante o esforço do Ministério Público em demonstrar que a Constituição Federal atribuiu-lhe poderes investigatórios em matéria criminal.

No entanto, o próprio Ministério Público reconhece, a o menos tacitamente, a inexistência dessa atribuição defendendo a necessidade de aprovação de Emenda Constitucional para tal fim. Nesse sen-

tido, tramita no Congresso Nacional, com esse objetivo, a PEC nº 197/2003.

Os fundamentos jurídicos, basicamente, apontados pelos defensores dos poderes investigatórios do Ministério Público, na ordem jurídica vigente, em síntese, são os seguintes:

1. a *segurança pública* e a apuração das infrações penais não são atribuição exclusiva da Polícia Judiciária;
2. o *art. 129 da Constituição da República* inclui em seus vários incisos, entre as atribuições do Ministério Público, a investigação criminal;
3. O inquérito é *facultativo* e dispensável para o exercício da ação penal;
4. A *Lei Orgânica Nacional do Ministério Público*, bem como a *Lei Orgânica do Ministério Público da União* contêm dispositivos que se compatibilizam com os poderes investigatórios penais da referida instituição;
5. O *Ministério Público*, ao investigar, não assume ações unilaterais da acusação, de forma a alhear-se à “verdade real”;
6. *Diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros* atribuem ao Ministério Público poderes de investigação no âmbito processual penal.
7. Por fim, nessa reta final, com uma campanha maciça e mais agressiva, está veiculou nos meios de comunicação, especialmente em São Paulo, o seguinte slogan: “*com o Ministério Público não há Ministério*”. Esse slogan traz em seu bojo, a insinuação que em outras instituições falta transparência, eficiência e confiabilidade.

Atendendo, especificamente, a consulta que nos foi feita, passamos examinar, no plano teórico, os aspectos que consideramos mais relevantes dessa *vexato quaestio*.

## 2. ILEGITIMIDADE DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL REALIZADA DIRETAMENTE PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

A leitura do *art. 129 da Constituição Federal* permite, constatar, de plano, que não foi previsto o *poder de investigar infrações penais*, diretamente, entre as atribuições conferidas ao Ministério Público. Extrair interpretação em sentido contrário do rol contido no dispositivo constitucional referido seria “*legislar*” sobre matéria que o constituinte *deliberadamente* não o fez. Aliás, a um órgão público não é assegurado fazer o que não está proibido (princípio da compatibilidade), mas tão-somente lhe é autorizado realizar o que está expressamente permitido (princípio da legalidade); e a tanto não se pode chegar pela via da interpretação, usando-se argumentos *a fortiori*, especialmente quando há previsão expressa da atribuição a outro órgão estatal, como ocorre, na hipótese, em que essa atividade está destinada à Polícia Judiciária.<sup>4</sup>

Não se poderia conhecer que o legislador constituinte assegurasse expressamente o poder de o Ministério Público *requisitar diligências investigatórias e instauração de inquérito policial e, inadvertidamente*, deixasse de constar o poder de investigar diretamente as infrações penais. À evidência, trata-se de decisão consciente do constituinte, que não desejou contemplar o *Parquet* com essa atribuição, preferindo conferi-la à Polícia Judiciária, minuciosamente, como fez no art. 144 da CF.

Ademais, fazendo-se uma pequena retrospectiva sobre a elaboração da norma constitucional citada, constata-se que as propostas

---

<sup>4</sup> SILVA, José Afonso da Silva. Controle externo da atividade policial como uma das funções institucionais do Ministério Público – Entendimento do art. 129, VII, da Constituição Federal – Conteúdo da lei complementar e seus limites constitucionais – Competências exclusivas das polícias, em *Revista ADPESP*, ano 17 – n. 22 – dezembro 1998, p. 19 e ss.: “Percorram-se os incisos em que o art. 129 define as funções institucionais do Ministério Público e lá não se encontra nada que autorize os membros da instituição a proceder a investigação criminal diretamente. O que havia sobre isso foi rejeitado, como ficou demonstrado na construção da instituição durante o processo constituinte e não há como restabelecer por via de interpretação o que foi rejeitado”.

de introdução de texto específicos versando sobre a condução de investigação criminal pelo Ministério Público foram todas rejeitadas. Em outros termos, trata-se de uma firme, refletida, sensata e deliberada opção da *Assembléia Nacional Constituinte de 1988* de não atribuir poderes investigatórios criminais ao Ministério Público.

Nesse sentido, merece ser destacado o entendimento sustentado pelo *Ministro Nelson Jobim*, contido no *RHC No. 81.326-7 (DF)*, que está expressado nos seguintes termos:

Na Assembléia Nacional Constituinte (1988), quando se tratou de questão do Controle Externo da Polícia Civil, o processo de instrução presidido pelo MINISTÉRIO PÚBLICO voltou a ser debatido.

Nesse sentido, leio voto que proferi no RE 233.072, do qual fui Relator para o acórdão:

“(...) quando da elaboração da Constituição de 1988, era pretensão de alguns parlamentares introduzir texto específico no sentido de criarmos, ou não, o processo de instrução, gerido pelo MINISTÉRIO PÚBLICO.

Isso foi objeto de longos debates na elaboração da Constituição e foi rejeitado”.

Em outras oportunidades, como na seguinte, o *STF* já decidiu que o *Ministério Público não tem poderes para realizar investigação criminal*, cabendo tal atribuição à Polícia Judiciária:

CONSTITUCIONAL PROCESSUAL PENAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. ATRIBUIÇÕES. INQUÉRITO. REQUISIÇÃO DE INVESTIGAÇÕES. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. CF., art. 129, VIII; art. 144, parágrafos 1o. E 4o.. I – Inocorrência de ofensa ao art. 129, VIII, C.F., no fato de a autoridade administrativa de atender requisição de membro do Ministério Público no sentido da realização de investigações tendentes a apuração de infrações penais, mesmo porque não cabe ao membro do Ministério Público realizar, diretamente, tais investigações, mas requisitá-las à autoridade policial,

competente para tal (C.F., art. 144, parágrafos 1º. E 4º.). Ademais, a hipótese envolvia fatos que estavam sendo investigados em instância superior. II. R.E. não conhecido (RE no. 205473/AL, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, j. 15.12.1998, DJ 19.3.1999, p.19) – (grifos acrescentados).

Portanto, o inciso VI do art. 129 do texto constitucional, que diz respeito à expedição de notificações, pelo órgão ministerial, nos procedimentos administrativos de sua competência (como os preparatórios de ação de inconstitucionalidade ou de representação por intervenção), a fim de requisitar informações e documentos para instruí-los, não se refere à atuação do Ministério Público nas investigações criminais. O mesmo ocorre com referência ao inciso IX<sup>5</sup> do mesmo dispositivo constitucional, cujas atribuições ali mencionadas, não podem ser estendidas para abranger também a investigação criminal. Invoca-se, nesse sentido, o magistério de *Ada Pellegrini Grinover* que, com a acuidade que lhe é peculiar, conclui:

Não tenho dúvida de que o desenho constitucional atribui a função de Polícia Judiciária e a apuração das infrações penais à Polícia Federal e às Polícias Cíveis, sendo que a primeira exerce, com exclusividade, as funções de Polícia Judiciária da União (art. 144). Parece-me evidente, também, que a referida exclusividade se refere à repartição de atribuições entre Polícia da União e Polícia Estadual, indicando a indelegabilidade das funções da primeira às Polícias dos Estados.<sup>6</sup>

Na realidade, a *Constituição Federal* distinguiu, com precisão, em incisos diferentes, a atuação ministerial em *procedimentos administrativos de sua competência*, como, por exemplo, o *inquérito civil*, daquela referente à *investigação criminal*, limitando, nesse caso, a atividade do Ministério Público à *requisição de inquérito policial e de*

---

<sup>5</sup> “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade (...)”.

<sup>6</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Investigações pelo Ministério Público*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 12, n. 145, p.4-5, dezembro de 2004.

*diligências investigatórias*. No mesmo sentido, vale a pena destacar a seguinte passagem do erudito parecer emitido pelo *Prof. José Afonso da Silva*, a pedido do IBCCRIM, que sustenta, *in verbis*:

6. Percorram-se os incisos em que o art. 129 define as funções institucionais do Ministério Público e lá se encontra nada que autorize os membros da instituição a proceder a investigação criminal diretamente. O que havia sobre isso foi rejeitado, como ficou demonstrado na construção da instituição durante o processo constituinte e não há como restabelecer por via de interpretação o que foi rejeitado.

Não se pode conceber, *vênia concessa*, um Ministério Público “polícia”, quando a própria Constituição Federal atribui-lhe, dentre tantas atribuições, às de *exercer o controle externo desta*. Ficaria sem sentido outorgar o poder de controle externo a um órgão que controla a própria atividade desenvolvida, pois, nesse caso, o controle externo caberia necessariamente a órgão diverso, posto que do contrário tratar-se-ia de *controle interno*, que sempre existe em toda administração pública. Isso, gize-se, não diminui a importância do Ministério Público, titular da *opinio delicti*, nessa preliminar, contudo, sempre como assistente, acompanhando a investigação, sem, contudo, substituir a polícia, Instituição verdadeiramente encarregada da direção e presidência do procedimento investigatório. À autoridade policial caberá, não há menor dúvida, com exclusividade, a direção de tais investigações, nos termos do art. 144, § 1º, IV, da CF.

Segundo integrantes do Ministério Público, sua *Lei Orgânica Nacional*, bem como a *Lei Orgânica do Ministério Público da União e dos Estados* contêm dispositivos que se compatibilizam com os poderes investigatórios penais da referida Instituição.

No entanto, ao contrário do que pretende o *Parquet*, examinando-se os diplomas legais mencionados, mas uma vez se comprova que, nem mesmo as ditas Leis Orgânicas, que regem as atividades do Ministério Público, dispõem sobre *os pretensos poderes investigató-*

rios na esfera criminal. O prurido dos legisladores infra-constitucionais não lhes recomendou que atribuíssem poderes investigatórios ao Ministério Público, porque esbarrariam no vício da inconstitucionalidade.

Com efeito, nem mesmo as *Leis Orgânicas* que regem as atividades do Ministério Público dispuseram sobre tais poderes desse órgão, na esfera processual penal. Realmente, a *Lei Orgânica Nacional do Ministério Público* (Lei nº 8.625, de 12.2.1993), em seu art. 25, inciso IV, e art. 26, inciso I, que relaciona, entre as funções ministeriais, a promoção e a instauração do *inquérito civil*, não faz qualquer menção sobre essa possibilidade relativamente ao *inquérito policial*, ou qualquer *investigação criminal comandada pelo Parquet*. Pelo contrário, quanto a estes limita-se a estabelecer, no art. 26, inciso IV, que poderá o Ministério Público “requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito militar, observado o disposto no art. 129, inciso VIII, da Constituição Federal”, isto é, “*podendo acompanhá-los*”, *mas não os presidir*, isolada ou cumulativamente. Não se afasta, assim, e nem poderia fazê-lo, da previsão constitucional. E, convenhamos, *requisitar* diligências investigatórias e/ou instauração de inquérito, *não se confunde com poder* para o Ministério Público *investigar* diretamente a existência de infrações penais. No mesmo sentido, em parecer imitado para o IBCCRIM, referindo-se ao *controle externo da atividade policial, pelo Ministério Público*, é incensurável a conclusão do emérito professor da USP. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *in verbis*:

Ora, se a Constituição dá ao Ministério Público o poder de “requisitar a instauração de inquérito policial” é porque obviamente não lhe dá o poder de realizar a investigação criminal que se faz por meio de tal inquérito. Se o Ministério Público pudesse realizar tal inquérito, para que autorizá-lo a requisitar a sua instauração?<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder investigatório do Ministério Público*.

Não se pode perder de vista, ademais, que o *verbo nuclear* do art. 7º da Lei Complementar 75/93 é “*requisitar*”, e tais requisições destinam-se à autoridade policial, que procederá às investigações ou instauração de inquérito, cabendo ao Ministério Público, se o desejar, acompanhar tais diligências, visto ser o destinatário das mesmas.

É falaciosa, por outro lado, a tese do Ministério Público – constituindo forma dissimulada de burlar o texto constitucional – pretender iniciar investigação através de *inquérito civil*, para, ao final da apuração, *dar ao conteúdo investigado conotação penal* e, com base nele, oferecer denúncia. Não existe nada no texto constitucional que autorize o Ministério Público a instaurar e presidir investigação criminal, ao contrário das pretensões do *Parquet*. “Embora o tenha feito – como destaca José Afonso da Silva<sup>8</sup> – por via do *inquérito civil* previsto no inc.III do art. 129, com *notório desvio de finalidade*, já que o *inquérito civil* é peça da instrução preparatória da ação civil pública consignada a ele no mesmo dispositivo e não evidentemente de instrução criminal. Ou tem pretendido usar de procedimento administrativo próprio, como o art. 26 do Ato 98/96 do Procurador-Geral de Justiça de São Paulo definiu, com desvio ainda mais sério, porque, a toda evidência, procedimento administrativo não é meio idôneo para proceder investigações criminais diretas. O fato mesmo de se recorrer a tais expedientes demonstra à saciedade, que o Ministério Público não recebeu da Constituição o poder para promover investigações diretas na área penal”.

Extremamente elucidativo, nesse particular, a seguinte síntese de Luis Guilherme Vieira que, subscrevemos, e, por sua pertinência, importante transcrevê-la, *in verbis*:

---

<sup>8</sup> SILVA, José Afonso da. *Controle externo da atividade policial como uma das funções institucionais do Ministério Público – Entendimento do art. 129, VII, da Constituição Federal(...)* p. 16 e ss.

O próprio Supremo Tribunal Federal quando abordou o tema, pela vez primeira, no RE 205.473-9<sup>9</sup> interposto pelo Ministério Público, contra concessão de habeas corpus pelo TRF da 5ª Reg. Trancando a ação penal. Na oportunidade, o Juiz Lázaro Guimarães, relator do writ, afirma que não compreendia “o poder de investigação do Ministério Público fora de excepcional previsão da ação civil pública (art.129, III, da CF). De outro modo, haveria uma polícia judiciária paralela, o que não combina com a regra do art. 129, VIII, da CF”. A hipótese era de ação penal por desobediência, a qual foi considerada não ocorrente e o recurso extraordinário não foi conhecido, em julgamento datado de 15.12.1998, com parecer, nesse sentido, do então Subprocurador-Geral Cláudio Fonteles. Na ementa, contudo, o eminente relator do recurso, Min. Carlos Veloso, consignou sua desaprovação as investigações criminais realizadas pelo Ministério Público: “não cabe o membro do Ministério Público realizar, diretamente, tais investigações, mas requisitá-las à autoridade policial”.<sup>10</sup>

Enfim, observa-se que as normas regente da matéria, em qualquer esfera, constitucional ou não, se mostram coerentes em tudo permitir ao Ministério Público, em termos de inquérito e ação civil públicos, não se estendendo, deliberadamente, à área criminal, restando, por conseguinte, os chamados “procedimentos investigatórios/administrativos criminais” completamente ao desamparo da lei e da constituição<sup>11</sup>. Por partilhar do mesmo entendimento, não há como deixar de subscrever a impecável conclusão de *Ada Pellegrini Grinover*, nos seguintes termos:

Nessas condições, não me parece oportuno, no atual sistema brasileiro, atribuir funções investigativas ao MP. Em primeiro lugar, por uma razão prática: o *Parquet*, declaradamente, não tem estrutura para assumir todas as investigações relativas a determinados crimes, sem proceder a uma insustentável seleção de casos. Em segundo lu-

---

<sup>9</sup> Brasil, STF, 2ª T. RE 205.473-9 – AL, Min. Carlos Velloso, DJU 19.03.1999, Ementário 1943-2.

<sup>10</sup> VIEIRA, Luís Guilherme. Op. Cit., p.347-348.

<sup>11</sup> VIEIRA, Luís Guilherme. Op. Cit., p.344.

gar, em nome da busca da maior eficácia possível nas investigações criminais: para tanto, é necessário que Polícia e MP deixem de digladiar-se, querendo para si uma atribuição que, isoladamente, será sempre insatisfatória. É preciso que as duas instituições aprendam a trabalhar em conjunto, como tem ocorrido em alguns casos, com excelentes resultados. É mister que Polícia e MP exerçam suas atividades de maneira integrada, em estreita colaboração. E é necessário promulgar uma nova lei sobre a investigação criminal, que substitua o inquérito policial burocrático e ineficiente de que dispomos, estimulando a atividade conjunta da polícia e do MP.<sup>12</sup>

Sintetizando, os próprios termos da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público não atribuem poderes investigatórios ao aludido órgão, na esfera criminal. Não há na Constituição, repetindo nada que autorize o Ministério Público a presidir investigação criminal.

### **3. A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E O EXERCÍCIO DA FUNÇÃO DE POLÍCIA JUDICIÁRIA**

Outro argumento que se articula com freqüência, para sustentar os poderes investigatórios do Ministério Público, na esfera processual penal, é que no ordenamento jurídico nacional, *a Polícia Judiciária não tem a exclusividade da investigação criminal, na medida em que outros órgãos diversos dela podem exercer funções investigatórias*.<sup>13</sup> Constata-se tais circunstâncias, por exemplo, em relação às Comissões Parlamentares de Inquérito e nos delitos praticados por membros da Magistratura, que são investigados pela autoridade judiciária, bem como nos delitos atribuídos a membros do Ministério Público, que são apurados pelo Procurador-Geral da

---

<sup>12</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Investigações pelo Ministério Público*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 12, n. 145, p.4-5, dezembro de 2004.

<sup>13</sup> SILVA, José Afonso da. *Controle externo da atividade policial como uma das funções institucionais do Ministério Público(...)*. p.19 e ss.: "Argumenta-se que a Constituição não deferiu à Polícia Judiciária o monopólio da investigação criminal. É verdade, mas as exceções estão expressas na própria Constituição e nenhuma delas contempla o Ministério Público.

República ou pelo Procurador-Geral da Justiça, conforme o caso. Outros exemplos ainda se podem agregar, como é o caso das investigações que realizam órgãos como a Receita Federal ou o Banco Central, os quais investigam irregularidades administrativas ou mesmo financeiro/tributárias, próprias de suas atribuições; quando encontram, no entanto, possíveis indícios da existência de crimes, encaminham referidos expedientes ao Ministério Público. É fácil perceber, portanto, que tais órgãos não têm atribuições investigatório-criminais, principalmente acompanhados de poder coercitivo, tanto que o surgimento de indícios da existência de crimes determina o encaminhamento de seus expedientes ao Ministério Público, que é o titular da ação penal.

Os exemplos citados, por outro lado, constituem claras *exceções à regra geral*, que é a apuração das infrações penais pela Polícia Judiciária, consubstanciada no art. 144 e parágrafo da CF, e no art. 4º, *caput*, do CPP, e, por isso mesmo, necessita encontrar-se expressamente previstos em lei. Ditas exceções à essa regra geral dependem, obrigatoriamente, de expressa previsão legal, o que não se verifica no caso de poderes investigatórios criminais atribuídos ao Ministério Público, como reconhece José Afonso da Silva,<sup>14</sup> *in verbis*: “Argumenta-se que a Constituição não deferiu à Polícia Judiciária o monopólio da investigação criminal. É verdade, mas as execuções estão expressas na própria Constituição e nenhuma delas contempla o Ministério Público”. No mesmo sentido, é a orientação adotada por Ada Pellegrini Grinover:<sup>15</sup> “A própria Constituição, como é sabido, atribui o poder de investigar a outros órgãos, como as Comissões Parlamentares de Inquérito – CPIs e os tribunais. E também é sabido que não confere expressamente essa função ao MP, sendo oportuno lembrar que as emendas à Constituição de 1988 que pretendiam atribuir funções investigativas penais ao Parquet foram rejeitadas, deixando portanto a salvo a estrutura constitucional acima descrita”.

---

<sup>14</sup> SILVA, José Afonso da, *op. cit.*

<sup>15</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Investigações pelo Ministério Público*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 12, n. 145, p.4, dezembro de 2004.

Por fim, o fato de ser o inquérito policial *facultativo* e dispensável para o exercício da ação penal por parte do MP não tem extensão que permita sustentar, a partir desse enunciado, o reconhecimento da existência de poderes investigatórios penais atribuídos ao órgão ministerial.

Com o efeito, se o Ministério Público *dispuser de elementos probatórios suficientes*, poderá propor a ação penal independente de inquérito policial (art. 39, § 5º, CPP). Por isso, não raro depara-se com ações penais fundadas em procedimentos administrativos tributários e previdenciários. No entanto, o fato de dispensar, em situações específicas, a obrigatoriedade do inquérito policial, não significa que, em decorrência dessa previsão, possa o Ministério Público investigar diretamente. *A dispensa de inquérito policial*, gize-se, está condicionada a serem oferecidos com a representação, “elementos que o habilitem a promover a ação penal” (art. 39, § 5º, do CPP), nesse caso, devendo oferecer a denúncia em quinze dias. Alguns aspectos, nesse contexto, afastam interpretação que leve a admissão da possibilidade de o Ministério Público investigar diretamente: primeiramente, o fato de o Código de Processo ter surgido em época em que se desconhecia a importância que o Ministério Público adquiriria no final do século XX; a dispensa do inquérito somente é autorizada se, “com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal”, significando dizer que a falta de tais elementos não autorizam a proposição da ação penal. E mais: nesses casos, não autorizam nem mesmo que o Ministério Público realize diretamente diligências complementares, além determinar que se abstenha de investigar ele próprio. Aliás, se o desejasse, seria a grande oportunidade para o legislador ter atribuído ao *Parquet* os discutidos “poderes investigatórios”, bastando ter consignado no texto legal o seguinte: “*se com a representação não forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal, o Ministério Público poderá diligenciar para obtê-los*”. No entanto, conscientemente, o legislador não fez, e deixou de fazê-lo deliberadamente, por que não achou conveniente atribuir essa atividade a um órgão que é o titular da ação penal e,

portanto, parte acusatória, para evitar a disparidade de armas entre acusação e defesa na relação processual penal.

*Não dispondo dos elementos probatórios necessários*, contrariamente ao almejado pelo Ministério Público, a Constituição, em seu art. 129, inciso VIII, autoriza ao Ministério Público *requisitar a instauração do inquérito*, que ficará a cargo da Polícia Judiciária. São, como vimos sustentando, coisas completamente distintas. A investigação criminal pelas polícias civis (federal e estaduais), como regra, é imposição do *princípio da legalidade*, sob a ótica administrativa, segundo o qual a Administração Pública somente poderá agir diante de texto de lei que a autorize. Ademais, é direito do cidadão e da sociedade saber, com antecedência, a quem incumbe investigar determinada infração penal, respaldado pela Constituição e pelas leis infraconstitucionais. Esse direito é decorrência natural da segurança jurídica, que deve ser preservada nos Estados Democráticos de Direito.

Por isso, não há como se afastar a regra geral de apuração das infrações penais pelas Polícias, civil e federal, sem norma expressa a respeito, compatível com o texto constitucional.

#### **4. UNILATERALIDADE DAS INVESTIGAÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO: DISTANCIAMENTO DA BUSCA DA “VERDADE REAL”**

*Luiz Alberto Machado*, emérito Professor da Universidade Federal do Paraná, *questionando a pretensa neutralidade investigatória do Ministério Público*, que, como titular da ação penal, beneficia-se diretamente do resultado dessas investigações preliminares, chega a inevitável conclusão:

(...) a lei não pode cometer as funções de elaboração de inquérito policial e de investigações criminais a quem não se revista expressamente de autoridade policial, segundo a Constituição Federal. A leitura que se deve fazer dessa atribuição administrativa constitucional é ser uma garantia individual, a garantia da imparcialidade e impessoalidade do Ministério Público, ‘dominus litis’ e que, por isso, não

deve, e não pode, investigar ou coligir informações para o exercício da ação processual criminal.<sup>16</sup>

A curta experiência brasileira tem demonstrado, à sociedade, que a realização de investigação criminal diretamente pelo Ministério Público compromete a neutralidade na apuração preliminar dos fatos, cujo resultado tem a finalidade de fundamentar o início da ação penal no *sistema acusatório* adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, em razão de que, nessa esfera, o *Parquet é parte*, pensa como *parte* e age como *parte*. Haverá nítida tendência a *selecionar aqueles elementos probatórios que favoreçam a acusação*, especialmente por que é atribuição do Ministério Público promover, com exclusividade, a ação penal pública. *Não é por outra razão, que, invariavelmente, em todas as investigações procedidas pelo Ministério Público invoca-se o questionado “sigilo”, com notória infringência aos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, com violação da paridade de armas, revestindo-se de inegável inconstitucionalidade. “Na verdade – sustenta Luis Guilherme Vieira – além do arbitrário e ilegal desequilíbrio entre as partes, violando o devido processo legal, há outro fundamento para não permitir ao Ministério Público proceder investigações criminais: quem investiga adota, de plano, um determinado ponto de vista, uma hipótese provisória, uma premissa maior, se a qual nenhuma conclusão advirá. Tal hipótese seduz o investigador, de tal forma, que o torne indiferente a qualquer outra possibilidade, o que é extremamente danoso quando ocorre com um Ministério Público inquisidor”*<sup>17</sup>

Por todas essas razões, o Ministério Público não pode e não deve assumir as funções investigatório-criminais, *num autêntico papel de polícia*, sem mudarmos todo o sistema jurídico brasileiro, que é acusatório, repita-se, preservando-se o Parquet para o seu genuíno

---

<sup>16</sup> MACHADO, Luis Alberto. Monopólio constitucional da investigação criminal, cit., p. 422.

<sup>17</sup> VIEIRA, Luís Guilherme. Op.cit. 318-319.

papel de acusador, quando os elementos para o exercício da ação penal se apresentarem, vista que, ao que parece, o Ministério Público abdicou da função de *fiscal da lei* e da sua fiel execução. Na verdade, de há muito o Ministério Público abandonou aquela sagrada função de *custos legis* em matéria criminal, agindo, por vezes, inescrupulosamente *contra legis*, no afã de conseguir, a qualquer custo, a realização de sua vocação acusatória. Razões como essa justificam que já se comece a exigir a criação de um órgão denominado *Ombudsmann*, para, na fase processual penal, exercer essa função que, outrora, se atribuía ao Ministério Público, talvez, até se pudesse atribuir essa função de *custos legis* à Defensoria Pública.

## 5. PODERES INVESTIGATÓRIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM ALGUNS ORDENAMENTOS JURÍDICOS ALIENÍGENAS

Os ordenamentos português e italiano adotaram – desde o Código Napoleônico, sendo ainda mantido – o juizado de instrução, que, no entanto, é bom que se registre, foi rejeitado pela Assembléia Nacional Constituinte de 1988. Mesmo assim, no ordenamento português, v.g., no qual a presidência do inquérito cabe ao Ministério Público, é clara a opção pela atividade investigatória coordenada e integrada entre o órgão ministerial e a polícia.

Essa integração também é prevista na Constituição Federal brasileira, na medida que o art. 129 assegura ao Ministério Público o controle externo da atividade policial, bem como o poder de requisitar diligências investigatórias. Quem tem a função de controlar e fiscalizar não pode concorrer com o controlado ou tem a função de controlar e fiscalizar não pode concorrer com o controlado ou fiscalizado, que, *mutatis mutandis*, pode-se dizer numa linguagem figurada, faria “concorrência desleal”, beneficiando-se da função praticamente controladora da organização policial, em detrimento desta que não tem a mesma oportunidade. Nesse sentido, com a acuidade de sempre, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, sentencia: “Ora, a fun-

ção de controle da atividade policial evidentemente exclui a realização de atividade policial típica, qual seja a realização do inquérito. Quem faz não pode controlar, quem controla, não pode fazer”<sup>18</sup>

Por outro lado, a admissão, mesmo parcialmente, de atividades investigatória penais ao Ministério Público nos dois ordenamentos mencionados – português e italiano – não derivou, pura e simplesmente, da interpretação deste ou daquele dispositivo, como se pretende fazer no Brasil. Ao contrário, foi fruto da opção do legislador pela adoção de um determinado sistema, no qual se permite que o órgão ministerial presida as investigações criminais, implicando inclusive na elaboração de novos diplomas processuais penais, algo inócua em nosso ordenamento vigente, que se recente de expressa previsão legal. Convém ressaltar, ademais, destacava Evaristo de Moraes Filho, “que o novo Código italiano preocupou-se em estabelecer uma diversificação de funções, ainda na fase preliminar, instituindo a figura do *giudice per le indagini preliminari* (art. 328), incumbido de manifestar-se sobre certas questões de natureza probatória, e competente para examinar o pedido de arquivamento, e, sobretudo, para decidir sobre a abertura da ação penal, após uma audiência de caráter contraditório, com possibilidade de colheita de novas provas. A presença deste juiz é a forma de controlar, indiretamente, a atuação do Ministério Público, como que em resposta à famosa indagação de Juvenal: *Quis custodiet ipsos Custodes?*”<sup>19</sup>

Realmente, quem investigará ou controlará o investigador Ministério Público? Em outros termos, quem fará o controle externo desse órgão investigador?

Extraí-se daí que nem mesmo a inserção de dispositivo na Constituição da República atribuindo poderes investigatórios penais ao Ministério Público resolveria a questão, sem macular todo o sistema

---

<sup>18</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. op. cit.

<sup>19</sup> MORAES FILHO, Antonio Evaristo de. “Ministério Público e o inquérito policial”. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v.5, n. 19, São Paulo, jul-set.1997, p. 107.

que foi idealizado pelo legislador constituinte e reproduzido na legislação infraconstitucional: o sistema acusatório. Isso porque, como destaca o Memorial dos Institutos Jurídicos, “uma simples mudança constitucional, não traria a necessária reformulação sistêmica para ordenar todas as Instituições (Magistratura, Ministério Público, Polícias, Defensorias e Advocacia, assim como demais órgãos auxiliares) de forma equilibrada e isonômica no desenvolvimento da persecução penal em suas fases. Faltaria, ainda, estrutura material e uma nova ordenação jurídica infraconstitucional a fim de determinar, segundo o princípio da legalidade, as novas esferas e funções para o atuar de cada órgão”.

## 6. OS “MISTÉRIOS” DO MINISTÉRIO PÚBLICO INVESTIGADOR

Finalmente, com uma campanha maciça e mais agressiva foi veiculado nos meios de comunicação, especialmente em São Paulo, o seguinte slogan: “com o Ministério Público não há Mistério”! Esse slogan traz em seu bojo, no mínimo, a insinuação de que a outras instituições falta transparência, prejudicando a confiabilidade.

Realmente, além de uma grande jogada de *marketing* usado no Estado de São Paulo, referido slogan traz em seu bojo, pelo menos, a insinuação de que em outras instituições a ausência de transparência prejudica a confiabilidade e eficiência. No entanto, a assertiva que “transparece” no slogan não é verdadeira, no campo criminal, cujas investigações realizadas pelo Ministério Público são sempre “envoltas em mistérios”, passando-se meses e, às vezes, até anos (enquanto a polícia tem prazo limitado para concluir as investigações e necessita de autorização para prorrogá-lo), investigando sigilosamente, sem que os investigados/acusados tenham conhecimento, ao arripio do texto constitucional que assegura o contraditório e a ampla defesa a qualquer cidadão que seja em geral “acusado” (art. 5º, inciso LV, CF). Ignora-se que as investigações criminais deverão ter, no mínimo, um prazo razoável para concluir-se, sendo vedado ao Estado, indepen-

dentemente dos órgãos ou instituições que utilize, eternizar-se na invasão da privacidade/liberdade de qualquer cidadão, haja ou não suspeita de alguma irregularidade. Em prazo razoável,<sup>20</sup> devem os organismos do sistema repressivo estatal chegar a alguma conclusão.

Com efeito, contrariando referido slogan, pode-se afirmar que os “Mistérios” do Ministério Público investigador-criminal podem ser sintetizados nos seguintes:

- a) *o Ministério Público não investiga todos os fatos* – os próprios defensores do poder investigatório criminal do Ministério Público reconhecem que não há interesse e nem possibilidade de o *Parquet* assumir a investigação de todos os fatos.

O Ministério Público reconhece que não teria condições materiais de abarcar toda a investigação criminal, limitando-se a atuar em um ou outro cãs, *“quando o interesse público exigir”*, mas, *desarrazoadamente, quem definira quando se faz presente a “exigência do interesse público”*, seria o próprio *Parquet*. Em suma, quer-se, no fundo, escolher os casos penais a investigar, que a prática tem demonstrado, são os casos rumorosos e de grande repercussão na mídia, o que resulta completamente absurdo, inclusive pela falta de condições materiais, especialmente de proteção física dos próprios órgãos do Ministério Público e aos seus.

Realmente, o Ministério Público *somente tem interesse de investigar aqueles casos* que, por uma razão ou outra, rende muitos dividendos na grande mídia. Essa voracidade pela mídia, tem levado, inclusive, alguns de seus membros lançarem boatos na imprensa e, após, invocarem os próprios boatos como fundamento de investigação criminal que fazem, atropelando os princípios éticos que devem orientar a postura de qualquer Pública, e especialmente quem se arvorava como único detentor do patrimônio ético nacional. Com efeito,

---

<sup>20</sup> Veja sobre o tema LOPES JR., Aury & BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito ao Processo Penal no PRAZO RAZOÁVEL*. Rio de Janeiro, Editora Lúmen Júris, 2006.

Ministério Público, com frequência indesejável, divulga as investigações, mesmo as taxadas de “sigilosas”, primeiro para a mídia, de tal forma que o investigado e seu defensor são surpreendidos pelos meios de comunicação, antes de serem oficialmente cientificados dos atos processuais.

Em síntese, o Ministério Público não investiga os fatos, *investiga somente aquilo que quer provar*, isto é, somente colhe indícios e subsídios que interessem à sua tese, e não à verdade dos fatos.

- b) *não admite jurisdicional de seus atos investigatórios* – esse é seguramente um de seus maiores equívocos em um Estado Democrático de Direito, ignorando o texto constitucional que assegura “aos acusados em geral” a ampla defesa e o contraditório (art. 5º, LV, CF). Aliás, a Resolução n. 13 editada pelo CNMP, em seu artigo 6º, § 1º, afasta a quebra de sigilo determinada pelo Ministério Público do crivo do próprio Poder Judiciário, como destacamos mais adiante. Esse “mistério” das investigações do MP é complementado com o seguinte.
- c) *todas as investigações realizadas pelo Ministério Público são, segundo seus próprios membros, sigilosas* – basicamente em todas as investigações realizadas pelo MP tem sido invocado sigilo, inclusive para o investigado e seu advogado. Investigações procedidas em locais e horários impróprios, sem mandado judicial, tem sido levado a efeito.

Em outros termos, o Ministério Público, o cotidiano tem demonstrado isso, não admite que o defensor tenha acesso aos elementos das investigações, numa demonstração clara de sua dificuldade de atuar *transparentemente* em um Estado Democrático de Direito. *Interroga os investigados sem dar-lhes ciência dos fatos de que estão sendo suspeitos ou acusados*. Recentemente, o *Ministro Sepúlveda Pertence*, no emblemático HC 82.354-8/PR, declarou que o eventual Sigilo, quando a lei permite, *não abrange o investigado e seu advogado*, que constitucionalmente, têm direito e prerrogativa de serem

previamente cientificados. Destacamos, por sua pertinência, parte da ementa desse *writ*:

I. (...)

II. Inquérito policial: inoponibilidade ao advogado do direito de vista dos autos do inquérito policial.

1. (...)

2. Do plexo de direitos dos quais é titular o indiciado – interessado primário no procedimento administrativo do inquérito policial –, é corolário e instrumento a prerrogativa do advogado de acesso aos autos respectivos, explicitamente outorgada pelo Estatuto da Advocacia (L. 8906/94, art. 7º, XIV), da qual – ao contrário do que previu em hipóteses assemelhadas – não se excluíram os inquéritos que correm em sigilo: a irrestrita amplitude do preceito legal resolve em favor da prerrogativa do defensor o eventual conflito dela com os interesses do sigilo das investigações, de modo a fazer impertinente o apelo ao princípio da proporcionalidade.

3. A oponibilidade ao defensor constituído esvaziaria uma garantia constitucional do indiciado (CF, art.5º, LXIII), que lhe assegura, quando preso, e pelo menos lhe faculta, quando solto, a assistência técnica do advogado, que este não lhe poderá prestar se lhe é sonegado o acesso aos autos do inquérito sobre o objeto do qual haja o investigado de prestar declarações.

4. (...) (STF, 1ª Turma, (HC. 82.354-8/PR, unânime, Rel.Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento em 10 de agosto de 2004).

Finalmente, precisamos saudar, o STF manifestou-se especificamente sobre esses abusos que, nos últimos anos, haviam feito letra morta do texto constitucional, procedimento, que, aliás, o Ministério Público tem sido multirreincidente. *Mutatis mutandis*, o entendimento adotado para o inquérito policial, aplica-se a todos os eventuais procedimentos investigatórios criminais, sejam em que âmbito for. Enfim, é preciso repensar os poderes investigatórios exércitos

pelo Ministério Público. Hoje, o cidadão investigado não tem nenhuma proteção diante do ilimitado poder que Instituição arvora-se dispor. Estamos assistindo á disseminação do abuso e o cidadão está perdendo a possibilidade de invocar, a seu favor, as garantias constitucionais que são constantemente violadas, inclusive com impedimento do crivo do Judiciário, como prevê o § 1º do art. 6º da Resolução n. 13, recentemente aditada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, conforme demonstraremos adiante.

Nessa linha, curvando-nos a bem elaborada pesquisa de *Luis Guilherme Vieira*, invocamos novamente o “Recurso Ordinário de HC n. 81.326-7,<sup>21</sup> a 2ª Turma do STF que, unanimemente, sob o voto condutor do Min. Nelson Jobim, *decidiu que o Ministério Público não possui atribuições para realizar, diretamente, investigação de caráter criminal*. Esse julgamento passou a ser o paradigma de muitas outras decisões de tribunais de todo o país que antes com algumas hesitações, e posteriormente com mais segurança vêm consagrando o mesmo entendimento. Em seu voto, o Min. Jobim destaca que, historicamente, no direito processual penal brasileiro, as atribuições para realizar as investigações preparatórias da ação penal têm sido da polícia, pelas mais diversas razões, as quais têm prevalecido a ponto de todas as iniciativas no sentido de mudar as regras, nessa matéria, terem sido repelidas, desde a proposta de instituir *Juizados de Instrução* feita pelo então Ministro da Justiça, Dr. Vicente Ráo, em 1935, passando pela elaboração da Constituição de 1988, da lei complementar relativa ao Ministério Público, em 1993, até propostas de emendas constitucionais em 1995 e 1999, com objetivo de dar atribuições investigatórias ao *Parquet*<sup>22</sup>.

Na verdade, como lembra *Luis Guilherme*, o legislador brasileiro – constituinte e ordinário - sempre rejeitou a idéia de transformar o Ministério Público em “Grande Inquisidor”, reservando-lhe o papel

---

<sup>21</sup> Brasil, STF, 2ª T. RO em HC 81.326-7, rel. Min. Nelson Jobim. *DJU* 1º.8.2003.

<sup>22</sup> Apud VIEIRA, Luís Guilherme. *Op.cit.*, p.310.

superior de *controlador/fiscalizador* das atividades policiais. Por isso, o Min. Jobim afirma, acertadamente, que a *mens legis* das normas em vigor é, seguramente, no sentido de manter as investigações criminais como atribuição exclusiva da polícia judiciária.<sup>23</sup>

## 7. A DOUTRINA DOS PODERES IMPLÍCITOS

Argumenta-se, para se reconhecer poderes investigatórios criminais ao Ministério Público, que, *implicitamente*, estariam recepcionados pelo art. 129 da Constituição, e mesmo que se entenda que a Constituição não lhe tenha conferido expressamente os tais poderes, deve-se aplicar a *doutrina dos poderes implícitos*, considerando-se que se a Constituição assegura-lhe a competência privativa para promover a ação penal pública, deve igualmente, garantir-lhe os meios necessários para tal fim.

A conhecida *doutrina dos poderes implícitos* tem suas origens na escola clássica do constitucionalismo norte-americano, radicada na concepção do Estado literal. Trata-se de regra de interpretação, concebida no seio da Constituição americana, e como atribuía amplos poderes ao governo dos Estados Unidos, necessitava assegurar-lhe também os mais amplos meios para sua execução. Essa doutrina constitucional, no entanto, afasta a aplicação da doutrina dos poderes implícitos quando houve outra norma constitucional que cuide da competência que se pretende implicitamente. Em outros termos, somente se admite a inovação dessa regra de interpretação onde houve *lacuna constitucional, ou então, quando houver* uma competência explícita e justificável que se pretenda aprofundar e não alargar.

No caso, porém, não se verifica nenhuma das duas hipóteses. Primeiramente, *não há lacuna constitucional na competência em questão*. A norma do art. 144 da Constituição da República atribui expressamente *a função de polícia judiciária* às polícias civis, federal

---

<sup>23</sup> Idem, ibidem.

e estaduais. Sendo assim, a Constituição indicou a Instituição, resultando impossível atribuí-la indistintamente a outro órgão, sem que o próprio legislador constituinte o tenha feito. Em segundo lugar, *não se cuidaria de aprofundar competência do Ministério Público, mas de criá-la*, uma vez que, expressamente, a Constituição não atribuiu poderes investigatórios ao órgão ministerial, no âmbito processual penal. Aplicável, no caso, a incensurável lição de *Canotilho*<sup>24</sup> que sentencia: “A força normativa da Constituição é incompatível com a existência de competências não escritas salvo no caso de a própria Constituição autorizar o legislador a alargar o leque de competências normativo constitucionalmente especificado”.

Em síntese, poderes *implícitos* só podem existir quando a Constituição for omissa, isto é, quando não conferir os *meios* expressamente em favor do titular ou em favor de outra autoridade, órgão ou instituição. Se, no entanto, expressamente outorgar a quem quer que seja o que se tem como *meio* para atingir o *fim* pretendido, não se pode falar em poderes implícitos<sup>25</sup>. Não há poder implícito onde este foi explicitado, expressamente estabelecido, mesmo que tenha sido em favor de outra instituição. Enfim, o poder implícito somente pode ser reconhecido quando a Constituição não disciplina a matéria: a competência que é atribuída a um órgão, não pode ser invocada por outro, sob nenhum pretexto, como acemente sentença *Canotilho*<sup>26</sup>. “Mas são claros os limites dos poderes implícitos: eles não podem subverter a separação e a interdependência dos órgãos de soberania constitucionalmente estabelecida, *estando em especial excluída a possibilidade de eles afetarem poderes especificamente atribuídos a outros órgãos*”.

---

<sup>24</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 1999, p.1.334.

<sup>25</sup> Cf. A doutrina Marshall e de outros constitucionalistas em *Ruy Barbosa e dente mesmo, Comentários à Constituição Federal Brasileira*, Vol. 1, São Paulo, Saraiva, 1932, pp. 190 e ss.

<sup>26</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 1999, p. 494-495.

Com efeito, não é uma opção sustentável a importação da doutrina dos poderes implícitos para nosso Estado constitucional, especialmente no caso *sub examen*. Necessariamente, destaca *José Afonso da Silva*, deve-se questionar se há entre a investigação preliminar e a ação penal uma relação de meio e fim. O *meio* para o exercício da ação penal consiste no aparato institucional com a habilitação, competência adequada e condições materiais para fazê-lo. O *fim* (finalidade, objetivo) da investigação penal, por sua vez, *não é a ação penal*, mas a apuração da autoria do delito, de suas causas, de suas circunstâncias. O resultado dessa apuração constituirá a instrução documental – o inquérito – (daí, tecnicamente, *instrução penal preliminar*) para fundamentar a ação penal e serve de base para a instrução penal definitiva.

## 8. A RESOLUÇÃO Nº 13 DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO E SUA INCONSTITUCIONALIDADE

O art. 144, § 4º, da CF estabelece que *às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União as funções de polícia judiciária, e a apuração de infrações penais, exceto as militares*. Significa afirmar-se “que a Constituição reservou à polícia civil estadual um campo de atividade exclusiva que não ser invadido por norma infraconstitucional e, menos ainda, por disposições de ato administrativo. Uma delas é a realização do inquérito policial, que constitui o cerne da atividade de polícia judiciária, que não comporta o controle do Ministério Público (...). A outra é que também à polícia civil, polícia judiciária, se reservou a função de apuração das infrações penais, o que vale dizer o poder investigatório, sendo, pois, de nítido desrespeito à Constituição normas eu atribuam a órgão do Ministério Público a faculdade de promover diretamente investigações como o fez o art. 26 do ato 98/96”<sup>27</sup>

---

<sup>27</sup> SILVA, José Afonso da Silva. *Controle externo da atividade policial como uma das funções institucionais do Ministério Público – Entendimento do art. 129, VII, da Constituição*

Ocorre que, a despeito pender de julgamento, no Supremo Tribunal Federal, a questão dos limites dos *poderes investigatórios do Parquet*, recentemente o *Conselho Nacional do Ministério Público aprovou a Resolução nº 13*, a pretexto de regulamentar o art. 8º da Lei Complementar nº 75/93 e o art. 26 da Lei nº 8.625/93, disciplinando” os poderes investigatórios do órgão ministerial.

No entanto, *a inconstitucionalidade dessa Resolução é inquestionável*, posto que, escancaradamente, *viola o art. 22, inciso I*, da Carta Magna brasileira ao legislar em matéria processual penal. Em verdade, a dita *Resolução pretende regulamentar dispositivos de Lei que não tratam de poderes investigatórios do Ministério Público*; ou seja, não se trata de regulamentação, *in casu*, mas de verdadeira *criação de poderes investigatórios* em favor do órgão ministerial, ao arrepio do texto constitucional, e ainda na pendência de exame da matéria pela Suprema Corte. Refletindo sobre a possibilidade, *de lege ferenda*, de criar um procedimento investigatório criminal, para atribuir tais funções ao Ministério Público, com base no inciso IX do art. 129 da Constituição Federal, *Pellegrini Grinover* questiona qual seria o *instrumento normativo* adequado para tanto? Ela própria responde taxativamente:

Somente a lei, é evidente. O princípio da reserva legal o impõe. E o § 5º do art. 128 da Constituição reforça o entendimento, quanto estabelece que as atribuições do MP serão estabelecidas por lei, observe-se lei complementar.

Servirá a esse objetivo a Lei Orgânica do Ministério Público – LOMP em vigor, que prevê algumas funções investigativas para o MP? Não. As referidas atribuições ligam-se ao exercício da ação civil pública, outra função institucional do MP, nos termos do art. 129, III, da Constituição. Só lei complementar, que atribuísse expressa e especificamente funções investigativas penais ao órgão ministerial, teria o

---

*Federal – Conteúdo da lei complementar e seus limites constitucionais – Competências exclusivas das polícias, em Revista ADPESP, ano 17 – n. 22 – dezembro 1998, p. 19 e ss.*

condão de configurar o instrumento normativo idôneo para atribuir outras funções ao MP, não contempladas nos incs. I a VIII do art. 129, com base na previsão residual do inc. IX. Surge, portanto, outra conclusão: sem a lei complementar acima referida, o MP não pode exercer funções investigativas penais. Por via de conseqüência, são flagrantemente inconstitucionais e desprovidos de eficácia os atos normativos editados no âmbito do MP, instituindo e regulando a investigação penal pelos membros do Parquet.<sup>28</sup>

Poderes e atribuições privativas do Poder Judiciário também foram invadidos na referida Resolução. Autoriza-se órgão ministerial a promover o arquivamento do “procedimento investigatório criminal”, sem qualquer controle por parte do Judiciário. Atribui-se, com efeito, o poder de requisitar “condução coercitiva de testemunhas”; assegura-se ao órgão ministerial o acesso incondicional a qualquer banco de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública. Destacando-se, para não pairar qualquer dúvida sobre a ausência de quaisquer limites, que “nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido” (art. 6º, § 1º, da Resolução).

Resta claro, pelo texto citado, que o Ministério Público pretende afastar de suas atividades investigatórias (por que, vênha concessa, de poder não se trata) o crivo do próprio Poder Judiciário, numa afronta gritante ao texto constitucional. Seria o *Parquet* um superpoder, superior aos Três Poderes da República? Pode não ser, mas que parece, parece.

Por outro lado, o Conselho Nacional do Ministério Público não tem legitimidade para “legislar” sobre a matéria, ao contrário da invocação daquele, como se pode constatar: “O CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, no exercício das atribuições que

---

<sup>28</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Investigações pelo Ministério Público*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 12, n. 145, p.4, dezembro de 2004.

lhes são conferidas pelo artigo 130-A, § 2º, inciso I, da Constituição Federal e com fulcro no art. 64-A de seu Regimento Interno.” Contudo, examinemos o conteúdo dos dois dispositivos invocados, começando por aquele da Carta Magna:

Art. 130-A (...),

§ 2º (...),

I – zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências.

Tampouco o artigo do *Regimento Interno do CNMP* cria ou disciplina tal atribuição, posto que se limita a regram o procedimento interno de projetos de resolução naquele colegiado:

Art. 64-A. Os procedimentos que visem a expedição de atos de caráter normativo/regulamentar terão a seguinte tramitação: (Incluído pela Emenda Regimental nº 1 de 2006) (...).

Há claramente, como se pode constatar, invasão de reserva constitucional atribuída, com exclusividade, ao Poder Legislativo da União, fonte única de normas processuais, como já registramos. Aliás, nessa linha, já existe a ADI nº 3.806, proposta pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil – ADEPOL/BRASIL, distribuída em 10/10/2006, tendo como relator o Ministro Ricardo Lewandowski, argüindo a inconstitucionalidade da Resolução CNMP nº 13, de 2/10/2006<sup>29</sup>. No mesmo sentido, o Conselho Federal da OAB, em sua composição plenária, deliberou no dia 30 de outubro do corrente ano que a Ordem dos Advogados deve ajuizar uma ADI postulando o reconhecimento da inconstitucionalidade não apenas da referida resolução, como também dos próprios poderes investigatórios pretendidos pelo Ministério Público.

---

<sup>29</sup> Até a presente data, os requerimentos de concessão de medida liminar pleiteados nas ADIs não foram apreciados pelo ministro-relator.

Enfim, indiscutivelmente, a Resolução nº 13 ofende a Constituição Federal sob vários aspectos, sendo inevitável a declaração de sua inconstitucionalidade, em homenagem aos postulados do Estado Democrático de Direito.<sup>30</sup> Reforça nossa conclusão, o magistério de Ada Pellegrini Grinover, *in verbis*: “sem a lei complementar acima referida, o MP não pode exercer funções investigativas penais. Por via de conseqüência, são flagrantemente inconstitucionais e desprovidas de eficácia os atos normativos editados no âmbito do MP, instituindo e regulando a investigação penal pelos membros do *Parquet*”.

Pois bem, após vermos que a unanimidade dos grandes autores que se debruçaram sobre o tema sustentam que é impossível reconhecer-se, nos limites do marco constitucional brasileiro, poderes investigatórios atribuídos ao Ministério Público, convém que se faça, ainda que superficialmente, uma análise sobre o entendimento jurisprudencial, particularmente sobre o entendimento do STF.

## 9. EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA ILEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA REALIZAR INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

No âmbito da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, esta matéria vem sendo discutida há algum tempo, sendo que ainda não

---

<sup>30</sup> SILVA, José Afonso da Silva. *Controle externo da atividade policial como uma das funções institucionais do Ministério Público – Entendimento do art. 129, VII, da Constituição Federal – Conteúdo da lei complementar e seus limites constitucionais – Competências exclusivas das polícias*, em *Revista ADPESP*, ano 17 – n. 22 – dezembro 1998, p. 19 e ss.: “De passagem, já me manifestei sobre o tema, nos temos seguintes: “o art. 144, § 4º estatui que às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária, e a apuração de infrações penais, exceto as militares. Isso quer dizer que a Constituição reservou à polícia civil estadual um campo de atividade exclusiva que não pode ser invadido por norma infraconstitucional e, menos ainda, por disposições de ato administrativo. Uma delas é a realização do inquérito policial, que constitui o cerne da atividade de polícia judiciária, que não comporta o controle do Ministério Público (...) A outra é que também à polícia civil, polícia judiciária, se reservou a função de apuração de infrações penais, o que vale dizer o poder investigatório, sendo, pois, de nítido desrespeito à Constituição normas que atribuem a órgãos do Ministério Público a faculdade de promover diretamente investigações como o fez o art. 26 do ato 98/96”.

temos um posicionamento firmado. Ao que parece, o primeiro julgado da Suprema Corte sobre este tema foi o HC 77.371/SP, relatado pelo Ministro Nelson Jobim. Nesse julgado, muito embora não tenha sido enfrentada diretamente a questão da legitimidade do Parquet para realizar atos investigatórios em matéria penal, o Tribunal entendeu possível que o Ministério Público realizasse oitiva de testemunhas antes do oferecimento da exordial acusatório. Vejamos o teor da ementa:

EMENTA: HABEAS CORPUS, PROCESSO PENAL, SENTENÇA DE PRONÚNCIA, PROVA COLHIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO.

Incorre excesso de linguagem na sentença de pronúncia que apenas demonstra a existência de indícios de claros e suficientes de autoria e motiva sucintamente a ocorrência de qualificadora do homicídio. E remete ao Tribunal do Júri a solução da questão.

Legalidade da prova colhida pelo Ministério Público. Art. 26 da Lei 8625/93.

Ordem denegada (Grito nosso) [STF, HC 77.371-3/SP; 2ª Turma, Rel. Min. Nelson Jobim, Unânime, DJ. 01/09/98].

Pouco tempo depois, esta mesma Turma enfrentou novamente a questão no julgamento do RE 205473. Desta vez, contudo, chegando à conclusão diversa, ou seja, a de que *o Parquet não possui legitimidade para conduzir diretamente investigação criminal, in verbis:*

EMENTA CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL, MINISTÉRIO PÚBLICO, ATRIBUIÇÕES, INQUÉRITO, REQUISICÃO DE INVESTIGAÇÕES, CRIME DE DESOBEDIÊNCIA, CF, art. 129, VIII; art. 144, §§ 1º e 4º.

I - Inocorrência de ofensa ao art. 129, VIII, CF no fato de a autoridade administrativa deixar de atender requisição do membro do Ministério Público no sentido da realização de investigações tendentes à apuração de infração penais, mesmo porque não

cabe ao membro do Ministério Público realizar, diretamente, tais investigações, mas requisitá-las à autoridade policial, competente para tal (CF, art. 144, §§ 1ª e 4ª). Ademais, a hipótese envolvia fatos que estavam sendo investigados em instância superior.

II - RE não conhecido (Grifo nosso)

[STF, RE 205,473-9/AL; 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, Unânime, DJ. 15/12/98]

O posicionamento adotado pela Turma fica ainda mais claro no seguinte exceto do voto do Min. Relator, *in verbis*:

(...) porque não compete ao Procurador da República, na forma do dispositivo no art. 129 VIII, da Constituição da República, assumir a direção das investigações, substituindo-se à autoridade policial, dado que, tirante a hipótese inscrita no inciso III do art. 129 da Constituição Federal, não lhe compete assumir a direção de investigação tendentes à apuração de infrações penais (art. 144, §§ 1º e 4º).

No ano seguinte, no julgamento do RE 233072, da relatoria do Min. Néri da Silveira, a 2ª Turma reconheceu, novamente, a *ilegitimidade do Ministério Público para realizar diretamente diligências investigatórias*, ficando vencidos o Ministro relator e o Ministro Maurício Corrêa. Vejamos a emenda do julgado:

EMENDA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO, MINISTÉRIO PÚBLICO, INQUÉRITO ADMINISTRATIVO, INQUÉRITO PENAL, LEGITIMIDADE. O Ministério Público (1) não tem competência para promover inquérito administrativo em relação à conduta de servidores públicos; (2) nem competência para produzir inquérito sob argumento de que tem possibilidade de expedir notificações nos procedimentos administrativos; (3) pode propor ação penal sem o inquérito, desde que disponha de elementos suficientes. Recurso não conhecido (Grifo nosso)

[STF, RE 233.072-4/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 18/05/99]

No ano de 2003, houve o julgamento do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* nº 81.326/DF, no qual a Suprema Corte, reformando decisão do Superior Tribunal de Justiça, *decidiu que ao Ministério Público é vedado conduzir diretamente investigação de feitos criminais*. Neste julgamento, diretamente de todos os citados anteriormente, o voto condutor do acórdão trabalha, de forma detalhada, todos os argumentos contrários à possibilidade de o Ministério Público conduzir investigações. Por isso, tornou-se um precedente-paradigma

A situação fática objeto do julgamento foi a seguinte: o *Parquet* expediu requisição a um Delegado de Polícia determinando seu comparecimento para prestar esclarecimentos em Procedimento Administrativo Investigatório Supletivo (PAIS), junto ao Núcleo de Investigação Criminal e Controle Externo da Atividade Policial. O julgado ficou ementado nos seguintes termos:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. MINISTÉRIO PÚBLICO. INQUÉRITO ADMINISTRATIVO. NÚCLEO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL/DF. PORTARIA. PUBLICIDADE. ATOS DE INVESTIGAÇÃO. INQUIRIRIÇÃO. ILEGITIMIDADE.

1 – PORTARIA. PUBLICIDADE: A portaria que criou o Núcleo de Investigação Criminal e Controle Externo da Atividade Policial no âmbito do Ministério Público do Distrito Federal, no que tange a publicidade, não foi examinada no STJ. Enfrentar a matéria nesse Tribunal ensejaria supressão de instância. Precedentes.

2 – INQUIRIRIÇÃO DE AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. ILEGITIMIDADE: A Constituição Federal dotou o Ministério Público do poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (CF, art. 129, III). A norma constitucional não contemplou a possibilidade do *parquet* realizar e presidir inquérito policial. Não cabe, portanto, aos seus membros inquirir diretamente pessoas suspeitas de autoria de crime. Mas requisitar diligência nesse sentido à autoridade policial. Precedentes.

O recorrente é delegado de polícia e, portanto, autoridade administrativa. Seus atos estão sujeitos aos órgãos hierárquicos próprios da Corporação, Chefia de Polícia, Corregedoria. Recurso conhecido e provido, (grifo nosso). (STF, RHC 81326-7/DF; 2º Turma, Rel. Min. Nelson Jobim, unânime, DJ. 01/08/2003]

Vejamos os principais argumentos utilizados pelo do Ministro Relator, acompanhado, à unanimidade, pelos demais Ministros integrantes da 2º Turma:

*Ab initio*, o Ministro traz elementos históricos com o fim de demonstrar a *atribuição exclusiva da polícia para realização de diligência investigatória em matéria penal*. Faz referência à tentativa, em 1936, de criação dos *Juizados de Instrução*, a qual restou fadada ao insucesso por opção do legislador em manter o Inquérito Policial. Ressalta, ainda, que *a Polícia Judiciária é exercida pelas autoridades policiais, sendo o Inquérito Policial o instrumento adequado de investigação na esfera penal para subsidiar o Ministério Público na instauração da ação penal. Menciona precedentes de Nelson Hungria no Supremo Tribunal, quando afirmara: (...) o Código de Processo Penal (...) não autoriza, sob qualquer pretexto, semelhante deslocamento da competência, ou seja, a substituição da autoridade policial pela judiciária e membro do MP na investigação do crime..”* Refere, também, que na Assembleia Nacional Constituinte de 1988 o processo de instrução presidido pelo Ministério Público foi debatido e rejeitado. O último elemento histórico alegado no voto foi que “O Constituinte rejeitou as emendas 945, 424, 1025, 2095, 20524, 24266 e 30513, que, de um modo geral, davam ao Ministério Público a supervisão, advocação e o acompanhamento da investigação criminal”.

Além de argumentos históricos, o Ministro assinalando os arts. 144, § 4º, 129, VIII, ambos da CF, bem como os arts. 7º e 8º da LC 75/93, conclui que *o poder de realizar investigação criminal é exclusivo da Polícia*, restando ao Ministério Público o poder para *requisitar diligências investigatórias*. Ao final, colaciona precedentes do Supremo Tribunal Federal, decidindo pelo provimento do recurso para o

fim de anular a requisição expedida pelo *Parquet* por falta de legitimidade para realizar atos de investigação criminal.

Nota-se que os precedentes até aqui referidos são oriundos das Turmas da Suprema Corte, não tendo a matéria chegado - de forma direta - ao Plenário. Isso ocorreu no julgamento do *Inquérito 1968/DF*, o qual se encontra suspenso, com pedido de vista do Ministro Cezar Peluso. O fato subjacente deste Inquérito é a existência, em tese, de irregularidades na Clínica Santa Luzia na prestação de serviços médico-hospitalares, com suposto desvirtuamentos de recursos provenientes do SUS. O inquérito está sendo conduzido pelo Supremo tribunal Federal porque um dos investigados era Deputado Federal na época dos fatos - Remy Abreu Trinta. A denúncia está embasada em diligências investigatórias conduzidas pelo Ministério Público Federal.

O *Ministro Marco Aurélio* - relator do Inquérito - votou no sentido de *ao Ministério Público não ser possível conduzir investigação criminal*, mas sim ser *parte* da ação penal. Os argumentos usados pelo ilustre relator, de forma sintética, remontam a distinção entre a “titularidade de ação penal e a feitura de investigações para alicerçá-la”. Refere que *a Constituição determina pertencer ao Ministério Público o exercício da primeira tarefa, e à Polícia a legitimidade exclusiva para exercer a segunda*. Consigna que entender o contrário implicaria “inversão da disciplina constitucional, potencializando-se o objeto a ser alcançado em detrimento do meio”.

Logo após o voto do relator, o *Ministro Nelson Jobim* acompanhou-o. Em seguida, contudo, pediu vista o Ministro Joaquim Barbosa. Retomando o julgamento, votou o Ministro de forma contrária ao relator, entendendo deter o Ministério Público legitimidade para realizar diligências investigatórias. Amparou sua conclusão, principalmente, na teoria dos *poderes implícitos*, já rebatidos por nós acima.

Na mesma sessão os Ministros Eros Grau e Carlos Britto também apresentaram seus votos admitindo o poder investigatório do *Parquet*. Em síntese, o Ministro Carlos Britto entende que a investi-

gação faz parte da natureza do Ministério Público e, por isso, privá-lo dessa tarefa retiraria sua própria natureza. Consigna, apenas, a capacidade a de investigação criminal por conta própria não pode significar poder de abrir e presidir inquérito policial. Dessa forma, distingue investigação criminal de inquérito policial, deixando claro que este é apenas uma das espécies de investigação criminal.

O último voto já prolatado neste julgamento foi o do Ministro Eros Grau que conforme já mencionado-conclui pelo “reconhecimento de que o Ministério Público tem a sua disposição todos os meios necessários ao desempenho dessas funções, inclusive a investigação criminal”. Para chegar a essa conclusão, o Ministro levantou a questão da impossibilidade da leitura isolada do art. 144, § 4º, da CF, aduzindo pela necessidade de fazer-se uma leitura totalitária da Constituição. Referiu também a necessidade de o *Parquet* dispor de todos os meios necessários para o exercício da titularidade plena e exclusiva da ação penal. Alertou que seu entendimento não se baseia na teoria dos poderes implícitos, mas sim no fato de que o § 4º do art. 144 da Constituição refere-se apenas ao Inquérito Policial, ou seja, a uma de tantas outras formas existentes de investigação criminal. Sendo assim, afirma o Ministro que “não há, no reconhecimento de que o Ministério Público pode [=deve] realizar investigação criminal, invasão, por ele, da competência atribuída às polícias civis. O que não pode é o Ministério Público instaurar inquérito policial. Apenas isso”.

Depois desses votos, pediu vista dos autos o *Ministro Cezar Peluso*, estando, por conseguinte, até a presente data, pendente de julgamento o *Inquérito 1968/DF*.

Continuamos aguardando.



## A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO<sup>1</sup>

*Guilherme de Souza Nucci<sup>2</sup>*

A Constituição Federal assegura, dentre outros, o direito humano fundamental à segurança (art. 5º, *caput*), constituindo dever dos órgãos públicos ligados a essa área fazer valer esse dispositivo. Assim, é inegável que, respeitadas as normas em vigor, cabe à polícia, primordialmente, essa tarefa, ao menos no que tange, de maneira direta, à preservação de ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Esse é o exposto conteúdo do art. 144, *caput*, da Constituição que preceitua: “*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, por meio dos seguintes órgãos: I Polícia Federal; II polícia rodoviária federal; III polícia ferroviária federal; IV policias civis; V policias militares e corpos de bombeiros militares*”.

Não há dúvida da participação ativa, igualmente, do Ministério Público e do Poder Judiciário, afinal, havendo infração penal, torna-se indispensável que se instaure o devido processo legal para que exista punição, o que naturalmente condiz com a meta de garantia

---

<sup>1</sup> Artigo publicado na Revista CEJAP nº 7, março/2004, Ed. Millennium, Campinas/SP.

<sup>2</sup> Juiz em Segundo Grau, atuando como Desembargador no Tribunal de Justiça de São Paulo. Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Doutor e Mestre em Direito Processual Penal pela PUC-SP. É Livre-Docente em Direito Penal pela PUC-SP.

da segurança pública. Portanto ao primeiro cabe a propositura da ação penal, após ter formado a sua *opinio delicti*, enquanto ao segundo compete o julgamento da causa, aplicando o direito ao caso concreto. Enfim, a interação da atividade policial – mas vinculada à ordem pública, uma vez que atua diretamente no combate ao delito – com os demais órgãos estatais configura o sistema construído constitucionalmente para concretizar o direito humano fundamental à segurança de todo brasileiro.

Dispondo sobre função de cada um desses órgãos do Estado, a Constituição Federal atribuiu à Polícia Judiciária a missão de investigar e apurar a infração penal, descobrindo seus autores. Aliás, mais expresso seria impossível: “A Polícia Federal, (...), destina-se a: (...) IV – exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União” (art. 144, parág. 1º, IV, grifo nosso). Ora, o que significa ser “polícia judiciária” senão a atividade estatal investigatória, destinada a colher elementos suficientes para instruir o inquérito policial, base de apoio à formação do convencimento do órgão do Ministério Público para, encontrando justa causa, propor a ação penal? 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, parág. 4º). Assim, na esteira do disciplinado do referido art. 144, parág. 1º, IV, é evidente que se trata de atividade igualmente exclusiva a função de investigação de polícia civil, isto é, de polícia judiciária. Não há sentido em sustentar que a polícia federal investigaria com exclusividade, enquanto a estadual, polícia judiciária da mesma forma, embora atuando nos Estados, haveria de dividir sua função com outras instituições.

O Código de Processo Penal não se afastou da ideia de que a investigação criminal é, primordialmente, atribuição da polícia judiciária (art. 4º), embora, sem dúvida alguma, preveja, em determinados dispositivos, a possibilidade de haver denúncia lastrada em outras provas que não o inquérito policial (v.g., o conteúdo do art. 12: “O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir

*de base a uma ou outra*”; portanto, quando a base for obtida em outra fonte, torna-se dispensável).

E quais outras formas de investigação acolhidas no sistema legal brasileiro? Todos os procedimentos, devidamente previstos em lei, que possam servir à apuração de infrações de toda ordem, abrangendo as penais, como, por exemplo: a) investigações das Comissões Parlamentares de Inquérito; b) sindicâncias e processos administrativos contra funcionários públicos; c) inquérito civil, conduzido pelo Ministério Público; d) inquérito militar; e) inquérito falimentar, conduzido pelo juiz; f) inquérito da polícia florestal. Não há procedimento específico, previsto em lei, disciplinando a atividade investigatória criminal exclusiva do Ministério Público, de modo que não se pode suprir tal lacuna a pretexto de se promover uma interpretação sistemática do art. 129 da Constituição Federal. Note-se, ademais, que os procedimentos supracitados são exceções e não constituem uma regra, cuja finalidade seria substituir a atividade geral de investigação criminal da polícia judiciária. Logo, segundo nos parece, nem mesmo uma lei ordinária poderia conferir ao Ministério Público, estabelecendo como regra geral, a possibilidade de conduzir e presidir uma investigação criminal, constituindo autêntico “inquérito ministerial”, já que tal medida afrontaria a atribuição constitucional conferida às polícias federal e civil.

Por outro lado, jamais se deve conceber que o representante do Ministério Público atue passivamente diante de uma investigação presidida pela autoridade policial. Ao contrário, sua missão fundamental, para o equilíbrio dessa delicada tarefa, é fiscalizar a atuação do Estado-investigação, requisitando diligências e acompanhando, caso queira, todas as que forem realizadas. Com isso, forma livremente e com segurança a sua convicção, colhendo elementos para o oferecimento da denúncia.

O art. 129 da Constituição conferiu ao Ministério Público, em caráter privativo, a titularidade da ação penal (inciso I), mas não cuidou de lhe conferir, expressamente, poderes investigatórios substitu-

tivos da polícia judiciária. E é justamente isso que vem ocorrendo na atualidade: deixa-se de lado o inquérito policial para surgir um protocolado ministerial, com relação a certos crimes. Noutras vezes, surge o referido protocolado após o encerramento do inquérito policial, que nada obteve de concreto. É o Estado-acusação substituindo o Estado-investigação. Se, porventura, a polícia judiciária não trabalhou corretamente na colheita da prova, dando ensejo ao arquivamento do inquérito, é preciso considerar, em primeiro plano, que o procedimento investigatório tramitou com acompanhamento do representante do Ministério Público e da autoridade judiciária. Ambos, especialmente o primeiro, poderiam requisitar diligências suplementares, corrigindo o rumo da apuração da infração penal. Em segundo lugar, ainda que parcela da polícia judiciária possa apresentar seus defeitos, grande parte das autoridades policiais é bem intencionada e competente, motivo pelo qual não se pode apregoar que, caso o Ministério Público deixe de investigar por conta própria, somente quem ganha é o criminoso.

O art. 129, VII, da Constituição deixou bem claro que a instituição exercerá controle *externo* da atividade policial, logo, não presidirá inquéritos, mas somente deverá acompanhá-los. O contrário - assumir a presidência da investigação policial - seria o controle interno da polícia, não aprovado constitucionalmente. E a investigação solitária do membro do Ministério Público configuraria uma maneira de contornar a impossibilidade de controle *interno* da polícia, chamando a si exatamente a função que pertence ao delegado.

Na ótica do art. 129, VI, da Carta Magna, cumpre ressaltar que o poder do Ministério Público de expedir notificações volta-se apenas aos procedimentos administrativos *de sua competência*, requisitando informações e documentos para instruí-los, como ocorre com o inquérito civil, este sim sob sua presidência (inciso III do referido artigo).

Registre-se, ainda, porque é fundamental, tratar a Constituição, no mesmo art. 129, VIII, do poder de requisição de diligências

investigatórias e instauração de inquérito policial, o que, em nosso entender, está sinalizando nitidamente para o fato de que o Ministério Público não produz a investigação criminal de modo direto. Pode, isto sim, exigir da autoridade policial que, legalmente, produza a investigação criminal, com as diligências necessárias, instaurando o inquérito *policial*.

Não fosse assim, mais fácil teria sido ao constituinte inserir uma norma conferindo poderes ao Ministério Público para “produzir as investigações criminais que entender necessárias”. Com esse dispositivo - se houvesse - estaria autorizada a atribuição concorrente tanto da polícia judiciária quanto ao Ministério Público para a investigação criminal. Ou ainda, poderia ter sido incluído um inciso ao art. 129 que previsse a possibilidade de “promoção da investigação criminal” (como foi feito no tocante ao inquérito civil). Nada disso houve, até porque o constituinte pretendeu - e o fez - atribuir à polícia judiciária a tarefa investigatória exclusiva, embora sob fiscalização, no campo criminal.

Outro dispositivo do art. 129 que poderia ser explorado, é o inciso IX: “*exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com 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.

Questão pouco abordada pelos defensores da produção exclusiva de investigação criminal por parte do Ministério Público é a fiscalização desses atos. A polícia judiciária é acompanhada pelo próprio Ministério Público e também pelo juiz. Quem fiscaliza as investigações que tramitam nas salas dos promotores e procuradores da República? Há registro oficial e público em relação a todas elas, de modo que qualquer pessoa possa saber se está sendo investigada? O advogado tem pleno acesso a esses “protocolados”? Lembremos que o inquérito,

uma vez instaurado, tem registro, há possibilidade legal de ser consultado pelo advogado, especialmente do indiciado, além de ser fiscalizado pelo Poder Judiciário, o que propiciaria, inclusive, a concessão de *habeas corpus* de ofício, para o seu trancamento, caso a autoridade judiciária perceba o trâmite de uma investigação infundada.

Nesse sentido, abordando a seletividade das investigações criminais que o Ministério Público tem promovido uma vez que é público e notório que não se ocupa de todas as infrações penais - diz Marco Antonio Rodrigues Nahum que “haveria uma ‘escolha’ de casos mais relevantes. Essa postura, de assunção apenas do que lhe interessar, aumenta e agrava o risco de deturpação do sistema investigativo policial traçado na Constituição. Além das razões políticas, casuísticas e eleitoreiras, essa seletividade criará três problemas insolúveis, críticos e de raiz: a) quem definirá a relevância do caso e quais os critérios de definição dessa relevância, sendo possível a suposição de que o critério não será certamente do bem jurídico e da natureza, gravidade e extensão da lesão às vítimas, mas sim o critério da repercussão dos fatos nos meios de comunicação; b) com base na crença de que há crimes mais relevantes que outros, concluir-se-á que à polícia caberá investigar apenas os menos relevantes e, portanto, será gerado um descrédito da instituição policial por parte de todos; c) essa polícia desacreditada, desestimulada e com poucos recursos estruturais não conseguirá cumprir seu papel investigatório” (*Constituição e investigação criminal*, Folha de S. Paulo, Tendências/Debates, 14/04/2004, p. A3).

É fato que o sistema processual penal foi elaborado para apresentar-se equilibrado e harmônico, não devendo existir qualquer instituição super-poderosa. Relembremos, novamente, que, quando a polícia judiciária elabora e conduz a investigação criminal, é supervisionada pelo Ministério Público e pelo Juiz de Direito. Este, ao conduzir a instrução criminal, é fiscalizado pelas partes - Ministério Público e advogados.

Logo, a permitir-se que o Ministério Público, por mais bem intencionado que esteja seu representante, produza de per si investi-

gação criminal, isolado de qualquer acompanhamento próximo de outras instituições, sem a participação do indiciado, que nem ouvido precisaria ser, significaria quebrar a harmônica e garantida investigação da infração penal. Não é pelo fato de ser o inquérito naturalmente sigiloso que o acesso do advogado, por exemplo, é vedado. Ao contrário, trata-se de prerrogativa sua consultar quaisquer autos de inquérito, especialmente quando já há indiciado cliente seu.

O mesmo não ocorreria em investigação sigilosa em transcurso na sede do Ministério Público federal ou estadual, pois nem mesmo ciência de que ela está ocorrendo haveria. Aliás, a instituição poderia, se mantidas essas bases, investigar quem bem entendesse, até mesmo autoridades com prerrogativa de foro. O que impediria o promotor ou o procurador da República de promover atos investigatórios criminais com relação a um deputado, senador ou ministro? Certamente, se nada colher de útil, arquiva o procedimento instaurado sem que o investigado disso tenha ciência. Se algo for encontrado, é possível, então, remeter as peças ou a informação da existência do fato à instância competente para dar andamento ao caso. Entretanto, seja de uma forma ou de outra, a investigação já foi realizada.

Por isso, a investigação criminal necessita ser produzida formalmente embora com o sigilo necessário - pela polícia judiciária, registrada e acompanhada por magistrado e membro do Ministério Público. Preocupando-se justamente com o alcance de investigações que possam ofender o direito à intimidade de qualquer cidadão, feitas sem controle judicial, expõe Sylvia Helena de Figueiredo Steiner que *“assoma a magnitude do poder do órgão ministerial, como agente público co-responsável pela apuração de infrações penais, exercendo, por um lado, função de acompanhamento e coordenação da atividade fim da polícia judiciária e, por outro, atribuindo-lhe poderes de investigação e de requisição de dados que sequer àquela são permitidos. É pois, repetimos, o artífice da investigação criminal. Delineado, portanto, seu poder de invadir a seara de intimidade do investigado, obtendo dados a seu respeito. No entanto, tal poder não prescinde de comprovação de que essa invasão seja necessária à apuração do delito, nem*

*tampouco do controle judicial, eis que se trata de medida restritiva de direitos fundamentais. (...) a invasão que lhe é permitida está submetida às demais garantias constitucionalmente asseguradas aos cidadãos: a apreciação pelo Poder Judiciário, o princípio da legalidade, o devido processo legal, o contraditório, o direito ao silêncio, a ampla defesa e todos os recursos a ela inerentes". E cita lição de Juarez Tavares, membro do Ministério Público Federal e professor da Universidade do Rio de Janeiro: "É inconcebível que se atribua a um órgão do Estado, qualquer que seja, inclusive ao Poder Judiciário, poderes sem limites. A democracia vale, precisamente, porque os poderes do Estado são limitados, harmônicos entre si, controlados mutuamente e submetidos ou devendo submeter-se à participação de todos, como exercício indispensável da cidadania" (O Ministério Público e a tutela da intimidade na investigação criminal, p. 227).*

Adicione-se, ainda, a oportuna colocação de Sérgio Marcos de Moraes Pitombo: *"Procuradores da República e Promotores de Justiça necessitam dos serviços das Autoridades policiais, para levar avante o pretense procedimento preparatório, que venham a iniciar. Polícia judiciária, havida por inconfiável, os secundando, não obstante fiscalizada e corrigida, de maneira externa, pelo Ministério Público. Mais, ainda, a dúvida de quem faria o controle interno, do mencionado procedimento administrativo ministerial, operacionalizado pela polícia judiciária, a mando e comando dos Procuradores da República e Promotores de Justiça. (...) Dirigir a investigação e a instrução preparatória, no sistema vigente, 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" (Procedimento administrativo criminal, realizado pelo Ministério Público, p. 3).* Maurício Henrique Guimarães Pereira acrescenta que a investigação criminal conduzida exclusivamente pelo representante do Ministério Público provoca o desequilíbrio das partes do eventual futuro processo, afinal, importantes provas são produzidas nessa fase, como as periciais e a busca e apreensão, não mais repetidas sob o crivo do contraditório. Melhor, então, manter o delegado à frente da investi-

gação, pois ele não será parte na relação processual (*Habeas corpus e polícia judiciária*, p. 208).

Pronunciou-se o Supremo Tribunal Federal da seguinte forma: “A requisição de diligências investigatórias de que cuida o art. 129, VIII, CF, deve dirigir-se à autoridade policial, não se compreendendo o poder de investigação do Ministério Público fora da excepcional previsão da ação civil pública (art. 129, III, CF). De outro modo, haveria uma Polícia Judiciária paralela, o que não combina com a regra do art. 129, VIII, CF, segundo a qual o MP deve exercer, conforme lei complementar, o controle externo da atividade policial” (RE 205.473-AL, 2ª T., rel. Carlos Velloso, 15/12/1998, v. u., 173/640). Conferir, também: “Nada a objetar quando o representante do Ministério Público acompanha o desenrolar das investigações policiais e isto porque é o Ministério Público o titular da ação pública, e ninguém melhor que ele para acompanhar aquelas diligências policiais. Mas entre acompanhar diligências policiais e assumir, praticamente, a direção do inquérito policial a distância é grande. O inquérito é instrumento da denúncia, fato por demais sabido, cediço e constantemente proclamado. Mas, sua direção, é necessário que se insista, é da Polícia Judiciária. (...) Em decorrência, não cabe ao representante do Ministério Público, sem que haja a oficialização da prova, colher pareceres ou obter informes destinados a instruir o inquérito policial. Se o inquérito não se anula por essa circunstância, perde, contudo, sua validade como instrumento apto a instruir a propositura da ação penal. (...) não se pode deixar, repita-se, de levar em conta que todas as provas nele produzidas só podem sê-lo por meio da polícia judiciária ou, excepcionalmente, do magistrado. Não se discute caber ao Ministério Público a faculdade e o poder de requisitar diligência diretamente aos órgãos da polícia judiciária. Mas essas atribuições não podem e não se sobrepõem e nem hão de contrariar as normas processuais vigentes e bem assim os preceitos constitucionais que garantem o contraditório” (TJSP’ HC 99.018-3, 25/ 02/1991, v. u.). Há, certamente, posição contrária, encontrada em decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça: “Tem-se como válidos os atos investigatórios realizados pelo Ministério Público, que pode requi-

*sitar esclarecimentos ou diligenciar diretamente, visando à instrução de seus procedimentos administrativos, para fins de oferecimento de peça acusatória. (u.) A atuação do órgão ministerial não é vinculada à existência do procedimento investigatório policial- o qual pode ser eventualmente dispensado para a proposição da acusação”* (RHC 8106-DF, 5.a T., reI. Gilson Dipp, 03/04/2001, v. u., Df 04/06/2001, p. 186). Na mesma ótica: REsp 223395-RJ, 6.a T., reI. Fernando Gonçalves, 23/10/2001, v. u., Df 12/11/ 2001, p. 176; HC 12685-MA, 5.a T., reI. Gilson Dipp, 03/04/2001, v. u., Df 11/ 06/2001, p. 240.

O tema que ora abordamos já foi objeto de análise em nosso *Código de Processo Penal comentado* (nota 11 ao art. 4º), razão pela qual reproduzimos trechos de pensamentos ali expostos, acrescentando outros para reflexão do leitor. 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 *exclusiva*, prescindindo-se do trabalho policial, das investigações criminais que lhe interessem, sem critério definido, sem fiscalização de outro órgão estatal, sem publicidade, sem acompanhamento do advogado, enfim, tornando-se instrumento poderoso de conhecimento da intimidade de qualquer cidadão.

Por mais corretos e idôneos que sejam os representantes do Ministério Público - e, sem dúvida, a imensa maioria encaixa-se nesse perfil- distorções poderão existir, abusos serão cometidos e investigações infundadas, sem o conhecimento do interessado, poderão ser produzidas. O Estado Democrático de Direito sofrerá perda irreparável. Para a apuração do crime, garantindo-se a segurança pública, é indispensável o trabalho conjunto das autoridades. Caminho diverso pode representar, a pretexto de combater a criminalidade, o risco de se ferir outros fundamentais direitos individuais, tão preciosos quanto a segurança pública e igualmente previstos na Constituição Federal.

## A CARREIRA DO DELEGADO DE POLÍCIA É CARREIRA JURÍDICA<sup>1</sup>

Ives Gandra da Silva Martins<sup>2</sup>

Sobre matéria semelhante já elaborei parecer para a Associação Nacional dos Delegados da Polícia Federal, em que não só expus minha convicção de que os delegados de polícia exercem função pertinente às carreiras jurídicas da Administração Pública, como que seus vencimentos deveriam ser idênticos aos dos Procuradores, membros do “Parquet” e da Magistratura<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Extraído de parecer elaborado pelo ilustre professor.

<sup>2</sup> Professor Emérito das Universidades Mackenzie, UNIP, UNIFIEO, UNIFMU, do CIEE/O Estado de São Paulo, das Escolas de Comando e Estado-Maior do Exército - ECEME, Superior de Guerra - ESG e da Magistratura do Tribunal Regional Federal – 1ª Região; Professor Honorário das Universidades Austral (Argentina), San Martin de Porres (Peru) e Vasili Goldis (Romênia); Doutor Honoris Causa das Universidades de Craiova (Romênia) e da PUC-Paraná, e Catedrático da Universidade do Minho (Portugal); Presidente do Conselho Superior de Direito da FECOMERCIO - SP; Fundador e Presidente Honorário do Centro de Extensão Universitária - CEU/Instituto Internacional de Ciências Sociais - IICS.

<sup>3</sup> Conclui o parecer dizendo: “São, os delegados de polícia, servidores tão necessários para a administração da justiça quanto os procuradores, defensores, membros do Ministério Público e magistrados, não havendo porque diferenciá-los quanto a seus vencimentos.

Respondo, pois, à questão aventada pela consulente, que entendo deva o tratamento isonômico ser idêntico àquele ofertado pela lei maior e legislação infraconstitucional aos membros da magistratura, Ministério Público, procuradores e defensores, sugerindo, por força da recente decisão do S.T.F. no caso do quinto constitucional (ADIN 813-SP), que seja proposta ação direta de inconstitucionalidade contra a legislação federal, que não os equipara, a fim de assegurar idêntico tratamento consagrado às demais carreiras” (Boletim de Direito Administrativo da NDJ, em Dezembro de 1994).

O parecer foi dado à luz do texto constitucional vigente à época, ou seja, os artigos 135 e 241, em sua redação original, e, na oportunidade, analisei a possível alteração da inteligência do STF sobre a questão, que equiparara, nas ADIS 171-0/MG, 138-8/RJ, 456-4/600-PB e 7611/600, os vencimentos dos delegados aos dos procuradores de Estados e defensores públicos, mas não aos dos membros do Ministério Público e magistrados <sup>4</sup>.

Com variada argumentação, procurei mostrar que não só seria possível a alteração da exegese da Suprema Corte, em face de precedentes por mim citados, principalmente a mudança no que concerne ao quinto constitucional e aos Tribunais de Alçada, como ser a

---

<sup>4</sup> Na ADIN 7611/600 o Ministro José Néri da Silveira assim se posicionou: “Nessa assentada, mais uma vez, a Corte re-acentuou que, no âmbito do art. 135 da Lei Magna de 1988, se situam, tão-só, as carreiras dos Procuradores de Estado e dos Defensores Públicos (CF, arts. 132 e 134). **Embora não fosse, nesse caso, objeto de específica decisão**, fêz-se, ainda, referência ao art. 241 da Constituição, quando estipula que aos delegados de polícia de carreira se aplica o princípio do art. 39, § 1º, correspondente às carreiras disciplinadas no art. 135 da Constituição, ou seja, às carreiras dos Procuradores de Estado e Defensores Públicos.

Quanto a este último ponto, é significativo ter presente que não se estabeleceu dissidência na Corte, diante da regra especial do art. 241 mencionado, pois aí, se determina a aplicação, em favor dos Delegados de polícia de carreira, do princípio do art. 39, 1º, da Constituição, isto é, do princípio da isonomia, prevendo-se, de explícito, que essa isonomia é correspondente às carreiras disciplinadas no art. 135 da Constituição.

Ora, se a Corte assentou, nos precedentes referidos, especialmente, na ADIN nº 171-0/MG e na ADIN nº 138-8/RJ, que as carreiras disciplinadas no art. 135 da Lei Maior são as de Procuradores de Estado e de Defensores Públicos, entendo que não há que dar pela invalidade de norma estadual que ordene, precisamente, a aplicação do princípio da isonomia, em favor dos delegados de polícia de carreira, quanto aos vencimentos de procuradores do Estado. **Não entro no mérito da deliberação constituinte posta no art. 241 da Lei Magna, se devia ou não ter estipulado o tratamento isonômico dos delegados de polícia de carreira, a quem incumbe dirigir as polícias civis, a teor do art. 144, § 4º, da Constituição, relativamente às carreiras jurídicas a que se refere o art. 135 da Constituição e que esta Corte afirmou serem as carreiras dos procuradores de Estados e dos defensores públicos.**

Se não há similitude de atribuições entre os delegados de polícia de carreira, que também devem ser bacharéis em Direito e concursados, e as funções de procuradores de Estado, qual se sustenta na representação que fundamenta a inicial, certo é que, no ponto, não cabe dita perquirição, porque regra maior (art. 241 da CF) manda se aplique aos delegados de polícia o princípio do art. 39, § 1º, correspondente às carreiras disciplinadas no art. 135, ambos da Lei Magna de 1988” (grifos meus).

isonomia decorrência natural do princípio da lei suprema e da realidade no concernente à administração da Justiça, em que advogados da sociedade civil ou do Estado, membros do “parquet” e magistrados exercem funções indissolúvelmente ligadas, nas áreas de sua atuação específica, não podendo haver distinção nas referidas carreiras jurídicas para efeitos de vencimentos ou subsídios.

A tese de equiparação das carreiras jurídicas, pelo princípio da isonomia, decorria, portanto, dessas funções interligadas, que começam com a investigação policial, em matéria penal, e podem terminar no Supremo Tribunal Federal, com a participação, em todos os procedimentos pré-judiciais e judiciais, de delegados, advogados, membros do Ministério Público e Magistrados. Todos eles ocupam, portanto, cargos pertinentes a carreiras jurídicas, sendo **todos eles** bacharéis em Direito <sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> *É de se lembrar que quando da Assembléia Nacional Constituinte houve expressa manifestação de todos os líderes partidários sugerindo a equiparação de todas as carreiras jurídicas, nos termos seguintes: “AO EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA ASSEMBLÉIA NACIONAL CONSTITUINTE: Senhor Presidente. No primeiro turno de votação foi aprovado projeto do Centrão que equiparou **expressamente** os delegados de polícia aos membros do Ministério Público, no que toca a vencimentos.*

*Havia emenda supressiva proposta pelo Dep. Antonio Perosa que, contudo, foi retirada. Era tranqüilo, portanto, a prevalência da tese da equiparação salarial no aludido 1º turno, já que não havia emenda supressiva a discutir, em face da retirada mencionada.*

*Entretanto, em razão de reiteradas ponderações feitas por alguns deputados e para não estabelecer nenhum confronto com os ilustres membros do Ministério Público, **encontrou-se fórmula pela qual aos Delegados de Polícia se aplicaria o mesmo princípio estabelecido para as carreiras.***

*Daí porque reuniram-se os deputados Roberto Cardoso Alves, Ibsen Pinheiro, Farabulini Jr., Michel Temer, Plínio de Arruda Sampaio, Paulo Ramos, Ubiratan Aguiar, João de Deus Antunes, representando as várias categorias profissionais e as lideranças, com o objetivo de encontrar uma solução.*

*Esta veio pela seguinte forma: aplicou-se aos delegados de polícia o mesmo princípio que se aplicou às aludidas carreiras. Seja: estabeleceu-se uma remissão ao artigo que assegura aos servidores de atribuições iguais ou assemelhadas, isonomia de vencimentos, ressalvadas as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local de trabalho.*

*Todos os deputados presentes redigiram e firmaram o documento que consubstanciou o novo preceito e assinalaram, ainda, que: **“O fim deste acordo é estabelecer o princípio da isonomia dos vencimentos dos Delegados de Polícia de carreira, com a norma***

Quatro dos Ministros da Suprema Corte entenderam, nos referidos processos, que as carreiras se equiparavam e que possível seria, portanto, a aplicação isonômica do direito aos vencimentos ou subsídios.

À evidência, à época, as disposições que regulavam a matéria eram outras, mas claro ficou que entre defensores, procuradores e delegados não poderá haver distinção, estando a ementa da mencionada ADIN assim redigida:

*“EMENTA: - Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 9.696, de 24/07/92, do Estado do Rio Grande do Sul, art. 1º, parágrafo único. Vinculação de aumentos e equiparação entre os vencimentos das carreiras de Delegado de Polícia e Oficial da Polícia Militar e os da carreira de Procurador do Estado.*

*Constituição Federal, arts. 37, XIII, 39, § 1º, 135 e 241. O Supremo Tribunal Federal assentou, no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs. 171-0/MG, 138-8/RJ e 456-600/PB, **que as carreiras jurídicas a que se refere o art. 135 da Constituição são as de Procurador de Estado e Defensor Público. Por força do art.***

---

***constitucional que estabelece a isonomia de vencimentos entre os magistrados, os membros do Ministério Público, os Procuradores de Estado e os Defensores Públicos. Brasília, 29.06.88. Resistir a modificações***. (Seguem-se as assinaturas). Doc. 01. A declaração formal de voto do Deputado Farabulini Jr., despachada por V.Exa., para que constasse dos Anais, bem ilustra, também, o real espírito do dispositivo (doc. 02).

*Ocorre, entretanto, que o projeto de Constituição B, do eminente Sr. Relator, fez remissão que redundou exatamente no oposto: proibiu a vinculação, já que se referiu ao artigo 38, XIII, quando deveria referir-se ao artigo 40, § 1º.*

*Compreende-se, Sr. Presidente, a posição do Sr. Relator. É que a referência no artigo fruto do acordo, foi feita ao artigo 44, § 8º, tendo em vista o Projeto de Sistematização, tal como noticiou, aliás, o Jornal da Constituinte (doc. 03) e não ao artigo 44, § 8º do Projeto do Centrão, como foi entendido.*

*Assim, tendo em vista as evidências do acordo firmado, requerem a V. Exa., a fim de preservar a validade dos acordos feitos entre lideranças --como é da tradição desta Casa-- se digne mandar retificar o aludido texto do artigo 26 das Disposições Transitórias, para dele constar que: “Art. 26. Aos delegados de polícia de carreira aplica-se o princípio do art. 40, § 1º, correspondente às carreiras disciplinadas no art. 140 da Constituição”. Sala das Sessões, 6 de julho de 1988” (grifos meus).*

**241 da Constituição Federal, aos Delegados de Polícia de carreira aplica-se o princípio do art. 39, § 1º, correspondente às carreiras disciplinadas no art. 135, da Lei Magna federal, ou seja, às carreiras de Procurador de Estado e de Defensor Público.** Não é, em consequência, inconstitucional a lei estadual que ordena, precisamente, a aplicação do princípio da isonomia (CF, art. 39, § 1º), em favor dos Delegados de Polícia de carreira, relativamente aos vencimentos dos Procuradores de Estado. Diante da norma do art. 241 da Constituição Federal, que garantiu aos Delegados de Polícia de carreira a aplicação do princípio de isonomia, correspondente às carreiras disciplinadas no art. 135 da mesma Constituição, não cabe discutir se são iguais as atribuições dos cargos de Delegados de Polícia e Procurador de Estado, ou se cogita de cargos assemelhados ou não. Ofende, entretanto, o art. 37, XIII, da Constituição Federal, a lei estadual que assegure equiparação de vencimentos ou de aumentos entre Oficiais da Polícia Militar e os Procuradores de Estado. Não há, referentemente aos Oficiais da Polícia Militar, na Constituição Federal, norma semelhante ao art. 241, quanto aos Delegados de Polícia de carreira. Não será possível, de outra parte, ver satisfeitos os pressupostos do art. 39, § 1º, da Lei Maior, em ordem a garantir, aos Oficiais da Polícia Militar, a aplicação do princípio isonômico com os Procuradores de Estado ou com os Defensores Públicos. Não obstante detenham os oficiais da Brigada Militar do Estado do Rio Grande do Sul formação de grau superior, não é possível, entretanto, reconhecer à carreira dos Oficiais de Polícia Militar atribuições sequer assemelhadas às da carreira jurídica de Procurador de Estado, pertencente cada uma ao respectivo domínio de atividade profissional. Procedência, em parte, da ação, declarando, sem redução do texto, a inconstitucionalidade parcial do parágrafo único do art. 1º, da Lei nº 9.696, de 24/07/1992, do Estado do Rio Grande do Sul, para excluir interpretação do dispositivo que considere abrangidos na regra de reajustes e de equiparação, nele prevista, os Oficiais da Polícia Militar. Constitucionalidade do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.696/92, quando assegura aos Delegados de Polícia de carreira a isonomia dos respectivos vencimentos e seus reajustes, com os vencimentos dos Procuradores do Estado, a partir de 1º de outubro de 1992 (CF, arts. 241 e 135). Petição nº 785-9/170, da Associação dos Procu-

*radadores do Estado do Rio Grande do Sul, não conhecida” (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 00007611/600) <sup>6</sup>.*

Não reproduzirei os argumentos então apresentados, visto que o parecer está disponibilizado, em meu site [www.gandramartins.adv.br](http://www.gandramartins.adv.br), e foi publicado no Boletim de Direito Administrativo da NDJ, em Dezembro de 1994.

O importante é, todavia, para efeitos do presente estudo, definir dois aspectos. O primeiro, o de saber se a alteração da dicção dos artigos 135 e 241 teria mudado a configuração das carreiras jurídicas e, depois, se teria havido alteração na inteligência do princípio da isonomia por força da modificação do discurso constitucional.

É o que passo a fazer.

Estavam, os dois dispositivos, assim redigidos (antes da E.C. n. 19):

“Art. 135. Às carreiras disciplinadas neste título aplicam-se o princípio do art. 37, XII, e o art. 39, § 1º.

Art. 241. Aos delegados de polícia de carreira aplica-se o princípio do art. 39, § 1º, correspondente às carreiras disciplinadas no art. 135 desta Constituição”.

Têm hoje as seguintes dicções:

“Art. 135. Os servidores integrantes das carreiras disciplinadas nas Seções II e III deste Capítulo serão remunerados na forma do art. 39, § 4º. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços

---

<sup>6</sup> Site do Supremo Tribunal Federal.

*transferidos. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*”.

A primeira questão que se coloca é saber se o delegado de polícia, à luz dos dois dispositivos com conteúdos diversos, exerce ou não uma carreira jurídica.

Creio que ninguém tem dúvida de que a resposta é positiva. Se só podem ser delegados aqueles que cursaram uma Faculdade de Direito, à evidência, que a qualificação profissional exigida é a de formação jurídica. Não se trata de uma carreira como a de auditor fiscal, para a qual podem concorrer formados em direito, economia, contabilidade, engenharia ou administração de empresas. Para um concurso público que tenha por objetivo selecionar pessoas para o cargo de delegado e funções inerentes só podem concorrer bacharéis em direito, o que vale dizer, a carreira de delegado é, necessariamente, uma carreira a que só têm acesso os bacharéis em direito e, por esta razão, jurídica<sup>7</sup>.

Ora, se se trata de carreira jurídica, norma do art. 241 do Título IX, tal como foi concebida em 1988, era rigorosamente despicienda, visto que não é a Constituição que outorga ao delegado a condição de integrante de carreira jurídica, mas a própria estruturalidade da carreira que a define como de natureza jurídica.

Em outras palavras, com ou sem o art. 241 da Lei Suprema, a carreira de delegado só pode ser integrada por bacharéis em direito, selecionados mediante concurso público, sendo, pois, necessariamente, carreira jurídica.

É de se lembrar, por outro lado, que o Título IX da Constituição, denominado de Disposições Constitucionais Gerais, de rigor, é título

---

<sup>7</sup> Maria Helena Diniz no verbete “*Delegacia policial*” define: “*Direito Penal. Repartição chefiada por um delegado de polícia que tem jurisdição para atender aos problemas ocorridos em certo Distrito*” (Dicionário Jurídico, vol. 2, Ed. Saraiva, 1998, p. 42), fazendo referência aos dois aspectos inerentes à carreira jurídica de delegado policial: a) chefiar a delegacia; b) **ter jurisdição**, repito, jurisdição para atender aos problemas ocorridos no distrito.

complementar e inespecífico, englobando matérias nem sempre de natureza constitucional, como, por exemplo, as disposições insertas nos §§ 1º e 2º do art. 242, assim redigidos:

*“§ 1º - O ensino da História do Brasil levará em conta as contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro.*

*§ 2º - O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal”*,

que poderiam ser, inclusive, objeto de ato administrativo, nem mesmo lei sendo necessária para veiculá-las <sup>8</sup>.

Por outro lado, a nova redação dos arts. 135 e 39 § 4º e 37 incisos X e XI, estes três últimos assim redigidos:

*Art. 39 - § 4º O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido,*

---

<sup>8</sup> Comentei o § 2º como se segue: “Decididamente, o § 2º do artigo 242 é dispositivo constitucional que causa espanto a qualquer aluno de Direito de qualquer país, mesmo daqueles países africanos, que conseguiram recentemente liberdade e que começaram agora sua experiência constitucional. Dizer que um Colégio ficará na órbita federal para que não possa ser encampado por outra esfera de governo ou privatizado é, no melhor estilo dos programas esportivos da atualidade, “congelar a imagem” para melhor estudar a ocorrência de um lance pretérito. É estancar a história, acreditar na permanência além do tempo de realidades alteráveis, como se na “era da informática” a aquisição de cultura devesse sempre ser feita nos mesmos moldes.

Mais do que isto, é tornar matéria de legislação ordinária em matéria constitucional, lembrando-se que as maiores universidades do país não tiveram tratamento de igual nível na Constituição. De todos os estabelecimentos de ensino de 1º grau, de 2º grau e universitários, o Colégio Pedro II foi o único a ter sua história futura plasmada na Constituição.

Se essa instituição abrir outros estabelecimentos em outras cidades de outros Estados é de se perguntar se ficariam na órbita federal. A hipótese não foi pensada, visto que permanecerá na órbita federal apenas o Colégio D. Pedro II, localizado na Cidade do Rio de Janeiro, com o que proibido está de expansão, em face de princípio constitucional. (Comentários à Constituição do Brasil, vol. 9, Ed. Saraiva, 1998, p. 142/143).

*em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)*

*X - a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (Regulamento)*

*XI - a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder Executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003) <sup>9</sup>.*

---

<sup>9</sup> Alexandre de Moraes assim comenta o inciso XI: "Inovou a EC n. 19/98 em relação à previsão da iniciativa de lei para fixação do teto salarial previsto no inciso XI do art. 37 da Constituição Federal, determinando que a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

não são “*numerus clausus*”. O primeiro, não proíbe a adoção dos mesmos critérios para outras carreiras estruturalmente assemelhadas. Os dois outros aplicam-se a todos os servidores públicos sem exceção: o inciso X é especificamente voltado para o processo legislativo daquelas carreiras lá mencionadas e o inciso XI serve exclusivamente de teto à remuneração de quaisquer agentes públicos ou servidores. Em outras palavras, para as funções constantes do § 4º do art. 39, necessária é a forma procedimental do inciso X do artigo 37, mas, para efeitos remuneratórios, o teto do inciso XI serve, integralmente, para qualquer servidor da administração direta, fundacional ou autárquica, inclusive para delegados, desde que haja lei assim determinando <sup>10</sup>.

---

*Esse teto salarial, porém, será fixado por meio de lei federal ordinária, editada pelo Congresso Nacional, com base em um projeto de lei de iniciativa conjunta dos Presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 48, VIII).*

*Observe que somente lei ordinária poderá fixar o teto de remuneração bruta do funcionalismo público, sendo incabível a edição de Decreto do Executivo, ou mesmo Resoluções do Legislativo ou do Judiciário, sob pena de inconstitucionalidade formal, pois essa é matéria expressamente sujeita à reserva constitucional de lei em sentido formal, cuja iniciativa é qualificada e insubstituível.*

*Trata-se, pois, de norma constitucional de eficácia limitada à edição de lei ordinária. Esse dispositivo aplica-se às empresas públicas e às sociedades de economia mista, e suas subsidiárias, que receberem recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral (CF, art. 37, § 92).*

*A edição da citada lei de iniciativa conjunta, fixando o teto salarial do funcionalismo público, deverá alterar o posicionamento adotado pelo STF que já havia firmado jurisprudência no sentido de que as vantagens de caráter pessoal não deveriam ser computadas em virtude do teto original previsto no inciso XI, do art. 37, da Constituição Federal.*

*Entendemos, contudo, que, com a alteração do texto constitucional, não haverá mais dúvidas sobre a inclusão das vantagens pessoais para fins de teto salarial, para a fixação de subsídios futuros, com respeito, porém, aos direitos adquiridos” (Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional, Atlas Jurídico, São Paulo, 2002, p. 854).*

<sup>10</sup> Não pode a jurisprudência corrigir distorções legislativas. Luís Roberto Barroso lembra acórdão do STJ nos seguintes termos: “O aumento de vencimentos, quando concedido genericamente para manter o equilíbrio da situação financeira dos funcionários públicos, enquadra-se na letra do art. 37, X, da Constituição Federal. No entanto, quando ocorre através das denominadas reestruturações, com o objetivo de corrigir distorções no serviço público, abrange apenas determinados cargos ou classes funcionais. Eventuais injustiças

Em termos ainda diversos: a aplicação do limite do inciso XI não só é claramente imposto aos ocupantes de cargos especificamente mencionados no dispositivo, COMO TAMBÉM A TODOS OS DEMAIS SERVIDORES da Administração direta e indireta, sem exceção.

Da análise sistemática dos referidos dispositivos, portanto, há de se concluir que:

- a) a carreira de delegado é jurídica;
- b) só pode ser exercida por bacharéis em direito após concursos públicos, como as demais carreiras jurídicas públicas, exceção feita às indicações para os Tribunais de Magistrados pelo quinto constitucional ou para a Suprema Corte, em que concurso não há;
- c) a reformulação da dicção do art. 241 em nada modificou a estruturalidade da carreira de delegado, por só poder ser exercida por bacharéis de direito, após concurso;
- d) a carreira de delegado é **ontologicamente**, jurídica, independentemente de qualquer rótulo legislativo, mesmo que constitucional;
- e) a alteração da dicção jurídica do art. 137, condicionando a aplicação do inciso X do art. 37 e 39 § 4º às demais carreiras jurídicas sem menção aos delegados, em nada prejudica também a equiparação, possível de ser feita por lei e por força do art. 37, inc. XI, este sim aplicável a todos os servidores públicos e agentes, inclusive da administração indireta. E o teto aplicável ao desembargador poderá ser o mesmo -desde que determinado por lei- aplicável ao delegado ou qualquer outro

---

*surgidas na aplicação desta segunda espécie **devem ser corrigidas pela lei e não pelo Judiciário, a teor do que dispõe a Súmula 339 do STF** (STJ, RSTJ 95/416)”* (grifos meus) (Constituição da República Federativa do Brasil Anotada, 3ª. Ed., Saraiva, São Paulo, 2001, p. 189).

servidor, visto que o inc. XI não proíbe que tal limite seja adotado <sup>11</sup>.

O parecer poderia terminar por aqui, mas algumas rápidas considerações complementares são necessárias.

A primeira delas é que as carreiras jurídicas mencionadas no § 4º do art. 37 e inc. X têm mais limitações para a definição dos tetos remuneratórios que a de delegado, pois tais carreiras estão condicionadas ao processo legislativo do inc. X, enquanto o teto remuneratório do inc. XI -aplicável inclusive à administração indireta- não tem tais limitações, podendo ser definido por lei não exclusiva. Vale dizer, lei mesmo que de variado escopo poderá, para se chegar ao limite nela estabelecido, adotar especificamente, em relação aos delegados de polícia, idêntico tratamento, visto que as expressões:

*“ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” e*

*“não poderão exceder o subsídio mensal”*

não exclui nenhum servidor de sua subordinação, não havendo qualquer proibição para que a lei defina servidor que possa receber remuneração, vencimentos ou subsídios até o teto constitucional, qualquer que seja a sua função.

Desta forma, há, a meu ver, maior facilidade na aprovação de uma lei para determinação de subsídios e remuneração da carrei-

---

<sup>11</sup> É de se lembrar sempre a lição de Francesco Ferrara de que não deve o intérprete colocar na exegese da lei o que gostaria que lá estivesse, mesmo que não esteja ou dela retirar o que não lhe agradasse (*Interpretação e aplicação das leis*, 2ª. Ed., 1963, Coimbra, p. 129). Hamilton Dias de Souza, em estudo que publicou em livro conjunto, sobre este risco assim se manifestou: “deve-se lembrar a lição de Francesco Ferrara, segundo a qual o excessivo apego à letra da lei é pernicioso, mas, ainda mais grave é o perigo de que o intérprete force a exegese, encaixando no texto aquilo que gostaria que lá estivesse ou suprimindo o que contrariasse suas preferências” (*Direito Tributário 2*, José Bushatsky editor, São Paulo, 1972, p. 32).

ra jurídica de delegado do que para as demais carreiras jurídicas, podendo seus integrantes receber, se assim a lei estadual ou federal declarar, o mesmo que recebem os participantes de outras carreiras jurídicas <sup>12</sup>.

A segunda consideração adicional diz respeito às cinco carreiras jurídicas (magistratura, ministério público, procurador, defensor e delegado).

Indiscutivelmente, todas elas são necessárias à administração da Justiça. Ocorre, todavia, que por estar na linha de frente de combate à criminalidade, o delegado de polícia é aquele que mais se sacrifica em defesa da sociedade, pois além de oferecer seus conhecimentos jurídicos, como os integrantes das demais carreiras, como observa Maria Helena Diniz, oferece, também, sua vida, permanentemente em risco, não sendo pequeno o número dos que são mortos no combate à criminalidade <sup>13</sup>.

E aqui não discuto o problema da maior ou menor dignidade da função jurídica exercida, pois, nesse aspecto, nunca distingui entre as funções do advogado, que pleiteia em juízo, do membro do Ministério Público, que o aciona, a do magistrado, que decide, e do delegado que investiga. Todas elas se revestem de idêntica dignidade,

---

<sup>12</sup> Uadi Lammego Bulos, na mesma linha, lembra: “O teto independe do regime jurídico a que se submete o servidor (estatutário ou celetista), abrangendo os ocupantes de cargos, funções ou empregos públicos.

*A abrangência do teto estende-se aos servidores da Administração direta, indireta e fundacional. No tocante às empresas públicas, sociedades de economia mista e subsidiárias, o teto somente as alcança se elas receberem recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para pagarem despesas de pessoal ou de custeio (art. 37, § 9º)”* (Constituição Federal Anotada, 5ª. Ed., Ed. Saraiva, 2003, p. 653).

<sup>13</sup> Caio Mário da Silva Pereira declara: “A hermenêutica não se compraz com a indagação de uma hipotética intenção, mas tem de jogar com os mandamentos da justiça e da razão, tem de iluminar a lei com um sentido liberal e humano, e cogitar da realidade social ambiente. A norma jurídica é votada com uma finalidade social; logo, a sua interpretação deve ser dominada pela pesquisa daquele objetivo. Mas, por outro lado, se a lei é a principal fonte do direito, não é a única, o que impõe ao aplicador a indagação da força criadora da jurisprudência, dos costumes, da equidade. O fator sociológico não pode ser delegado, em razão do conteúdo de utilidade social do dispositivo legal” (Instituições de Direito Civil, vol.I, 12 ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1990, p. 144).

no concernente ao exercício das atividades específicas e que lhe são inerentes.

Um general de brigada, de divisão ou do exército, seja da infantaria ou da intendência, têm a mesma dignidade que os generais de cavalaria ou engenharia, não havendo, pois, distinção entre eles, embora haja maior complexidade em algumas áreas militares em relação às outras. Não vejo como possa haver distinção entre as funções, mas sim nos procedimentos necessários, que levam ao combate ao crime, próprio da investigação policial, à decisão de um ministro do Supremo Tribunal Federal. Há inequívoca relevância nas funções inerentes aos cargos das carreiras jurídicas públicas, dentro de suas respectivas competências, para que se faça Justiça. Todas elas são imprescindíveis.

Embora toda a comparação seja sempre imperfeita, comparo a função do delegado à do general de infantaria no Exército, a quem cabe abrir espaços com sacrifício maior de vidas; a advocacia (defensor e procurador) e ministério público, às divisões motorizadas a quem cabe garantir os espaços conquistados e dar respaldo ao “front” e à retaguarda; e a magistratura, aos serviços de inteligência, engenharia e de estratégia, que definem, numa batalha, os caminhos a serem adotados para o bom sucesso de uma batalha.

Todas as peças, numa batalha, são fundamentais, como, no processo criminal, toda a ação, da investigação à decisão final, são relevantes para que a Justiça se faça <sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> Carlos Alberto Zwanck, na busca da concepção de Justiça outorgada a partir do processo judicial, lembra que esta busca de um ideal maior em que o Poder Judiciário profere a decisão justa aos contendores, entende que só é possível, à luz do direito natural: “*El Renacimiento del Derecho natural*.”

*A la importancia que reviste la materia de la justicia se debe este renacimiento de los estudios del Derecho natural; como quiera que nada hay más evidente para la razón humana, según quedó demostrado aquí que la importancia de la justicia.*

*El concepto de la justicia, aún el intuitivo y general, sirve para enjuiciar las leyes positivas, y para calificarlas de justas o injustas. Sirve también dicho concepto para orientar la conducta en los casos no previstos por el legislador.*

Para mim, portanto, há, indiscutivelmente, integração e valorização de todas as carreiras jurídicas, do delegado ao magistrado, para que o Processo Judicial se concretize, sendo que o delegado de polícia é o único que corre risco imediato de vida, na defesa da Justiça e da sociedade.

Como se percebe, as alterações da E.C. n. 19/98 foram inócuas, quer no sentido de descaracterizar a carreira de delegado como carreira jurídica, quer para distinguir o teto remuneratório, que, pelo inc. XI do art. 37 da C.F., pode ser rigorosamente o mesmo.

E, a meu ver, deve ser assim mesmo, visto que o princípio da isonomia é que deve nortear o tratamento jurídico das situações equivalentes, como procurei demonstrar, no curso deste parecer. Ele é claramente exposto, por três vezes, no “caput”, do art. 5º, e no inciso I, cuja dicção é a seguinte:

*“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*

*I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.*

De forma inequívoca e tautológica, em curta dicção, o constituinte declara que: “*Todos são iguais perante a lei*”, assegura “*a inviolabilidade do direito à igualdade*” e afirma que “*homem e mulher são iguais em direitos e obrigações*”.

Dizem, pois, rigorosamente o mesmo. Reiteram, manifestamente, idêntico princípio. Espancam, decididamente, qualquer dúvida sobre o preceito constitucional. Formulam, claramente, os caminhos

---

*Se retorna, pues, a la indagación filosófica de los tópicos justitia et jure; vuélvese a considerar la tesis original de Santo Tomás de Aquino respecto del objeto de la justicia: “El objeto de la justicia es el Derecho” (Enciclopedia Jurídica Omeba, tomo XVII, Driskill, Buenos Aires, p. 729).*

da exegese da lei suprema. Consolidam, vigorosamente, o Estado democrático de Direito baseado na igualdade <sup>15</sup>.

A reformulação, portanto, menor e inócua, de dois dispositivos da Constituição (241 e 135), se teve a intenção de desfigurar a carreira de delegado como carreira jurídica, o que não creio, seria incapaz de atingir essa finalidade, até por violar cláusula imodificável -e fantásticamente pétreo- da lei suprema, que é o princípio da igualdade. Por essas razões, respondo às questões formuladas da forma seguinte:

- 1) É carreira jurídica a carreira de delegado.
- 2) A lei pode, respeitando o teto do inciso XI do art. 37 da C.F., equiparar sua remuneração à das demais carreiras jurídicas <sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> André Ramos Tavares esclarece: “A Constituição não assegura a inviolabilidade dos direitos de parcela da comunidade, violando os direitos de outra parcela. Acima de tudo, proclama, nesta situação, o princípio da igualdade.

*A igualdade aplica-se, sobretudo, em face da atuação do Executivo, mas não apenas deste. Impõe-se, igualmente, como comando dirigido ao Legislativo e, também, ao próprio Poder Judiciário, no desenrolar do processo judicial (por ocasião do tratamento a ser dispensado a cada uma das partes).*

*Entende-se, pois, que “(...) o alcance do princípio não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia”. E que, ademais, na atuação do Poder Judiciário, está ele igualmente jungido aos ditames da isonomia”* (Curso de Direito Constitucional, Ed. Saraiva, 2003, p. 413/4).

<sup>16</sup> Não havendo vedação constitucional e podendo a lei determinar a equiparação remuneratória, a regência do princípio da isonomia é decorrencial, como se pode defluir da lição do saudoso Celso Bastos, ao dizer: “Com a garantia da igualdade perante a lei, no entanto, apenas se estabelece que os órgãos aplicadores do Direito somente podem tomar em conta aquelas diferenciações que sejam feitas nas próprias leis a aplicar. Com isso, porem, apenas se estabelece o princípio, imanente a todo o Direito, da juridicidade da aplicação do Direito em geral e o princípio imanente a todas as leis da legalidade da aplicação das leis, ou seja, apenas se estatui que as normas devem ser aplicadas de conformidade com as normas jurídicas” (Comentários à Constituição do Brasil, 2º vol., Ed. Saraiva, São Paulo, 2004, p. 9).

# EM FACE DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, O MINISTÉRIO PÚBLICO PODE REALIZAR E/OU PRESIDIR INVESTIGAÇÃO CRIMINAL, DIRETAMENTE?<sup>1</sup>

*José Afonso da Silva*<sup>2</sup>

## 1. PRELIMINARES

1. Antes de discutir o mérito da consulta cumpre fazer alguns esclarecimentos preliminares. A primeira delas é que, aqui, não se levará em conta as questões de conveniência ou de oportunidade de se conferir ao Ministério Público poderes investigatórios na esfera penal. Isso pode ser uma discussão de *lege ferenda*, não de *lege lata*, porque a Constituição já dá a solução. Por isso, também não é pertinente discutir aqui o bom ou o mau funcionamento do sistema adotado. Sem as generalizações indevidas, injustas e injustificadas, pode-se reconhecer procedência às críticas relativas à ineficiência e a morosidade das investigações, assim como não é destituído de verdade o argumento do Ministério Público de que “Não é raro ver-se policiais que são responsáveis pela prevenção e repressão da criminalidade envolvendo-se com o crime organizado e na prática de atos de corrupção com o objetivo de impedir a investigação de delitos, bem como cometendo atos de violência (p. ex.: tortura) ou abuso de

---

<sup>1</sup> Artigo publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 49, julho-agosto de 2004, Ed. RT, p. 368-388.

<sup>2</sup> Advogado. Professor titular aposentado da Faculdade de Direito de São Paulo. Procurador do Estado aposentado.

poder”. Esse envolvimento não é apenas da polícia. Uma das características do crime organizado está no envolvimento de autoridades públicas como um dos modos de sua ação e de sua impunidade. Não falta quem diga que o fato de a polícia estar na linha de frente da investigação criminal contribui para a contaminação de alguns de seus elementos, e não é garantido que, se o Ministério Público assumisse tal condição, ficaria imune aos mesmos riscos. Sobre esses aspectos, vale a pena transcrever a seguinte passagem de parecer que o ilustre constitucionalista Luís Roberto Barroso ofereceu ao Secretário Especial dos Direitos Humanos, Ministro Nilmário Miranda:

“Sem a pretensão de uma elaboração sociológica mais sofisticada, e muito menos de empreender qualquer juízo moral, impõe-se aqui uma reflexão relevante. No sistema brasileiro, é a Polícia que atua na linha de fronteira entre a sociedade organizada e a criminalidade, precisamente em razão de sua função de investigar e instaurar inquéritos criminais. Por estar à frente das operações dessa natureza, são os seus agentes os mais sujeitos a protagonizarem situações de violência e a sofrerem o contágio do crime, pela cooptação ou pela corrupção. O registro é feito aqui, porque necessário, sem incidir, todavia, no equívoco grave da generalização ou da atribuição abstrata de culpas coletivas. Pois bem: não se deve ter a ilusão de que o desempenho, pelo Ministério Público, do papel que hoje cabe à Polícia, manteria o *Parquet* imune aos mesmos riscos de arbitrariedade, abusos, violência e contágio”.

2. A esse propósito, não é demais recordar o exemplo italiano. O Ministério Público brasileiro ficou muito entusiasmado com a atuação dos Procuradores italianos na chamada operação “mãos limpas”, que teve inequívoco sucesso no combate aos crimes mafiosos. Como se sabe, na Itália vigorava até 1989 o juizado de instrução, quando foi suprimido, e os poderes de inquérito e de investigação concentraram-se nas mãos do Ministério Público.<sup>3</sup> Essa transformação proveio da

---

<sup>3</sup> Cf. Renaud vau Ruyrnbeke, *Le juge d'instruction*, 3ª. ed., Paris, Presses Universitaires de France, 1996, p. 7.

legislação anti-máfia e teve impacto imediato, mas não tardou a surgirem os abusos de poder. O Procurador Di Pietro, o mais destacado membro do Ministério Público de então, teve que renunciar ao cargo em conseqüências das denúncias de desvio de poder; assim também se deu com Procuradores na Sicília. Então, a suposição do parecer do Prof. Luís Roberto Barroso é algo que a experiência já provou.

O Ministério Público no Brasil é hoje uma Instituição da mais alta consideração pública por sua atuação ética e sua eficiência que é preciso conservar e defender. E um dos modos eficazes dessa defesa consiste em mantê-lo dentro dos estritos contornos de suas funções institucionais que não inclui a função investigatória direta.

3. Enfim, seja como for, o certo é que o eventual mau funcionamento do sistema de investigação criminal pela polícia judiciária, como qualquer outro defeito ou deficiência que se possa verificar, não tem a força de transferir para outra instituição sua competência constitucionalmente estabelecida, nem autoriza que outra instituição o assuma, mesmo subsidiariamente.

## **2. A COMPETÊNCIA PARA A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL**

4. O signatário deste parecer, enquanto assessor na Constituinte, apoiou e, nos limites de suas possibilidades, ajudou na formulação das normas que deram ao Ministério Público a posição de destaque como instituição constitucional permanente e autônoma. Conheci do assunto desde o primeiro Anteprojeto da Subcomissão da Organização do Poder Judiciário e Ministério Público, cujo relator foi o Deputado Constituinte Plínio de Arruda Sampaio, oriundo da instituição, que se inspirou na organização da instituição no Anteprojeto da Comissão de Estudos Constitucionais (Afonso Arinos), de que foi relator o então Procurador-Geral da República e hoje Ministro Sepúlveda Pertence, que mereceu o meu apoio no plenário daquela Comissão. Na elaboração desse Anteprojeto, na Constituinte, não estiveram ausentes as Associações de Ministério Público, especialmente a Associação do Ministério Público de São

Paulo, que se manteve sempre presente na defesa da instituição durante a elaboração constitucional. Pois bem, o texto desse Anteprojeto (arts. 43 a 46), aprovado pela Subcomissão em 25 de maio de 1987, já continha, em essência, tudo que veio a ser contemplado na Constituição, no qual não há uma palavra que atribua ao Ministério Público a função investigatória direta. Lá estava, como função privativa, “promover a ação penal pública” e “promover inquérito para instruir ação civil pública”, como estava também, sem exclusividade (art. I, “a” e “b”), “o poder de requisitar atos investigatórios criminais, podendo efetuar correição na Polícia Judiciária, sem prejuízo da permanente correção judicial” (art. 45, II, “e”); essa correição foi convertida, depois, em controle externo da atividade policial. Ora, se o Ministério Público estava interessado na investigação criminal direta seria de esperar que constasse desse Anteprojeto algo nesse sentido, já que o relator era um Constituinte afinado com a instituição. As únicas disposições aproximadas a isso vieram no Anteprojeto da Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo (junho de 1987), de que foi relator o Constituinte Egídio Ferreira Lima. O art. 137, inc. V, incluía entre as funções institucionais do Ministério Público, além da competência para “requisitar atos investigatórios”, também “exercer a supervisão da investigação criminal”, assim como a faculdade de “promover ou requisitar a autoridade competente a instauração de inquéritos necessários às ações públicas que lhe incumbem, podendo avocá-los para suprir omissões (...)”. Isso se manteve no Projeto de Constituição (Comissão de Sistematização, julho de 1987, art. 233, § 3º). Já no Primeiro Substitutivo do Relator Bernardo Cabral (Comissão de Sistematização, agosto de 1987), essas normas sofreram alguma transformação importante, excluindo-se a possibilidade de “promover (...) a instauração de inquérito necessários às ações públicas”, bem como se eliminou a possibilidade de “avocá-los para suprir omissões”. Ou seja, suprimiu aquilo que o Ministério Público hoje ainda pretende: o poder de investigação subsidiário. O texto ficou com o seguinte teor:

“Art. 180. São funções institucionais do Ministério Público, na área de atuação de cada um dos seus órgãos:

“VI – requisitar a instauração de inquérito policial, determinar diligências investigatórias, podendo supervisionar a investigação criminal e promover inquérito civil”.

Note-se que, no Segundo Substitutivo do Relator Bernardo Cabral (Comissão de Sistematização, setembro de 1987), nova transformação sofreu essa competência. Nele, já não consta a faculdade de “supervisionar a investigação criminal”, e “promover inquérito civil” foi para outro dispositivo, conectado com “ação civil pública” (art. 151, III: “promover inquérito civil e a ação civil,..”), o que tem relevo para a interpretação da norma. Demais, a função de “requisitar a instauração de inquérito policial” e “determinar diligências investigatórias” já não é direta, mas indireta e não imperativa, como se vê da leitura do § 40 do art. 151:

“Serão sempre fundamentadas as promoções e as cotas dos membros do Ministério Público, inclusive para requisitar diligências investigatórias e instauração de inquérito policial”.

E assim foi aprovado na Comissão de Sistematização, integrando o Projeto de Constituição “A” (novembro de 1987), a ser submetido ao Plenário, em primeiro turno. Surgiu, então, o Projeto Substitutivo do Centrão, que sugeriu diversas reduções nas funções institucionais do Ministério Público, mas não foram aceitas. O texto aprovado decorreu de um acordo das lideranças, conseqüente da fusão de diversas emendas, a de n. ZPOOI2-0 do Constituinte Alexandre Costa, dando nova redação àquele §4º do art. 151 (supra), restabeleceu a competência direta para requisitar diligência investigatória e a instauração de inquérito policial, mas nenhuma proposta no sentido de dar ao Ministério Público função investigatória direta. O Constituinte Plínio de Arruda Sampaio, defensor intransigente das prerrogativas da instituição, sustentou, na tribuna, o acordo, mostrando que “a instituição do Ministério Público foi delineada na Subcomissão do Poder

Judiciário [de que ele foi relator, diga-se, de passagem] com o objetivo claro de criá-la forte, autônoma, independente do Executivo. O que se quer é um fiscal da lei com plenos poderes para exercer a ação penal, inclusive contra aquele que o nomeia, contra o Presidente da República (...). Além dessa autonomia, um segundo aspecto básico da construção do Ministério Público foi aprovado na Subcomissão. Consiste em conferir à instituição atribuições maiores do que simplesmente a de perseguir os criminosos: estamos dando-lhe também atribuição de defender a sociedade como um todo. Defender quem não tem quem o defenda”. Quem é hoje que não tem quem o defenda: O índio. a natureza, o consumidor. “Por isso, todo um elenco de competências foi atribuído ao novo órgão Ministério Público, no âmbito da perseguição do ilícito civil”. Não há uma palavra em favor da possibilidade do Ministério Público proceder a investigação direta.

As regras constantes do acordo vieram a integrar o Projeto de Constituição “B” (junho de 1988), submetido ao Plenário, em segundo turno, sendo assim aprovado, constituindo o Projeto de Constituição “C” (setembro de 1988), destinado à redação final, mantido tal qual no Projeto de Constituição “D” (20.9.1988), com a transposição do conteúdo do §4º do então art. 158 para o inc. VIII do mesmo artigo. Assim, com outros ajustes de redação, os arts. 156 a 159 do Projeto aprovado em primeiro turno vieram a constituir os arts. 127 a 130 da Constituição.

5. Essas observações históricas sobre a formação constitucional da instituição não pretendem perquirir a intenção do legislador constituinte para dela extrair o sentido das normas. Não, esse originalismo não se compadece com os processos modernos de interpretação constitucional. O que vale não é a intenção do legislador, mas a intencionalidade das normas constitucionais, o que significa que o sentido de cada norma ou de cada conjunto de normas se extrai do plexo de valores que foram incorporados na Constituição. Essa incorporação se deu por ação dos Constituintes, não pela intenção de cada um, mas pela conjugação da vontade constituinte, não da vontade psicologicamente identificada, mas pela vontade culturalmente constituída, porque

vontades que agiam em função de valores, por isso mesmo acolhendo uns e recusando outros. Por isso é que a Constituição é um sistema de valores. Por isso também é que processos de formação constitucional tem interesse, não para a interpretação das normas acolhidas, mas para conhecer os valores que não foram acolhidos, que foram rejeitados, e que, por essa razão mesma, não podem ser invocados para a composição de direitos, menos ainda de competências, tanto mais quando a competência pretendida tenha sido outorgada a outro órgão ou instituição como é o caso, já que a Constituição conferiu à polícia civil estadual e federal a função de polícia judiciária e a de apuração das infrações penais (art. 144, parágrafo 1º e 4º).

6. Percorram-se os incisos em que o art. 129 define as funções institucionais do Ministério Público e lá não se encontra nada que autorize os membros da instituição a proceder a investigação criminal diretamente. O que havia sobre isso foi rejeitado, como ficou demonstrado na construção da instituição durante o processo constituinte e não há como restabelecer por via de interpretação o que foi rejeitado. Se a Constituição tivesse silenciado sobre o tema, ainda se poderia discutir sobre a possibilidade de se ser a matéria conferida ao Ministério Público, por via de lei, como se fez na Itália, onde se retirou o poder investigatório do juiz de instrução, passando, por lei, para os Procuradores da República que funcionam junto dos Tribunais. Mesmo assim o Ministério Público na Itália não tem esse poder autonomamente, porque a polícia judiciária não depende dele integralmente, mas da autoridade judiciária (Constituição italiana, art. 109), pois a Constituição italiana só tem um dispositivo sobre o Ministério Público para impor-lhe o dever de exercer a ação penal (art. 112). A Constituição portuguesa tem dois artigos sobre o Ministério Público, mas não dispõe sobre sua competência, deixando para a lei (arts. 221 e 222), por isso a lei pôde integrar a polícia judiciária na organização do Ministério Público com competência exclusiva para a instrução preparatória das infrações penais.<sup>4</sup> Na Espanha, não é ao

---

<sup>4</sup> Cf. Bismael B. Moraes, *Direito e policia, urna introdução à Polícia Judiciária*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986, p. 75.

Ministério Público que cabe a função investigatória, só por si diretamente. Lá a função de averiguação dos delitos cabe à polícia judiciária que, no entanto, no exercício dessa função, depende do juiz, dos Tribunais e também do Ministério Público (Constituição, art.126). Na Colômbia, sim, a Constituição dá competência direta à Procuradoria Geral da Nação (*Fiscalía General de la Nación*) para investigar os delitos e acusar os presumidos infratores ante os juízos e tribunais competentes (art. 250).

7. Essas indicações do direito estrangeiro só têm a utilidade de mostrar que o regime da matéria no Brasil é próprio, peculiar e único, porque define os campos de atuação do Ministério Público e da Polícia Judiciária com precisão, e sem dependência recíproca, de sorte que a invocação de doutrina estrangeira sobre o assunto não traz a menor contribuição ao seu esclarecimento. Nem é necessário recorrer a grandes indagações doutrinárias, diante do que está estabelecido nas normas constitucionais.

### 3. A DOUTRINA DOS PODERES IMPLÍCITOS

8. No material que me foi apresentado para a elaboração deste parecer consta que o Ministério Público argumenta que, ainda que se entenda que a Constituição não lhe tenha conferido expressamente os poderes investigatórios, na esfera penal, é de ser aplicada a doutrina dos poderes implícitos, pois se a Constituição lhe assegura a competência privativa para promover a ação penal pública, deve ter-lhe também assegurado os meios para alcançar esse fim.

9. Essa concepção da doutrina dos poderes implícitos, com a devida vênia, não é correta. Primeiro, é preciso indagar se entre a investigação penal e a ação penal ocorre uma relação entre meio e fim. O meio para o exercício da ação penal consiste no aparato institucional com a habilitação, competência adequada e condições materiais, para fazê-lo.

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. O resultado dessa apuração constituirá a instrução documental – o inquérito – (daí, tecnicamente, instrução penal preliminar) para fundamentar a ação penal e servir de base para a instrução penal definitiva. Segundo, poderes implícitos só existem no silêncio da Constituição, ou seja, quando ela não tenha conferido os meios expressamente em favor do titular ou em favor de outra autoridade, órgão ou instituição. Se ela outorgou expressamente a quem quer que seja o que se tem como meio para atingir o fim previsto, não há falar em poderes explícitos.<sup>5</sup> Como falar em poder implícito onde ele foi explicitado, expressamente estabelecido, ainda que em favor de outra instituição?

10. O exemplo do constitucionalismo brasileiro se verificou no regime da Constituição de 1891, relativamente à figura do interventor, porque ela disciplinava a intervenção federal nos Estados (art. 60), mas não previa essa entidade. Reconheceu-se, em face disso, que era legítima a nomeação de um interventor no caso de intervenção com o afastamento do Governador. O Presidente da República reivindicou essa competência. Ruy Barbosa, no entanto, argumentou em contrário, pois nem a Constituição lhe dava esse direito nem lho dava nenhuma lei do País, porque esse poder cabia ao Congresso Nacional.

“Desta arte [disse Ruy], reconhecendo que a Constituição se não ocupava com a entidade do interventor, reconhecia eu ao legislador nacional o direito de, no uso da faculdade a ele conferida pelo art. 6º, n. 2, criar por lei a intervenção e confiá-la a um interventor.”<sup>6</sup>

Nesse texto temos duas lições importantes para a conclusão deste assunto. Primeiro, o poder implícito só ocorre quando Constituição não se ocupa da matéria; segundo, não cabe a determinado órgão a competência que está prevista para outro. No caso sob nossas vis-

---

<sup>5</sup> Cf. a doutrina de Marshall e de outros constitucionalistas em Ruy Barbosa e deste mesmo, *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, Vol. 1, São Paulo, Saraiva, 1932, pp. 190 e ss.

<sup>6</sup> Op. cit., p. 195.

tas, a Constituição se ocupou do tema, conferindo a investigação na esfera penal à polícia judiciária, logo, ela não cabe a nenhum outro órgão ou instituição, nem, portanto, ao Ministério Público.

#### **4. O MAIS E O MENOS EM DIREITO. INVESTIGAÇÃO SELETIVA?**

11. Outro argumento que consta em favor da competência investigatória direta do Ministério Público é a de que, sendo ele titular da ação penal pública, também há de ter o poder de investigação criminal, sob o argumento de que “quem pode o mais pode o menos”. Se esse prólogo tem algum valor no campo de direito privado, não sei, mas no campo do direito público, especialmente no direito constitucional, não tem nenhum valor. Não é uma parêmia a que se dá valor de regra interpretativa. O que é mais e o que é menos no campo da distribuição das competências constitucionais? Como se efetua essa medição, como fazer urna tal ponderação? Como quantificá-las? Não há sistema que o confirme. As competências são outorgadas expressamente aos diversos poderes, instituições e órgãos constitucionais. Nenhuma é mais, nenhuma é menos. São o que são, porque as regras de competência são regras de procedimento ou regras técnicas, havendo eventualmente regras subentendidas (não poderes implícitos) às regras enumeradas, porque submetidas a essas e, por conseguinte, pertinente ao mesmo titular. Não é o caso em exame, porque as regras enumeradas, explicitadas, sobre investigação na esfera penal, conferem esta à polícia judiciária, e são regras de eficácia plena, como costumam ser as regras técnicas.

12. Assim mesmo se pode discutir sobre o que é mais e o que é menos entre a investigação e a ação judicial penal. A investigação é um procedimento de instrução criminal (preliminar, preparatória) em busca da verdade e da formação dos meios de prová-la em juízo. A ação é um ato pelo qual se invoca a jurisdição penal. Procedimento da instrução penal preliminar, como qualquer procedimento, é uma sucessão de atos concatenados que se registram e se documentam no inquérito policial, que vai servir de base para a propositura da ação

penal ou não, conforme esteja ou não configurada a prática do crime, sua autoria e demais elementos necessários à instrução penal definitiva. O resultado positivo da investigação do crime é que constituirá pressuposto da ação penal viável. Sem a investigação prévia da verdade e dos meios de prová-la em juízo é impossível a ação penal, diz bem Canuto Mendes de Almeida.<sup>7</sup> Pode-se estabelecer uma relação de mais e de menos entre esses elementos?

13. Demais, se o argumento do “quem pode o mais pode o menos”, assim como o argumento, muito parecido, dos poderes implícitos, fossem procedentes, a coerência exigiria que o Ministério Público assumisse inteiramente a função investigativa. Mas não é isso que ele pretende, como mostra esta passagem de memorial apresentado a Ministros do Supremo Tribunal Federal:

“Frise-se que o Ministério Público não pretende substituir-se, indistintamente, a Polícia Judiciária na investigação das infrações penais, mas dispor de meios para obter diretamente, de modo mais célere e eficaz, em determinadas situações e quando o interesse público o exige, as provas e informações que necessita para a formação de seu convencimento sobre a viabilidade da ação penal” (p.24).

Esse texto é exemplar. Ele reconhece que a competência é da Polícia Judiciária. Implicitamente denuncia que o Ministério Público não tem o poder de investigação na esfera penal, senão não reivindicaria exercê-la apenas em determinadas situações. De fato, aí só se pleiteia substituir-se a Polícia Judiciária “em determinadas situações e quando o interesse público o exige”. Quem decide quais são essas “determinadas situações”, quem decide “quando o interesse público o exige”? O próprio Ministério Público a seu alvedrio? Isso só cria incertezas e confusão. Ora, toda investigação criminal é de interesse público. Este a exige em todos os casos em que um delito se mani-

---

<sup>7</sup> Cf. *Princípios fundamentais do processo penal*, São Paulo, RT, 1973, p. 61. Outras partes do livro são bastante instrutivas a respeito da investigação na esfera penal, do inquérito policial e de sua função.

feira. Qual o critério de seleção, o de maior repercussão na mídia? É certo que um dispositivo do Ato 98/1996 do Ilustre Procurador-Geral da Justiça de São Paulo, o mesmo que subscreve o memorial apresentado aos eminentes Ministros do Supremo Tribunal Federal, pretendeu estabelecer casos em que isso pudesse ocorrer. Sobre esse dispositivo, falarei mais adiante (item 20).

## 5. UMA COMPETÊNCIA EXCLUSIVA

14. De passagem, já me manifestei sobre o tema, nos termos seguintes: “o art. 144, § 4º, estatui que às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária, e a apuração de infrações penais, exceto as militares. Isso quer dizer que a Constituição reservou à polícia civil estadual um campo de atividade exclusiva que não pode ser invadido por norma infraconstitucional e, menos ainda, por disposições de ato administrativo. Uma delas é a realização do inquérito policial, que constitui o cerne da atividade de polícia judiciária, que não comporta o controle do Ministério Público. (...) A outra é que também à polícia civil, polícia judiciária, se reservou a função de apuração das infrações penais, o que vale dizer o poder investigatório, sendo, pois, de nítido desrespeito à Constituição normas que atribuam a órgão do Ministério Público a faculdade de promover diretamente investigações como o fez o art. 26 do ato 98/1996”.<sup>8</sup>

15. Argumenta-se que a Constituição não deferiu à Polícia Judiciária o monopólio da investigação criminal. É verdade, mas as exceções estão expressas na própria Constituição e nenhuma delas contempla o Ministério Público. O próprio parágrafo 4º do artigo 144 ressalva a competência da União em contemplação da Polícia Judiciária Federal (art. 144, §1º) e exclui da competência da Polícia Ju-

---

<sup>8</sup> Cf. José Afonso da Silva, “Parecer: controle externo da atividade policial como uma das funções institucionais do Ministério Público - Entendimento do art. 129, VII, da CF - Conteúdo da lei complementar e seus limites constitucionais - Competências exclusivas das polícias”, Revista ADPESP, ano 17 - n. 22 - dezembro 1998, p. 19 e SS, dez 1988.

diciária a apuração das infrações penais militares, em harmonia com o art. 124, com base no qual cabe a polícia judiciária militar, exercida por autoridades das corporações militares, a função de apuração dos crimes militares no âmbito de cada qual, por meio de inquérito policial militar.<sup>9</sup>

16. Outra exceção que se costuma lembrar é a do poder investigatório das comissões parlamentares de inquérito, que também é expresso na Constituição (art. 58, §3º), mas o inquérito parlamentar não é um típico inquérito criminal, porque visa apurar fato determinado de qualquer natureza: político, administrativo, responsabilidade civil e também criminal, como se nota do final do §3º do art. 58, tanto que suas conclusões, nem sempre dispensam investigações policiais, como a experiência tem mostrado, porque, no fundo do inquérito parlamentar, se movem interesses e métodos políticos, nem sempre compatíveis com uma instrução penal preliminar, que, como nota Canuto Mendes de Almeida, invocando a lição dos grandes processualistas e da legislação, tem por finalidade preservar a inocência contra as acusações infundadas e o organismo judiciário contra o custo e a inutilidade em que estas redundariam.<sup>10</sup> É certo que as comissões parlamentares de inquérito realizam também atividade de investigação, e essa é a sua única função que ressalta do seu próprio nome, investigação não tipicamente criminal, mas também criminal, e, nesse aspecto particular, pode-se ter essa investigação como exceção ao disposto no art. 144, parágrafos 1º e 4º, mas exceção expressa.

17. Num texto da lavra do ilustre processualista Antônio Scarance Fernandes, transcrito na já referida peça do Ministério Público de São Paulo, menciona-se também que é muito comum a apuração indireta de crimes através de sindicâncias e processos administrativos”. Essa idéia está conectada com a outra segundo a qual o inquérito policial é facultativo, citando-se a propósito o art. 4º, parágrafo único, do Código de Processo Penal que diz que a atribuição, no caput, da

---

<sup>9</sup> Cf. Código de Processo Penal Militar, arts. 7º, 8º e 9º.

<sup>10</sup> Ob. cit., p. 17.

função de polícia judiciária não exclui a de autoridade administrativa, a quem por lei seja cometida a mesma função. A questão hoje consiste em saber se uma 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. Ora, para membros do Ministério Público, normalmente profundos conhecedores do direito, inclusive do direito constitucional, não é sequer necessário insistir nisso.

18. A tese de que o inquérito policial é facultativo não é bem correta. O que é certo é que ele é dispensável, quando a *notitia criminis* consta de algum procedimento ou documentos com elementos suficientes para a propositura da ação penal. Os exemplos podem ser as conclusões de comissão parlamentar de inquérito e os procedimentos administrativos, ou, se com a representação forem oferecidos elementos que habilitem o Ministério Público a promover a ação penal (CPP, art. 39 §5º). É nesse caso que o Dr. Scarance Fernandes disse que “é muito comum a apuração *indireta* [itálico meu] de crimes através de sindicância e processos administrativos. É *indireta*, porque não se trata de investigação criminal, mas de apuração de ilícito administrativo durante a qual se comprovou infrações penais.

19. O certo é que as exceções apresentadas estão consignadas na Constituição. Se existe lei que atribua a função de polícia judiciária a outro órgão ou instituição, ela contraria o disposto no art. 144, §§ 1º e 4º, da Constituição, e é inconstitucional. Em todo caso, nenhuma das exceções mencionadas, quer as consignadas na Constituição, quer as referidas em Lei, beneficiam o Ministério Público. Note-se, enfim, que nem mesmo a tese de que o inquérito é “facultativo” lhe abre a possibilidade do exercício direto do poder de investigação na esfera penal, porque só o é quando existe outro meio já constituído (procedimento, documento) que, por já conter a definição da infração, de seu autor etc., o dispensa. Veja-se bem, a sua dispensa nos casos previstos não defere ao Ministério Público o poder de investigação direta.

20. Volto à questão da *investigação seletiva* n. 13 supra, para reafirmar a competência exclusiva da polícia judiciária estadual e federal, cada qual no âmbito de sua competência, para a investigação na esfera penal comum; as exceções do inquérito policial militar e de comissões de inquérito não infirmam aquela exclusividade em relação às infrações penais comuns. Não há na Constituição nada que autorize o Ministério Público a instaurar e presidir inquérito criminal. Ele o tem feito por via do inquérito civil previsto no inc. III do art. 129, com notório desvio de finalidade, já que o inquérito civil é peça de instrução preparatória da ação civil pública consignada a ele no mesmo dispositivo e não evidentemente de instrução criminal. Ou tem pretendido usar de procedimento administrativo próprio, como o art. 26 do Ato 98/1996 do Procurador-Geral de Justiça de São Paulo definiu, com desvio ainda mais sério, porque, a toda evidência, procedimento administrativo não é meio idôneo para proceder investigações criminais diretas. O fato mesmo de se recorrer a tais expedientes demonstra, à saciedade, que o Ministério Público não recebeu da Constituição o poder para promover investigações diretas na área penal.

A propósito dessas questões, permito-me transcrever texto do meu parecer já citado antes:

“Mais contundentemente inconstitucional é o disposto no art. 26 do Ato 98/1996, quando atribui ao órgão do Ministério Público a função investigatória direta. Eis o texto: ‘Art. 26. O órgão do Ministério Público poderá promover diretamente investigações, por meio de procedimento administrativo próprio a ser definido em Ato do procurador-geral de Justiça, ouvido o colégio de Procuradores de Justiça. I - se houver necessidade de providência cautelar; II - quando as peculiaridades do caso concreto exijam em prol da eficácia da persecução penal’”.

“Em essência”, como lembrei naquele parecer referido, com esse dispositivo institui o Ministério Público, *sponte propria*, particular forma de inquérito, extrapolando, por certo, sua competência institucional

constitucionalmente estabelecida, Acrescentei, *ipsis litteris*: “O procedimento administrativo, referido no dispositivo, é uma contrafação do inquérito civil previsto no inc. III do art. 129, da Constituição, que não pode ser transmudado em mal disfarçada forma de inquérito penal, porque tem destinação própria qual seja servir de peça informativa prévia à propositura da ação civil pública para os fins ali previstos.<sup>11</sup> A apuração das infrações penais é uma das atribuições exclusivas da polícia civil, que se encontra expressamente prevista no art. 144, §4º, da Constituição Federal. 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. Vale dizer, pois, que o tal procedimento administrativo próprio é, na verdade, um expediente de invasão de competência, desprovido de base legal”<sup>12</sup>

21. O Ato Normativo n. 314-PGJ/CPJ, de 27.06.2003, regulamentou o procedimento administrativo referido no citado art. 26 do Ato Normativo 98/1996. Sua ementa procura amparar sua legitimidade declarando que regulamenta, na área criminal, o procedimento administrativo previsto no art. 26, 1, da Lei Federal n.8.625/1993, repetido no art. 104, I, da Lei Complementar Estadual n. 734/1993. Esses dispositivos, por seu turno, regulamentam o art. 129, VI, da Constituição Federal, que inclui entre as funções institucionais do Ministério Público expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva”. Nem esse dispositivo nem os daquela s leis autorizam “procedimento administrativo criminal” de que fala o art. 2º do citado Ato 314/2003. O art. 26, I, da Lei 8625/1993 estabelece o seguinte:

“Art. 26 - No exercício de suas funções , o Ministério Público poderá:

I - instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los

---

<sup>11</sup> Nesse sentido, a Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo.

<sup>12</sup> Cf. José Afonso da Silva, *op. cit.*, p. 21.

- a) expedir notificações para colher depoimentos ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar, ressalvadas as prerrogativas previstas em lei;
- b) requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
- c) promover inspeções e diligências investigatórias junto às autoridades, órgãos e entidades a que se refere a alínea anterior”.

Como se vê, esse dispositivo, repetido *ipsis litteris* no art. 104, I, da Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo (Lei Complementar 104/1993), não contém nada que autorize a instauração de procedimento de investigação criminal. Ele autoriza o Ministério público, *no exercício de suas funções*, a instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes, e todo o conteúdo de suas alíneas são tipicamente administrativos, ou referem-se a procedimentos tais como a sindicância administrativa, o inquérito administrativo e o processo administrativo e se destinam a apurar infrações disciplinares e eventual aplicação de sanções administrativas (Lei do Ministério Público da União, arts. 246-261, Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo, art. 251), pois, procedimento administrativo não é procedimento idôneo para investigação na esfera penal, de sorte que, também nesse particular, o referido dispositivo extrapola as balizas constitucionais das funções institucionais do Ministério Público, até porque se são procedimentos *no exercício de suas funções*, e se em suas funções não entra a investigação criminal direta, o procedimento administrativo não poderia converter-se em inquérito criminal, sob a presidência de um membro do Ministério Público como pretende o Ato 314/2003, que assim contraria regras e princípios constitucionais.

O art. 2º desse Ato estatui que “o membro do Ministério Público, no exercício de suas funções na área criminal, poderá, de ofício ou em face de representação ou outra peça de informação, instaurar procedimento administrativo criminal quando, para a formação de seu convencimento, entender necessários maiores esclarecimentos sobre o caso ou o aprofundamento da investigação criminal produzida”.

Ora, se o membro do Ministério Público tem conhecimento de crime e não tem os elementos suficientes para a propositura da ação penal competente, o que lhe compete, de acordo com a Constituição (art. 129, VIII), é requisitar a instauração do inquérito policial, não lhe cabendo promovê-lo, por si mesmo, de ofício, ou em face de representação ou outra peça de informação. Por outro lado, se necessita maiores esclarecimentos sobre o caso ou o aprofundamento da investigação criminal produzida, não pode ele substituir a autoridade competente para efetivar a investigação (a polícia judiciária). O que lhe cabe, em tal circunstância, é também, nos termos do mesmo dispositivo constitucional, requisitar diligências investigatórias à autoridade competente, o presidente do inquérito policial.

Claro está que, se esse chamado “procedimento administrativo criminal” (o nome é uma contradição em termos, pois, se é administrativo não é criminal, se é criminal não é administrativo), se esse procedimento se limitasse ao “aperfeiçoamento, celeridade, finalidade e indisponibilidade da ação penal” (Ato 314/2003, art. 2º, §1º, II), ou à “prevenção e correção de irregularidade, ilegalidade ou abuso de poder relacionado com a atividade de investigação” (art. 2º, §1º, III) ou à “fiscalização da execução de pena e medida de segurança” (art. 2º, §1º, V), nada haveria a objetar, porque são atribuições que estão dentro das funções do Ministério Público. O que se reputa transgressor da Constituição é a pretendida investigação criminal direta, naquele Ato 314/2003 encarapuçada sob o manto do “aperfeiçoamento da investigação, visando à preservação ou obtenção da prova, inclusive técnica, bem como a validade da prova produzida, para fins de persecução penal” (art. 2º, §1º, IV), mas que está definido na letra

“b” do art. 26 do Ato 98/1996 que confere aos membros do Ministério Público (de São Paulo) o poder de estabelecer procedimentos administrativos para promover diretamente investigações criminais (ou seja, “promover diretamente investigações, por meio de procedimento administrativo próprio (...) b) - quando as peculiaridades do caso concreto exijam em prol da eficácia da persecução penal”). E isso é o que tem ocorrido na prática: órgãos do Ministério Público instauram um procedimento administrativo com o fim precípua, não de apurar ilícitos administrativos, mas de apurar ilícito criminal, convocando supostos infratores, testemunhas etc., etc. Não se trata daquele argumento, que, às vezes, se ouve de que lhe é lícito concluir as investigações para apurar infrações penais e, sendo o caso, intentar a ação penal competente, quando ele instaura um inquérito civil ou um procedimento administrativo, e, no seu desenvolvimento, encontra indício de tais infrações. Na verdade, na prática, serve-se o Ministério Público, ou do inquérito civil ou de procedimento administrativo, diretamente, como meio de proceder a investigações na esfera criminal. Como se disse antes, isso constitui um desvio de finalidade, uma fraude à Constituição que não lhe confere tal poder.

22. Há, de fato, quem sustente que, quando o Ministério Público instaura o inquérito civil como instrução prévia da ação civil pública e, no seu curso do procedimento, descobre infrações penais, estará ele autorizado a prosseguir nas investigações criminais para apurar as infrações penais possíveis. “Autorizado” por que norma constitucional? O inquérito civil é “uma investigação administrativa prévia, presidida pelo Ministério Público, que se destina basicamente a colher elementos de convicção para que o próprio órgão ministerial possa identificar se ocorre circunstância que enseje eventual propositura de ação civil pública”. Esse conceito é de um ilustre jurista membro do Ministério Público, Hugo Nigro Mazzilli.<sup>13</sup> Em essência,

---

<sup>13</sup> Cf. *O inquérito civil*, p. 54, *apud* Luiz Guilherme da Costa Wagner Júnior, *A ação civil pública como instrumento de defesa da ordem urbanística*, Belo Horizonte, Del Rey, 2003, p. 151.

é essa também a concepção do Min. Celso de Mello, emitida quando assessor do Gabinete Civil da Presidência da República. Disse ele: “O inquérito civil, em suma, configura um procedimento preparatório, destinado a viabilizar o exercício responsável da ação civil pública”.<sup>14</sup> Se é assim, e é, não há como distorcer esse importante instrumento, para transformá-lo num inquérito policial.

A ação civil pública se destina a apurar responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e a outros interesses difusos e coletivos, e também à proteção do patrimônio público e social (Lei 7.347/1985, art. 10, e CF, art. 129, III). Tem como objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (Lei 7.347/1985, art. 3). Para tanto é que a lei e também a Constituição prevê o inquérito civil que não pode ser convertido (ou distorcido), nem direta nem indiretamente, em procedimento de apuração de infração penal. Se, no curso do inquérito civil ou de procedimento administrativo, se deparar com possível infração penal, seu presidente tem que remeter as peças pertinentes à polícia judiciária, nos termos do art. 129, VIII, para a instauração do competente inquérito policial, pois, repita-se, membro do Ministério Público não tem legitimidade constitucional para presidir a inquérito com o objetivo direto ou indireto de apuração de infração penal, pois a apuração de infração penal, exceto as militares, é função da polícia judiciária, sob a presidência de delegado de polícia (CF, art. 144, §4º).

## 6. RESPOSTA À CONSULTA

23. Enfim, à vista do exposto, posso responder sinteticamente à consulta, nos seguintes termos: Não. Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público não pode realizar nem presidir investigação criminal. É o meu parecer.

---

<sup>14</sup> Cf. em Hely Lopes Meirelles, *Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, Habeas-data*, São Paulo, RT, 1989, nota 2, p. 122. Também em Luiz Guilherme da Costa Wagner Júnior, op. cit., p. 159.

## SÃO ILEGAIS OS “PROCEDIMENTOS INVESTIGATÓ- RIOS” REALIZADOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

*José Carlos Fragoso<sup>1</sup>*

É indisputável que o Ministério Público ostenta, em face do ordenamento constitucional vigente, especial posição na estrutura do Poder estatal. Todavia, é-lhe estranha, no domínio de suas atividades institucionais, essa função de instaurar e comandar investigações, como se fosse polícia judiciária.

O ordenamento jurídico processual brasileiro está fincado na concepção de que as investigações preliminares, que constituem a fase preparatória da *persecutio criminis*, devem ser realizadas pelas autoridades policiais, ainda que sob o controle do Ministério Público.

Esta concepção tem em conta a necessidade de garantir-se a equitatividade do processo penal, em cujo curso se deve assegurar às partes a igualdade de armas. Assim, entre nós, nos crimes de competência da Justiça Federal, a Polícia Federal é o órgão encarregado de presidir as investigações, que serão, a seguir, encaminhadas ao Ministério Público Federal, que é o titular do direito de ação penal pública.

---

<sup>1</sup> Professor de Direito Penal da Faculdade de Direito Cândido Mendes e advogado criminal.

Se estes papéis não forem respeitados, como tem sucedido com preocupante freqüência, tem-se clara violação do preceito constitucional referente ao devido processo legal, assim estatuído: “Art. 5º *Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;*”.

O grave inconveniente que se cria com este desrespeito às funções de cada instituição (Polícia, Ministério Público, Magistratura) reside na *parcialidade* que se estabelece. Se o Procurador da República se traveste de policial, pode ele adotar, desde logo, no início das investigações, um determinado ponto de vista, que tenderá a manter ao longo de todo o procedimento, tornando-se indiferente a qualquer outra alternativa probatória.

A respeito desta saudável separação de funções leciona o saudoso ANTONIO EVARISTO DE MORAES FILHO: “O legislador brasileiro optou por aquele (sistema) que estabelece uma diferenciação de funções, incumbindo à polícia a realização do inquérito, ainda que admitida certa vigilância por parte do Ministério Público. Enquanto para este último ficou atribuída a função de promover a ação pública, em regra com assento nos elementos coligidos pela polícia judiciária” (“O Ministério Público e o Inquérito Policial”, Rev. Bras. de Ciências Criminais, vol. 19, p. 106 — grifo nosso).

A *persecutio criminis* se perfaz, via de regra, com a união dos trabalhos realizados por dois agentes distintos: Polícia e Ministério Público, cada qual com suas funções próprias. Como é evidente, a prescindibilidade do inquérito policial aponta para hipóteses de coleta de elementos prévios de informação advindos de Comissão Parlamentar de Inquérito, inquérito administrativo, peças extraídas de processos judiciais, etc, mas nunca para a possibilidade de instaurar-se um inquérito no âmbito do próprio Ministério Público.

À parte a análise doutrinária da matéria, o nosso ordenamento constitucional e infra-constitucional veda completamente que o Ministério Público exerça as funções de polícia judiciária.

Nos termos da Constituição Federal, a polícia judiciária da União é exercida, *com exclusividade*, pela Polícia Federal. É o que estabelece o art. 144, em seu § 1º: “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; (...) § 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, estruturado em carreira, destina-se a: I – apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei; (...) IV – exercer, **com exclusividade**, as funções de polícia judiciária da União.” (grifo nosso).

De outro lado, ao tratar das funções institucionais do Ministério Público, a Constituição Federal preceitua, em perfeita harmonia com a “exclusividade” conferida à Polícia Federal para as investigações, que: “ Art. 129. **São funções institucionais do Ministério Público:** I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; II – zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; 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; IV – promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição; V – defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; VI – expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva; VII – exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencio-

nada no artigo anterior; VIII – **requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;**” (grifos nossos).

Ou seja: o Ministério Público pode promover a ação penal pública, o inquérito civil público, a ação civil pública e a ação de inconstitucionalidade, assim como representar para fins de intervenção da União e dos Estados (incisos I, III e IV).

Já nos “*procedimentos administrativos de sua competência*”, pode também o Ministério Público “*expedir notificações, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva*” (inciso VI) — o que diz respeito aos feitos mencionados no parágrafo anterior (incisos I, III e IV do art. 129 CF).

Em **matéria penal**, todavia, a Constituição Federal determina tão somente que o *Parquet* pode “*requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial*” (cf. inciso VIII).

É nítida, portanto, a diferença de tratamento constitucional às atividades de caráter cível, de um lado, e criminal, de outro, do Ministério Público.

Também a legislação infra-constitucional segue, obviamente, o padrão ditado pela Carta Magna, seja quanto à atuação dos Ministérios Públicos Estaduais, seja quanto à do Ministério Público Federal.

Como já foi destacado acima, nos termos do art. 129, VI, da atual Constituição, dentre as funções institucionais do Ministério Público, se inclui “*expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva*”.

Como já ressaltado antes, este inciso VI do artigo 129 CF refere-se aos feitos previstos nos incisos I, III e IV do mesmo artigo, onde estão elencados os “*procedimentos administrativos*” de competência do Ministério Público. Todavia, ainda que, por absurdo de interpretação, assim não fosse, a Constituição, ao contrário do que se poderia apressadamente imaginar, não deu um cheque em branco ao Minis-

tério Público, mas sim previu a possibilidade de o Ministério Público fazer requisições diretas de diligências, *na forma de lei complementar*. Tal lei, no que tange ao Ministério Público Federal, é a Lei Complementar nº 75, de 20/05/93. Vamos examiná-la.

Segundo esta Lei, as atribuições do Ministério Público Federal são análogas àquelas dos Ministérios Públicos dos Estados, como se vê estabelecido no artigo 7º da Lei Complementar nº 75: “Art. 7º - *Incumbe ao Ministério Público da União, sempre que necessário ao exercício de suas funções institucionais: I - instaurar inquérito civil e outros procedimentos administrativos correlatos; II - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, podendo acompanhá-los e apresentar provas; III - requisitar à autoridade competente a instauração de procedimentos administrativos, ressalvados os de natureza disciplinar, podendo acompanhá-los e produzir provas.*”.

Ou seja: a matéria penal está tratada no inciso II deste art. 7º da Lei, no qual se dá ao Ministério Público Federal o poder de requisitar: a) diligências investigatórias; b) a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, podendo acompanhá-los e apresentar provas.

A questão está em saber se o poder de requisitar diligências investigatórias significa poder fazer uma espécie de inquérito criminal no âmbito do próprio Ministério Público, ou se se trata do direito de ordenar à autoridade policial que cumpra as diligências de interesse do *Parquet*.

Ninguém duvida de que o Ministério Público possa requisitar à autoridade policial o cumprimento de diligências. O Superior Tribunal de Justiça já o afirmou, mais de uma vez. É natural que assim seja, já que o Ministério Público é o destinatário da apuração, cabendo-lhe formular a *opinio delicti*. Assim, pode o Ministério Público requisitar a instauração de inquérito policial, pode requisitar a realização desta ou daquela prova, pode acompanhar a atividade do Presidente do inquérito.

Contudo, coisa bem diversa é dar-se ao Ministério Público o direito de ele próprio presidir uma investigação no âmbito da Procuradoria, exercendo atividades de polícia judiciária, *sem qualquer controle externo, e violando nitidamente a exclusividade que a Carta Política confere à Polícia Federal nesta matéria* (cf. art. 144, § 1º, inciso IV, transcrito acima).

A Constituição Federal e a lei complementar não conferiram jamais ao Ministério Público um poder tão amplo, tão incontrastável assim. Ser o destinatário das investigações, advenham elas de CPI, inquérito policial ou peças de informação, com as atribuições que daí decorrem, é razoável e natural, e constitui a base lógica de nossa processualística penal.

Não é possível, porém, permitir que o Ministério Público possa acumular as funções de investigador (que a ninguém presta contas), e de instituição encarregada de promover a persecução criminal. Trata-se de um acúmulo perigoso de atribuições, que, sobre ser ilegal e inconstitucional, é absolutamente inconveniente, pois dá lugar, pelo excesso de poder, a abusos intoleráveis.

Como leciona LUIGI FERRAJOLI, fica ofendido o princípio da paridade das partes quando, como aqui, ocorrem “*confusiones entre funciones de enjuiciamiento y funciones de acusación*” (“*Derecho y razón*”, Ed. Trotta, Madrid, 2.a ed., 1997, p. 583).

Esta posição tem por base o ensinamento de CARRARA, que, discorrendo sobre o que FERRAJOLI denomina “*la tendencia invasora del ministerio público*”, pontificava: “*El oficial al que se llama **Ministerio Público** y representante de la ley, no debe tener otra atribución fuera de la de acusar. Si él se mezcla en la **inquisición**, si tiene potestad de hacer procesos o dirigirlos, o de influir de cualquier otra forma en los procesos escritos que después valdrán, más o menos, para hacer prueba en contra del acusado, no será nada más que un **inquisidor**. Y cuando se lo encadene ao poder ejecutivo, resultará una mentira llamarlo **representante de la ley**: solo será un **inquisidor representante del gobierno**, y siempre pondrá sobre la **voluntad de la ley** la volun-*

*tad del gobierno*” (FRANCESCO CARRARA, “Programa *del Curso de Derecho Criminal*”, Parte General, vol. II, § 845, Ed. DEPALMA, Buenos Aires, 1944, p. 215).

Tratando de interpretar o artigo 7º da Lei Complementar n.º 75, veja-se, ainda uma vez, o comentário e a crítica de EVARISTO DE MORAES FILHO: “(...) *parece claro que se adotou um critério diferenciado em matéria de investigações preparatórias: no campo civil, cabe ao Ministério Público instaurar o inquérito civil ou outros procedimentos administrativos pertinentes, ao curso dos quais se admite que realize diretamente diligências (...); já em sede penal, (...) é-lhe facultado meramente requisitar diligências ou a abertura de inquéritos. Entretanto, apesar desta diferenciação fixada nos textos ora invocados, o Ministério Público, pelo menos no Estado do Rio de Janeiro, nas esferas federal e estadual, está querendo adquirir o vezo de promover, diretamente, investigações preliminares, expedindo notificações e tomando depoimentos, numa verdadeira usurpação das atribuições da autoridade policial, a quem a Constituição comete as funções de polícia judiciária (art. 144, § 1º, IV e § 4º).*” (cit., p. 109/110).

Em suma, o que se está verificando na prática de nosso foro federal é uma atabalhoada tentativa de ampliação constitucional das funções institucionais do Ministério Público, em contraste com a forma que a Carta Maior e a legislação inferior estabeleceram para a realização da investigação criminal. *Data venia*, as conquistas do Ministério Público na nova Constituição Federal já foram de bom tamanho. Pretender ampliá-las à força significa verdadeira ameaça aos direitos do cidadão.

A matéria versada neste artigo tem sido objeto de diversos pronunciamentos dos Tribunais do país.

Em acórdão unânime da 2ª Turma do eg. Supremo Tribunal Federal, publicado no DJU de 19/03/1999, sob a relatoria do i. Ministro CARLOS VELLOSO (Rec. Ext. 205.473-9/AL), resta consignada a *falta de atribuição constitucional* do Ministério Público para, substituindo-se à Polícia Judiciária, realizar diretamente a investiga-

ção criminal: “CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. ATRIBUIÇÕES. INQUÉRITO. REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÕES. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. C.F., art. 129, VIII; art. 144, §§ 1º e 4º. I- Inocorrência de ofensa ao art. 129, VIII, C. F., no fato de a autoridade administrativa deixar de atender requisição de membro do Ministério Público no sentido da realização de investigações tendentes à apuração de infrações penais, **mesmo porque não cabe ao membro do Ministério Público realizar, diretamente, tais investigações, mas requisitá-las à autoridade policial, competente para tal (C.F., art. 144, §§ 1º e 4º).**” (grifos nossos).

Do voto do eminente relator extrai-se:

*“A requisição de diligências investigatórias de que cuida o art. 129, VIII, CF, deve dirigir-se à autoridade policial, não se compreendendo o poder de investigação do Ministério Público fora da excepcional previsão da ação civil pública (art. 129, III, CF). **De outro modo, haveria uma Polícia Judiciária paralela, o que não combina com a regra do art. 129, VIII, CF. (...) Não compete ao Procurador da República, na forma do disposto no art. 129, VIII, da Constituição Federal, assumir a direção das investigações, substituindo-se à autoridade policial, dado que, tirante a hipótese inscrita no inciso III do art. 129 da Constituição Federal, não lhe compete assumir a direção de investigações tendentes à apuração de infrações penais (C.F., art. 144, §§ 1º e 4º).**”* (grifos nossos).

Em adição, temos acórdão unânime da 6ª Turma do eg. Superior Tribunal de Justiça, proferido em 07/11/1995, sendo relator o e. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO (RHC 4.769/PR), no qual é destacada a importância de manter a separação entre as funções de investigar e acusar. Veja-se parte do voto do Ministro relator: “*Ministério Público e magistratura não podem estar comprometidos com o caso sub judice. Daí, a possibilidade de arguição de impedimento, ou suspeição dos respectivos membros. Se um ou outro atua na coleta de prova que, por sua vez, mais tarde, será a base do recebimento da denúncia, ou do sustentáculo da sentença, ambos perdem a imparcialida-*

*de, no sentido jurídico do termo. (...) Além disso, é tradicional, não se confundem três agentes: investigador do fato (materialidade e autoria), órgão da imputação e agente do julgamento.”* (grifos nossos).

E mais: no acórdão unânime da 6ª Turma do eg. Superior Tribunal de Justiça, proferido em 13/02/1996, relatado pelo e. Ministro WILLIAM PATTERSON (Rec. Esp. n.o 76.171/AL), acerca deste tema, merece destaque a seguinte passagem do v. acórdão: **“A requisição de diligências investigatórias de que cuida o art. 129, VIII, CF, deve dirigir-se à autoridade policial, não se compreendendo o poder de investigação do Ministério Público fora da excepcional previsão da ação civil pública (art. 129, III, CF). De outro modo, haveria uma Polícia Judiciária paralela, o que não combina com a regra do art. 129, VIII, CF. (...) Nada mais precisará ser acrescido ao pronunciamento transcrito, porquanto irrefutável a argumentação desenvolvida.”** (voto do e. Min. relator — grifos nossos).

Recentemente, o eg. Tribunal Regional Federal da 2ª Região proferiu acórdão assim ementado: **“HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. REPRESENTANTE DO PARQUET (CF, ART. 129). REALIZAÇÃO DIRETA DE PROCEDIMENTOS INVESTIGATÓRIOS. NÃO CABIMENTO. POLÍCIA (CF, 144, PAR. 1º, IV). ORIENTAÇÃO DO PRETÓRIO EXCELSO. O Ministério Público, como dominus litis, é o verdadeiro destinatário das investigações preparatórias da ação penal, cabendo a operacionalização das mesmas, de forma exclusiva, pela Polícia Judiciária (CF, art. 144, § 1º, IV); ‘Pode o Ministério Público, portanto, presentes as normas do inc. VIII, do art. 129, da CF, requisitar as diligências investigatórias e requisitar a instauração de inquérito policial, indicando os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais. As diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial deverão ser requisitadas, obviamente, à autoridade policial’** (STF - RE 215.301-CE, 2ª Turma, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, Informativo-STF 145, DJ 28/05/99, p. 1303); **Diante da falta de atribuição legal do Ministério Público Federal para promover diretamente atos investigatórios, há que ser reconhecida a ilegalidade das provas coligidas, sob pena de violação ao**

*princípio do due process of law. Habeas corpus concedido.*” (Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 4. Turma, HC n.º 99.02.07263- 1/RJ, rel. p/ acórdão Des. Fed. BENEDITO GONÇALVES, j. 08.11.2000, DJ 15/03/2001, p. 163).

Veja-se, ademais, a seguinte ementa, da mesma eg. Corte Federal da 2ª Região: “PROCESSO PENAL - HABEAS CORPUS - INQUÉRITO POLICIAL - COMPETÊNCIA DA POLÍCIA JUDICIÁRIA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO - LIMITES. I - Habeas Corpus impetrado objetivando o trancamento da ação penal, defluente de denúncia formulada baseada em subsídios probatórios extraídos de inquérito policial instaurado, processado e presidido por membros do Ministério Público Federal, subscritores da peça vestibular da ação penal. II - Ilegalidade procedimental por invasão de atribuições reservadas à competência da polícia Judiciária, nos termos do art. 144, § 4º, da Constituição Federal. III - Reconhecimento de competência do Ministério Público do poder-dever de fiscalizar atividades policiais, com requisição, inclusive, de diligências, sem, entretanto, substituir-se à atribuição legal de Delegados de Polícia. IV - Concessão da ordem de habeas corpus impetrada em favor dos pacientes para determinar o trancamento da ação penal contra eles instaurada, em curso no Juízo da 13ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro. Unânime.” (HC 1273 - rel. Des. Fed. NEY FONSECA, 1ª Turma).

Do acórdão destaca-se, por sua relevância, a seguinte passagem: “Primeiramente, cumpre-nos salientar que a ação penal desfechada contra o Paciente, lastreada em inquérito penal realizado pelo próprio órgão do Ministério Público, constituiu, realmente, fato inusitado e estranho, face à falta de atribuição do **Parquet** quanto ao colhimento de provas com a finalidade de instaurar ação penal, eis que cabe ao mesmo, tão-somente, realizar inquéritos civis, conforme reza a nossa Carta Magna, em seu artigo 129, quando dispõe a respeito das funções institucionais do Ministério Público. Assim, as diligências investigatórias destinadas ao inquérito policial refogem ao âmbito de atuação interna do Ministério Público, exatamente porque devem ficar afetas a quem tenha a titularidade de instaurar esse tipo de procedimento,

*isto é, a polícia civil, e, neste passo, mister ressaltar que é necessário que as funções fiquem bem delimitadas. Cada poder, cada órgão ou membro de Poder com suas atribuições e competências bem definidas, sob pena de se descumprir a regra, também constitucional, do devido processo legal. Isto porque, quando se define, estabelecem-se limites, não podendo haver funções ou atribuições superpostas. Se as há, ou serão conflitantes (devido processo legal ferido), como no caso em tela, ou serão desnecessárias (economia processual desprezada, com desgaste da máquina estatal)”*.

Em outro acórdão deste mesmo eg. Tribunal Regional Federal/2ª Região, agora relatado pelo eminente Des. Fed. SILVÉRIO CABRAL, a ementa ficou assim redigida: “HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. - O representante do Parquet, sem motivação aparente, instaurou inquérito administrativo que ele mesmo realizou, exorbitando sua competência legal e o qual culminou com o oferecimento de denúncia abusiva. Ordem de “habeas corpus” concedida como requerido na inicial.” (HC n.o 1137/RJ - 2.a T.).

Vale ressaltar que neste último acórdão, citado acima, o parecer do Ministério Público, da lavra do ilustre professor JUAREZ TAVARES, foi no sentido da concessão da ordem.

Em mais outra decisão do mesmo eg. Tribunal, que tinha por objeto a decretação de uma prisão preventiva, o tema das atribuições do Ministério Público foi também ventilado, valendo ressaltar um parágrafo do voto do nobre Des. Fed. CASTRO AGUIAR, assim redigido: “Ademais, também entendo que o Ministério Público, no curso de um inquérito policial, não tem atribuição legal para a colheita pessoal e direta de declarações de indiciados ou de testemunhas. Pode, sim, requisitar diligências e estar presente à realização das mesmas, mas não pode substituir a autoridade policial, a quem compete o exercício, com exclusividade, das funções de polícia judiciária da União, nos termos do art. 144, § 1º, IV, da Carta Magna” (HC nº 960209709-4, 2ª T., unânime).

No que diz respeito à doutrina, o ínclito Professor JOSÉ AFONSO DA SILVA, titular de Direito Constitucional da Faculdade de Di-

reito da Universidade de São Paulo e atual Secretário de Segurança Pública do mesmo Estado, é o autor de parecer em que comenta Ato do Colégio de Procuradores de Justiça de São Paulo, que pretendia fazer com que o MP passasse a realizar diretamente a investigação criminal. Do parecer do ilustre mestre, proferido em 16/10/1996, destacam-se os seguintes pontos: “Mais *contundentemente inconstitucional é o disposto no art. 26 do Ato 98/96, quando atribui ao órgão do Ministério Público a função investigatória direta. (...) Em essência, neste dispositivo institui o Ministério Público, sponte propria, particular forma de inquérito, extrapolando os limites, consignados em lei, que lhe permitem encetar investigação, o que só é possível nas hipóteses de infração penal praticada por Promotores de Justiça, ou nos casos de inquérito civil, como medida preliminar à propositura da ação civil pública. O procedimento administrativo, referido no dispositivo, é uma contrafação do inquérito civil previsto no inc. II do art. 129, da Constituição, que não pode ser transmudado em mal disfarçada forma de inquérito policial, porque tem destinação própria qual seja servir de peça informativa prévia à propositura da ação civil pública para fins ali previstos. A apuração das infrações penais é uma das atribuições exclusivas da polícia civil, que se encontra expressamente prevista no art. 144, § 4º, da Constituição Federal. **Não há como passar legitimamente 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.** Vale dizer, pois, que o tal ‘procedimento administrativo’ é, na verdade, um expediente de invasão de competência, desprovido de base legal.” (grifos nossos).*

De outro lado, parecer do eminente Professor L. A. MACHADO, titular de Direito Penal e de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade do Paraná, assenta, igualmente, a inconstitucionalidade de o Ministério Público presidir diretamente investigações criminais e, conseqüentemente, a inarredável ilicitude da prova colhida: “a lei não pode cometer as funções de elaboração de inquérito policial e de investigações criminais a quem não se revista

*expressamente de autoridade policial, segundo a Constituição Federal. A leitura que se deve fazer dessa atribuição constitucional é ser uma garantia individual, a garantia da imparcialidade e impessoalidade do Ministério Público, dominus litis e que, por isso, não deve, e não pode, investigar ou coligir informações para o exercício da ação processual criminal. RENÉ DOTTI, com sua notável clarividência e lucidez, já disse: (...) ‘O conceito jurídico- processual penal de autoridade não poderá, é óbvio, refugir aos indicadores constitucionais e legais. Segundo a lei fundamental, incumbe às polícias civis as funções de polícia judiciária e apuração das infrações penais, exceto as militares. (...) [Trata-se de] imposição do princípio da legalidade, sintetizado por C. A. BANDEIRA DE MELLO como obrigação de a administração pública só agir quando um texto de lei específico a autorize a agir.*

*(...) Isso porque em sendo autor [o MP], as investigações restariam imprestáveis, por inconstitucionalidade; e seriam irrecuperáveis, frutos que seriam da árvore envenenada (poisonous tree). (...) Significa: **como a investigação criminal feita pelo Ministério Público é inconstitucional — por ofender o monopólio constitucional das polícias civis e federal —, todas as provas e indícios coligidos são inconstitucionais, entendimento decorrente da fruits of poisonous tree doctrine, adotada pelo Supremo Tribunal Federal.** (...) Antecedente psicológico, portanto, à análise do tem, é a desmilitarização do pensamento quando do tratamento de questões que envolvam o poder da Polícia, mesmo porque, ainda hoje, infelizmente não são poucos — e normalmente os serviços do Poder e do status quo — que vêm os Delegados de Polícia em nível inferior, partindo de um a priori negativo. Esquecem-se, tais desavisados, que os Delegados de Polícia, como hoje estabelecido em lei são tão bacharéis em Direito quanto os Magistrados e os Promotores de Justiça, separando-os, quanto a este aspecto, e tão só, a realização e aprovação em concursos públicos diversos. No mais, cada carreira tem suas peculiaridades, suas vantagens, seus níveis e extensão do poder e suas desvantagens, típicas do exercício da própria função. (...) Não há dúvida de que o habeas corpus constitui o remédio adequado para corrigir a ação abusiva do M. P. (Helena Frago).* (...)

**III - A conclusão** 1. as polícias civis e a polícia federal detêm o monopólio constitucional da investigação criminal, e, conseqüentemente, do inquérito policial. (...) 3. ao Ministério Público é constitucionalmente defeso investigar e coletar informações, indícios e provas para o processo-crime.” (interpolações nossas).

É importante, por fim, trazer à colação o acórdão de processo administrativo realizado na douta Procuradoria-Geral da República, proferido pela 2ª Câmara de Coordenação e Revisão e publicado no DJU de 02 de setembro de 1998. Nesta decisão administrativa, os eminentes drs. Suprocuradores-Gerais da República EDINALDO DE HOLANDA BORGES, GILDA PEREIRA DE CARVALHO e DELZA CURVELLO, integrantes da cúpula do Ministério Público Federal, assentam a impossibilidade de membros do MPF realizarem, direta e pessoalmente, investigações criminais e sugerem a anulação de procedimento realizado no âmbito da Procuradoria da República em Minas Gerais, nos seguintes termos: **“EMENTA: Procedimento administrativo criminal instaurado na Procuradoria da República, com fundamento no art. 129, VIII, da Constituição Federal, em virtude de expediente que relata a ocorrência de conduta, em tese delituosa, praticada por Deputado Federal. Tramitação de referido expediente em Cartório Criminal, instituído por Portaria da Chefia. **Instauração de Procedimento Criminal Administrativo pelo Ministério Público. Impossibilidade face aos exatos termos do art. 144, § 1º, IV da Constituição Federal de 1988 — interpretado como garantia constitucional do cidadão de somente ser investigado pela Polícia Judiciária.** Situação constitucional diversa do regime anterior. Fundamentos de tal assertiva. O juízo de instrução e a legislação processual penal brasileira, em face das garantias constitucionais. Parecer no sentido do imediato encaminhamento ao expediente indevidamente autuado ao Procurador-Geral da República, único titular da ação penal junto ao Supremo Tribunal Federal. Encaminhamento ao Procurador-Geral da República do presente procedimento administrativo, solicitando cancelamento da autuação, bem como revisão do ato administrativo que criou o noticiado “cartório criminal”, em face dos princípios contidos**

na Constituição Federal.” (grifos nossos). E prossegue o acórdão: “a investigação criminal iniciada pelo Procurador da República (...) se constitui em prática — procedimento — **alheio ao ordenamento jurídico vigente, eivado de inconstitucionalidade** — visto que é atribuição exclusiva da Polícia Federal o exercício das funções de polícia judiciária da União — art. 144, § 1º, IV, da Constituição Federal de 1988 e que, ao Ministério Público somente é permitida a instauração de inquéritos civis. (...) Esse cuidado do Constituinte de 88 tem **razões históricas**, que puderam ser colhidas do período e que vivemos em regime de exceção, quando **procedimentos investigatórios** sobre a conduta dos cidadãos podiam — e eram — instaurados por diversos órgãos ligados ao sistema estatal — congêneres — investigações essas que muitas vezes deram origem a prisões de cidadãos, que ficavam detidos pelos órgãos de segurança, restando aos seus familiares e amigos procura incessante, para saber **onde e porque** se encontrava o ‘desaparecido’ detido. Diante desse quadro bastante conhecido pelo Constituinte, que pretendia editar Constituição que assegurasse ao cidadão **todas as garantias do regime democrático**, procurou ele ajustar o texto constitucional, de sorte que o cidadão só pudesse ser investigado por um e determinado órgão estatal, previsto constitucionalmente. (...) Dessa forma, as **diligências investigatórias** destinadas ao inquérito policial, e futura ação penal, **fogem à atuação do Ministério Público porque devem ficar jungidas a quem tenha titularidade para instaurar esse tipo de procedimento, sob pena de restar ferido o princípio do devido processo legal.**” (voto vencedor da dra. Subprocuradora-Geral da República DELZA CURVELLO ROCHA — grifos nossos).

Chegou a tal ponto a ilegal expansão de atribuições do Ministério Público Federal, exposta na mídia por força de episódios recentes que foram objeto de grande destaque, que mesmo aos leigos já não escapa o extremo perigo de pretender-se acumular tantos poderes nas mãos do parquet. Veja-se, a propósito, o seguinte trecho do editorial publicado pelo jornal “O Estado de São Paulo”, em sua edição do dia 08/06/99, intitulado “Os limites do Ministério Público”: “O Ministério Público, que emergiu da Constituição de 1988 com novos

*e maiores poderes, tem um importante papel a cumprir na defesa da lei e, principalmente, na moralização da administração pública. Não pode, porém, constituir-se num Quarto Poder, sem qualquer controle, expandindo suas atribuições e margem de arbítrio ao sabor da interpretação pessoal que os procuradores fazem da lei. Os procuradores brasileiros gostam de seguir o exemplo dos procuradores italianos que, ao contrário dos daqui, são autoridades judiciárias que conduziram a Operação Mãos Limpas. Devem, portanto, cuidar de não ultrapassar, com seu zelo, os limites da lei e a fronteira dos direitos individuais para não anular com abusos, como fizeram vários de seus colegas italianos, um esforço sério de moralização da vida pública”.*

Em conclusão: é absolutamente ilegal o procedimento do Ministério Público Federal, ao instaurar um inquérito administrativo no âmbito da própria Procuradoria da República, para a apuração de eventuais delitos. O Ministério Público Federal não dispõe de atribuições para tanto, e, assim agindo, viola flagrantemente a exclusividade que a Constituição Federal comete à Polícia Federal para exercer as funções de polícia judiciária da União, bem como o próprio estatuto do Ministério Público da União (Lei Complementar n.º 75, de 20/05/93).

## A VERDADE SOBRE A PEC 37 – A PEC DA LEGALIDADE

*Luiz Flávio Borges D’Urso<sup>1</sup>*

Esse tema, na verdade, foi ao longo do tempo, completamente desvirtuado. É preciso esclarecer a opinião pública que, lamentavelmente, diante de informações falaciosas, equivocadas, vem fazendo juízo de valor sobre esse tema, com premissas, muitas delas falsas, e consequentemente equivocando-se nas suas conclusões.

Vejo manifestações de pessoas que tem responsabilidade na nossa sociedade, formadores de opinião e que opinam, formando opinião de muitos, mas sequer conhecendo do que estão tratando, sobre o que estão opinando e esta campanha que se fez contra a PEC 37 tem um fundamento, tem uma razão de ser e é sobre isso que eu quero falar. Mas não sem antes, registrar que o Ministério Público, tanto estadual quanto federal, instituições que tanto respeitamos, são indispensáveis para a manutenção do Estado Democrático de Direito, instituições fundamentais para que possamos construir a Justiça. Instituições que, como a magistratura, como a advocacia, como as demais instituições, são colunas de sustentação de nossa Democracia e têm suas atribuições estabelecidas e limitadas em lei e a observância desses limites é que faz o Estado de Direito.

E a PEC 37 precisaria existir? Jamais. Nós não precisamos de emenda constitucional para dizer o que já está dito. Sobre a PEC

---

<sup>1</sup> Luiz Flávio Borges D’Urso é advogado criminalista. Mestre e Doutor em Direito Penal pela USP e Conselheiro Federal da OAB. Foi Presidente da OAB/SP por três gestões.

37, vejo tanta gente falando e eu pergunto se já leram o texto da proposta e me respondem que ainda não, mas que leram o que foi publicado pela imprensa. Mas o que saiu na mídia foi distorcido. As fontes para alimentar a mídia, muitas vezes, foram falaciosas. Assim sendo, a PEC 37 acrescenta mais um parágrafo, o décimo, ao Artigo 144 da Constituição Federal, o qual fala sobre segurança pública e estabelece, no parágrafo 1º, atribuição à Polícia Federal para apurar crimes de competência federal e no parágrafo 4º às Polícias Cíveis, ambas são dirigidas por delegados de polícia de carreira incumbindo-as, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária, que consiste na apuração de infrações penais, exceto as militares.

Basta ler para saber o que o legislador quis. Compete às polícias cíveis a apuração das infrações penais. Então quando nós lemos a Constituição Federal, nós não temos qualquer dúvida sobre o que pretendeu o legislador. Para o Ministério Público ele também foi claro e deu a atribuição da titularidade da ação penal e também a fiscalização da atividade realizada pela polícia judiciária. Isso está muito claro na Constituição. Nunca, em momento algum o constituinte autorizou o Ministério Público investigar diretamente infrações penais, o que se realizado consideramos flagrantemente ilegal.

Em um determinado momento histórico passou-se, em razão da possibilidade de o MP realizar o inquérito civil, expedir notificação para constituir prova em um inquérito civil (jamais criminal), estendeu-se esse entendimento e o próprio MP passou a advogar a tese de que podendo constituir elementos de prova para o inquérito civil poderia também fazê-lo para o inquérito criminal e tentou o MP, construir, pinçando pedacinhos de uma lei, mais um trecho de artigo doutrinário, além de regras criadas interna corporis, mais uma consideração acola, mais um julgado que não tem nada a ver com o tema central, formando uma verdadeira colcha de retalhos, tentou construir uma tese de uma atribuição de poderes de investigação criminal, que até hoje não tem solidez.

Não foi o legislador, em momento nenhum, que deu atribuição ao MP para realizar investigação criminal. Reiteramos jamais isso aconteceu. O legislador foi muito claro no que pretendia. Portanto, entre ficar com a construção da colcha de retalhos para uma tese que é muito frágil e uma leitura objetiva, clara, precisa do que quer o legislador, nós não temos opção. Intérprete da lei tem a obrigação de entender o texto como ele foi proposto, votado e sancionado, especialmente quando esse texto é o da Carta Magna. Assim sendo, está claro na Constituição Federal, sem deixar qualquer espaço para outra interpretação: o MP não pode realizar diretamente investigação criminal, isso compete à Polícia Judiciária.

Então, a premissa é essa. O MP não tem poder para investigar crimes. Tudo o que vem depois é distorção, é falácia, é equívoco. Há quem diga que a PEC 37 vai retirar poderes do MP. Ora, ninguém retira o que o outro não tem. Isto está errado. O MP não tem poderes, portanto não se pode retirar dele o que ele não tem. A PEC vai limitar os poderes de investigação do MP. Não se pode limitar o que alguém não tem.

Assim sendo, esta construção da tese do MP, passou a ter algumas bases curiosas e outras perigosas. A construção da tese da investigação pelo MP ganhou um destaque maior com a realização de grandes operações feitas no Brasil pelas polícias civis estaduais e federal e com a participação do MP nessas operações. E esta articulação da tese veio em razão da prática ilegal de investigação criminal com coleta de algumas provas que foram sendo colhidas sem conhecimento da autoridade policial. Provas essas que possivelmente não chegavam a ser incluídas em inquérito policial. A partir daí o MP passou a realizar procedimentos investigatórios de maneira autônoma, inclusive criando regras internas para tal, o que jamais supre a vedação legal.

Quero lembrar que, já que não temos lei que autorize o MP a investigar, sustentam alguns que a mudança legislativa com tal previsão autorizadora resolveria o problema. Pergunto: é possível isso?

É adequado para o Brasil? Não é. E por que não é? Porque precisamos de divisões e limitações para controlar o Estado. Montesquieu, para fazer com que um Estado todo poderoso, absolutista, pudesse ser controlado, dividiu esse Estado em três partes. A tripartição dos poderes do Estado, no legislativo, executivo e judiciário, foi uma forma direta e indireta de autocontrole do próprio Estado. Assim sendo, o fracionamento do Estado divide responsabilidades e atribuições, e isso tem por razão o autocontrole. Não se pode super-fortalecer uma parte do Estado em detrimento de outra.

Da mesma maneira quando olhamos o espectro da apuração criminal no Brasil, nós vemos que o Estado quando avoca para si a investigação criminal, a iniciativa da ação penal e a punição criminal, o faz pensando na necessidade do controle da atividade do próprio Estado, dividindo essas atribuições entre as partes do Estado, estabelecendo limites de atuação e o equilíbrio com o cidadão.

Então o Estado investe de autoridade pessoas preparadas, com formação jurídica, as quais compõem a polícia judiciária. Essa polícia é um pedaço do Estado com atribuições específicas de investigar crimes e não de promover a ação penal, nem tampouco de julgar. A polícia para exercer essa atribuição específica de investigar é preparada para isso, é formada para isso. E aqueles que ingressam nessa carreira, mediante concurso público, são vocacionados para isso. Nesse espectro citado, ao término da investigação realizada pela polícia judiciária, com a atribuição do MP de fiscalizar essa atividade investigativa, jamais de realizá-la diretamente, o MP recebe o resultado da investigação para fazer o seu juízo de valor e promover a competente ação penal, atribuição exclusiva que lhe é conferida pela lei.

Quando se argumenta que a polícia, em alguns casos não consegue investigar adequadamente, considerando que o MP tem a obrigação de fiscalizar o trabalho da polícia, se conclui que também o MP não fiscalizou como devia. Se houve omissão da polícia, houve também do MP. Ora, se existem problemas e deficiências de ordem material ou financeira, que o Estado supra essas necessidades, para que a polícia cumpra seu papel constitucional.

De modo que de tudo que se tem falado em relação às limitações e fragilidades que a polícia possa ter, todas as afirmações são passíveis de solução. Basta que o Estado as promova. E quando se tenta dizer que há uma banda podre na polícia, que há corrupção, eu quero lembrar que isso não é privilégio de nenhuma instituição porque todas elas formadas por homens têm as mazelas e as vicissitudes das fraquezas e desvios de comportamento do ser humano. O que precisamos é reagir a isso. Se tivermos uma situação de corrupção, de desvio de comportamento dentro da instituição, há a possibilidade de reagir e extirpar aquilo que trouxe o desvio de comportamento. Assim a função fiscalizatória do MP sobre a polícia precisa ser realizada a contento e não o MP realizar tarefa para a qual não é incumbido pela lei.

Assim sendo, toda essa discussão que se construiu nessa base falsa de que o MP tem poderes para investigar é uma construção de uma colcha de retalhos de uma tese absolutamente frágil e falaciosa. Construiu-se essa tese que não se sustenta no plano legal. Dessa forma, no plano da conveniência social, pode o MP investigar diante dessa divisão que o sistema estabeleceu? Não pode. Não se deve admitir nem a possibilidade da mudança da lei para lhe conferir tal atribuição investigativa criminal pois essa subverteria o próprio sistema.

Ainda se questionaria: Se o MP pudesse investigar crimes, por que a defesa também não poderia? Vejo argumentos sustentados por autoridades que defendem esses supostos poderes do MP para dizer que quem pode mais pode menos. Se o promotor pode promover a ação penal, não poderia ele investigar? Claro que não, e respondo ainda com outra pergunta: se o juiz pode decidir e até condenar, não poderia ele investigar e promover a ação penal? Não, porque as atribuições de cada um são muito claras, precisas e a lei as estabelece de maneira a haver a complementação das atividades, além do controle da própria atividade estatal.

Quando a autoridade policial tem conhecimento de um fato definido como crime, deve proceder à investigação indistintamente

sob pena de prevaricação. Quando o MP sustenta que hoje poderia investigar ou que no futuro poderá investigar, com uma mudança legislativa, o MP deixa claro que não quer esse ônus de realizar todas as investigações que tiver conhecimento, indistintamente. O MP quer escolher, quer eleger, quer selecionar o que e quem investigar. Com quais critérios? Isso não é republicano.

Pior que isso é esse regramento interno corporis, que não pode se sobrepor à Constituição, que não é lei, mas regras internas que estabelecem esse tal de PIC, que é um procedimento de investigação criminal realizado pelo MP, que não tem base legal, que ninguém sabe como funciona a rigor, no qual são produzidas provas sem controle e fiscalização de outro órgão e destituído do controle jurisdicional. Provas colhidas no gabinete de um integrante do MP. Isso milita em desfavor dos primados constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal porque quando a autoridade policial coleta provas na investigação, ela tem obrigação de enfileirá-las num instrumento previsto em lei, que é o inquérito policial para que o investigado tenha conhecimento do que o Estado tem contra ele. Mais do que isso, para que haja controle jurisdicional sobre essa atividade. Então, quando a polícia investiga, o MP tem a obrigação de fiscalizar e há controle jurisdicional sobre essa investigação, a ponto de aquele que está sendo investigado sem justa causa, poder trancar a investigação imprópria, sendo socorrido por esse controle do juiz.

Este sistema é aberto, transparente, que protege a cidadania e os interesses maiores da Justiça. E o que vemos quando o MP defende a sua investigação? A ausência de um local onde se depositam as provas. Um depoimento colhido no MP, por exemplo, vai ser arquivado onde? Na gaveta de um integrante da instituição e só terá acesso a essa prova o MP e quem mais ele desejar. Estas provas serão utilizadas pelo MP, que é parte, que é o acusador? Se for para corroborar a acusação, certamente. Caso contrário, poderá não ser utilizada, pois o MP não tem o compromisso com a imparcialidade, sendo parte nessa relação dialética do processo. A regra é de que quem investiga

não pode ser o mesmo que acusa, e quem julga, não investiga, nem tampouco acusa.

Toda essa confusão de conceitos e informações distorcidas levadas a opinião pública se antagoniza com os princípios constitucionais de garantias da cidadania. A PEC 37 está sendo chamada pelo MP de PEC da impunidade, da corrupção, da ilegalidade. Na verdade essa PEC 37 é a PEC da LEGALIDADE, porque ela reprisa o que já está na lei. E esse discurso quando se diz que se o MP não investigar, não tem investigação ou que haverá impunidade ou haverá corrupção, é perigoso, pois coloca o MP como um quarto poder que só a ele, com ele e por ele é que se combate corrupção e a impunidade. Esse senso absolutista é perigoso para a cidadania, pois o MP é uma instituição que apresenta as mesmas virtudes e pecados das demais instituições republicanas, nem mais, nem menos.

O sistema da persecução criminal, esse espectro é razoável e funciona adequadamente se não houver invasão de atribuições. Por fim lembro que o texto constitucional não diz que a investigação cabe à polícia exclusivamente, diz privativamente, por isso Coaf, a CVM, a CPI e outros vão continuar a coletar provas, elementos e informações, destinadas ao inquérito policial, presidido pelo Delegado de Polícia e fiscalizado pelo MP.

Diante da campanha nacional patrocinada pelo MP contra a PEC 37, precisamos esclarecer a nação e ter articulação necessária para levar nossa posição favorável à PEC 37 a toda sociedade, esclarecendo-a. Sabemos da importância da PEC 37, embora desnecessária. Nesse momento é preciso dizer o óbvio. Não podemos agigantar um poder, uma instituição em detrimento das demais sob pena de não se poder mais controlá-la. Para o bem do Ministério Público, das demais instituições e do Brasil, temos de lutar pela aprovação da PEC 37, A PEC DA LEGALIDADE!



## IGUALDADE NA PERSECUÇÃO CRIMINAL: INVESTIGAÇÃO E PRODUÇÃO DE PROVAS NOS LIMITES CONSTITUCIONAIS<sup>1</sup>

*Marco Antonio Marques da Silva<sup>2</sup>*

A garantia aos direitos fundamentais é expressa na Constituição Federal brasileira em seu artigo 5º, XXXV, ao afirmar que nenhuma lesão ou ameaça a direito será excluída da apreciação do Poder Judiciário. Temos aí o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, que tem assento em nosso Estado Democrático de Direito (artigo 1º, da Carta Magna).

É certo que a natural inclinação do Estado ao abuso de poder, especialmente pelo seu Poder Executivo, diminui de modo inversamente proporcional, na medida em que as portas do Poder Judiciário estão abertas aos cidadãos e aos seus reclamos.

É inquestionável que ao poder jurisdicional incumbe assegurar o cumprimento das normas constitucionais, mantendo sempre o curso do poder estatal em direção a proteção da dignidade da pessoa humana.

A jurisdição, como uma função substitutiva visa, essencialmente, a pacificação dos interesses, expressos em conflitos de natureza

---

<sup>1</sup> Artigo publicado no livro: SILVA, Marco Antonio Marques da (coord). **Processo Penal e Garantias Constitucionais**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, pp. 469-493.

<sup>2</sup> Professor Titular de Direito Processual Penal da PUC/SP, Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e Presidente da Academia Brasileira de Direito Criminal.

civil, penal, constitucional, etc, buscando facilitar e garantir a vida em sociedade.

Na justiça penal, os princípios constitucionais avultam em importância, porque têm como objetivo a proteção do direito de liberdade do indivíduo.

Para o processo penal, a existência de princípios constitucionais específicos demonstra que a importância do processo supera o fato do mesmo ser também um instrumento de aplicação do direito penal material. É instrumento de realização de justiça, em um contexto de legalidade e garantia ao respeito dos direitos constitucionais daquele a quem se impute a prática de infração penal.

O que caracteriza o processo acusatório é a prévia existência de uma acusação. É também essencial que essa acusação seja exercitada e sustentada por um órgão diferente e independente daquele que encarregado de proferir a sentença (sistema acusatório formal), bem como daquele incumbido de realizar a investigação.

É claro que essa imparcialidade não impedirá, porém, que o acusador contribua na atividade investigativa buscando elementos para a descoberta da verdade judicial. No entanto, o órgão de acusação de atuar sem comprometer a sua imparcialidade, respeitando os limites impostos constitucionalmente.

Esse é o ponto de partida para que a Justiça Penal atenda ao ideal político constitucional do Estado Democrático de Direito.

Assim, não pode a inicial acusatória vir embasada por procedimento administrativo criminal, que pretenda substituir adequadamente o inquérito policial, ainda que realizado internamente por "Grupo" integrado por membros do Ministério Público, pois estaria em descompasso com os procedimentos legais e constitucionais em vigor.

Apresentadas as primeiras questões relativas ao tema, passamos a análise no âmbito legal e constitucional.

## 1. DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DO CONTROLE DE LEGALIDADE

Inicialmente, cabe ressaltar que o país tem assistido candentes debates a respeito de procedimentos administrativos criados nos moldes do Inquérito Policial, pretendendo legitimar atos de natureza investigatória do Ministério Público, que no âmbito estadual, quer na esfera federal, realizando diligências, naturais de Polícia Judiciária, para proporcionar a instauração de eventual Ação Penal.

No Estado de São Paulo, esse procedimentos pretendem encontrar guarida nos Atos Normativos 314-PGJ/CPJ, de 27 de junho de 2003, e 324-PGJ/CGMP/CPJ, de 29 de agosto de 2003, de autoria do Órgão Ministerial Estadual.

Portanto, deve ficar claro que os referidos Atos Normativos não têm força ou natureza de Lei Complementar, cuja iniciativa deve, necessariamente, ser do Procurador-Geral de Justiça, em se tratando de procedimentos de ordem administrativa, de competência do Ministério Público, no âmbito Estadual<sup>3</sup>, e que não refogem a todo um procedimento legislativo de análise e promulgação.

De outro lado, não se pode negar que, a Constituição Federal dotou o Ministério Público do poder de requisitar diligências investigatórias e requerer a instauração de inquéritos policiais:

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

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

(...)

---

<sup>3</sup> Artigo 94, inciso V, da Constituição do Estado de São Paulo.

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

Da mesma forma, atribuiu a Carta Magna ao Ministério Público, no mesmo artigo 129, a função de promoção de inquérito civil e ação civil pública, mas com fins e objetivos delimitados:

“Art. 129 São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, **para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos**” (grifo nosso).

Também é função do Ministério Público na realização do controle externo da atividade policial:

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

VII – exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior”.

Entretanto, tais atribuições constitucionais não são legitimadoras, ou mesmo legalizadoras, de um procedimento administrativo criminal, da natureza do ora impugnado, sucedâneo de inquérito policial.

A norma constitucional não contemplou ao órgão ministerial as funções de realização e presidência de inquéritos policiais, ainda que instaurados em face de uma necessária investigação de autoridade policial.

Seu papel de defensor da ordem pública jurídico-social, não afasta a existência de limites, também de ordem constitucional e legal, no seu âmbito de atuação, quando busca alcançar o exercício do poder punitivo do Estado, através da prestação jurisdicional.

Caso contrário acreditaríamos que na independência de um órgão institucional, à luz de um ordenamento submetido ao Estado Democrático de Direito, permitiríamos a superação, quando não a violação dos direitos e garantias individuais.

Já escrevemos que:

“O poder punitivo do Estado decorre do conjunto de poderes que lhe atribui a Constituição Federal para criar e aplicar o direito penal, sendo a criação das normas competência exclusiva do poder legislativo, enquanto sua aplicação é do poder judiciário. Entretanto, **este conjunto de poderes não é limitado, mas seus limites e extensão são definidos através dos princípios que decorrem dos fundamentos apontados no artigo 1º da Constituição Federal de 1988**” (grifo nosso)<sup>4</sup>.

Assim, clara a Constituição Federal, quando trata de modo específico dos limites de atuação do Ministério Público no Inquérito Policial, indicando a este a possibilidade de “requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial”<sup>5</sup>.

Aliás, a Constituição do Estado de São Paulo, em seu artigo 97, parágrafo único, em compasso com a Carta Magna, segue a mesma orientação, visto que quando trata do Ministério Público nem mesmo apresenta qualquer referência à questão do inquérito policial, tão somente restringindo suas previsões aos procedimentos administrativos, da competência do respectivo órgão:

“Art. 97. (...)

Parágrafo único. Para promover o inquérito civil e os procedimentos administrativos de sua competência, o Ministério Público poderá, nos termos de sua lei complementar:

---

<sup>4</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da. Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001, p.06.

<sup>5</sup> Art. 129, inciso VIII, da Constituição Federal.

1 – requisitar dos órgãos da administração direta ou indireta, os meios necessários a sua conclusão;

2 – propor à autoridade administrativa competente a instauração de sindicância para apuração de falta disciplinar ou ilícito administrativo”.

Também a Lei 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), que regula de forma complementar as funções e o âmbito de atuação do órgão ministerial, em seu artigo 26, inciso I, de forma indiscutível, limita seus poderes à instauração de inquéritos civis e procedimentos administrativos.

Quanto aos inquéritos policiais, possibilita, em seu inciso IV, apenas a requisição de sua instauração e de realização de diligências, em consonância com a previsão da Lei Maior:

“Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:

I – instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes (...)

IV – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e inquérito policial militar, observado o disposto no art. 129, VIII, da Constituição Federal, podendo acompanhá-los”.

Não se pode, desta forma, seja constitucionalmente ou legalmente, afastar-se a falta de legitimidade do Ministério Público para realizar diretamente investigações e diligência através de procedimento administrativo de natureza criminal, de sua autoria, ainda que com a finalidade de apuração de eventuais condutas ilícitas, cometidas por qualquer autoridade ou agente.

Mas não é só isso.

Temos que o Código de Processo Penal, diga-se, recepcionado pela ordem constitucional em vigor, categoricamente confirma o Inquérito Policial como instrumento de investigação penal da Polícia Judiciária, sendo procedimento administrativo destinado a subsidiar

a instauração da ação penal, e neste particular, em especial, ao Ministério Público.

Lembramos **CLÁUDIO JOSÉ PEREIRA**<sup>6</sup>, quanto ao respeito ao princípio da legalidade, nos termos como imposto pela Constituição Federal:

“Todavia, o princípio da legalidade, como fonte basilar do Estado Democrático de Direito, **exige sua realização fundada em preceitos de igualdade e justiça**, visto que o exercício da função social da lei na comunidade aparece como pressuposto de validade, **devendo esta emanar de órgãos de representação popular**, sendo elaborada na forma do processo legislativo previsto constitucionalmente” (grifos nossos).

Assim, para que a norma legal seja recepcionada no Estado Democrático de Direito deve respeitar determinados princípios orientadores, quando de sua criação, bem como da delimitação de seu conteúdo:

“Daí porque a exigência de **plena legitimidade**, na condição de **qualidade dada ao poder do qual emana a lei**, respeitadas as condições necessárias à preservação da dignidade humana em um Estado de Direito”<sup>7</sup>.

Os direitos fundamentais, no Estado Democrático de Direito, conforme ensina o Professor **ANTONIO LUIS CHAVES CARMARGO**:

“São o reflexo do seu fundamento que é a dignidade da pessoa humana, submetendo o poder punitivo do Estado, estabelecendo, de igual modo, os limites deste poder.

---

<sup>6</sup> PEREIRA, Cláudio José. Princípio da Oportunidade e Justiça Penal Negociada, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, pp. 05 e 06.

<sup>7</sup> PEREIRA, Cláudio José. Princípio..., p.06.

No Estado Democrático de Direito, o poder de punir do Estado está restrito pelo princípio básico da intervenção em *ultima ratio* na dignidade humana. Desde a Ilustração, o princípio da legalidade, formulado por Feuerbach, na expressão latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*, tem seu significado para a teoria da pena, entendida como coação psicológica, pois, há a exigência de descrição pela lei não só dos crimes, como das penas cominadas.<sup>8</sup>

A investigação criminal não pode, como anota **WINFRIED HASSEMER**, num Estado Democrático de Direito, ser a catapulta para a instauração da moda atual da não “jurisdicionalização do processo penal, mas sim da sua aptidão para um efetivo combate à criminalidade<sup>9</sup>”.

Apoiando-se no raciocínio do ilustre professor alemão, o mestre lusitano **MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE** defende:

“Uma investigação criminal que não destrua a essência e o conteúdo dos direitos fundamentais – património da humanidade – pela troca da efêmera e escassa eficácia, esta sim é inimiga de se investigar de modo que se localize, contacte e se apresente o culpado, pois apenas nos remeterá para um culpado<sup>10</sup>”.

Ainda, e isto também é realmente importante, o Constituinte de 1988, rejeitou Emendas à Carta Magna, que pretendiam possibilitar a sujeição do inquérito policial à presidência do Ministério Público<sup>11</sup>, além de assegurar as funções de Polícia Judiciária e a apuração de infrações penais à Polícia Civil, deixando clara sua intenção de não

---

<sup>8</sup> CAMARGO, Antonio Luis Chaves. *Sistemas de Penas, Dogmática Jurídico-Penal e Política Criminal*. Cultural Paulista, São Paulo, 2002, p. 29.

<sup>9</sup> HASSEMER, Winfried. *Histórias das Ideias Penais na Alemanha do Pós-Guerra*, AAFDL, Lisboa, 1995, p. 70.

<sup>10</sup> VALENTE, Manoel Monteiro Guedes. *Regime Jurídico da Investigação Criminal*. Almedina. Coimbra, 2003, p. 43.

<sup>11</sup> O Ministro Nelson Jobim bem destaca esta situação em seu voto, quando relator do RHC 81.326/DF, apontando as Emendas Constitucionais de nº 945,424, 1.025, 2.905, 20.524, 24.266 e 30.513.

proporcionar ao órgão ministerial tal condição, sob pena de violação de princípios constitucionais.

Aliás, e por isso, dispõe o artigo 144, § 4.o, da Carta Magna:

“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:

(...)

§ 4.o – 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**” (grifos nossos).

Não resta dúvida, pois, que com o não acolhimento, quando da Assembléia Nacional Constituinte de 1988, das pretensões de alguns parlamentares de ver um processo de investigação criminal gerido pelo Ministério Público, não pode este presidir ou realizar um inquérito policial, ou mesmo procedimento administrativo investigatório criminal de mesma natureza e finalidade, vedando-se, também, a inquirição, de forma direta, de pessoas investigadas ou suspeitas da autoria de delito, ficando limitado à requisição de tais providências à autoridade policial competente.

Posição esta adotada pela Suprema Corte Constitucional, em especial no voto do Ministro **CARLOS VELLOSO**, quando relator do Recurso de nº 205.483:

“Inocorrência de ofensa ao art. 129, VIII, C.F., no fato de a autoridade administrativa deixar de atender requisição de membro do Ministério Público no sentido da realização de investigações tendentes à apuração de infrações penais, **mesmo porque não cabe ao membro do Ministério Público realizar, DIRETAMENTE, tais investigações, mas requisitá-las à autoridade policial, competente para tal** (C.F., art. 144 §§ 1º e 4º)” (destaques nossos).

Seguindo esse raciocínio, mais que adequado ao presente caso, cabe considerar que existe uma estreita delimitação constitucional de funções institucionais, dentro do campo da persecução penal.

De um lado o Ministério Público, como titular do direito à interposição da ação penal, podendo requisitar diligências investigatórias, acompanhar o inquérito policial, bem como, e também, exercer o controle externo da Polícia Judiciária.

Em outro ponto, temos a Polícia Judiciária, no caso em espécie a Polícia Civil, que deve executar a persecução penal incorporadora de eventuais constrangimentos individuais, com possível restrição à liberdade de ir e vir do cidadão, buscando a apuração das infrações penais através de um “isento” procedimento investigatório de colheita de elementos de prova.

Subverter essa ordem, delimitada constitucionalmente, proporcionaria verdadeiro descompasso institucional.

Momento adequado para destacar o v. Acórdão lavrado nos autos do *Habeas Corpus* nº 99.018-3/2, julgado pela C. Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Em votação unânime, o julgamento realizado em 26 de fevereiro de 1991, o então Relator, eminente Desembargador **WEISS DE ANDRADE** ponderou:

“A primeira questão que se põe nos autos leva a que se faça uma análise, embora rápida e sumária, da posição do representante do Ministério Público no inquérito policial .

Não se ignora que o art. 129 da Constituição Federal dispõe que dentre as funções institucionais do Ministério Público está a de promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.

Mas, também não pode ser descartado que o diploma constitucional, em seu art. 144, par. 4o., estatui que às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência

da União, as funções de Polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

Indisputável, diante dos preceitos constitucionais, ser privativo da autoridade policial a presidência dos inquéritos policiais”.

À frente traz o mencionado Voto verdadeira lição que, nas poucas palavras destacadas, resume a matéria:

“Nada a objetar quando o representante do Ministério Público acompanha o desenrolar das investigações policiais e isto porque é o Ministério Público o titular da ação pública, e ninguém melhor do que ele para acompanhar aquelas diligências policiais”.

E prossegue:

**“Mas entre acompanhar diligências policiais e assumir, praticamente, a direção do inquérito policial, a distância é grande”** (grifo nosso).

## 2. DAS FUNÇÕES INSTITUCIONAIS E DA IMPARCIALIDADE PRETENDIDA NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Não se pode aceitar considerações tais como - “quem pode o mais pode o menos”, ou seja, se compete ao órgão ministerial a interposição da ação penal pública, deveria ser entendida como pertinente a sua atuação no campo da persecução penal, pré-processual, de forma direta, através de sucedâneo de inquérito policial.

Além da responsabilidade constitucional de interposição da ação penal pública, sempre que existirem indícios de autoria e provas de materialidade de um delito, compete ao Ministério Público o exercício do controle externo da Polícia Judiciária, na forma de órgão fiscalizador de suas atividades.

Se admitíssemos o procedimento administrativo criminal, como legal e legítimo, estaríamos diante de uma superposição do Ministério Público em relação à Polícia Judiciária, em exercício de **verdadeiro controle interno** da Polícia, já que não estaria lhe sendo atribuído

o poder de investigar, mas de **controlar a atividade pré-processual de colheita de provas**, incompatível com quem pretende o exercício fiscalizador destas atividades.

Aliás, se assim desejasse a Ordem Constitucional proceder, necessária seria uma Emenda à Carta Magna, como bem advertia o Professor **SÉRGIO MARCOS DE MORAES PITOMBO**:

“Desponta a necessidade de emendar a Constituição da República, posto que não deve o Ministério Público deter o controle interno e externo da polícia (art. 129, inc. VII). Tanto que perca o controle externo, fica o sério problema de a quem entregá-lo. Não guarda cabimento, nem lógica, afirmar-se que, dirigindo o Ministério Público a Polícia Judiciária, desnecessária seria a função de controle externo. Recordem-se os argumentos, que tangeram o legislador constituinte a estabelecer o controle externo da polícia<sup>12</sup>”.

A esse respeito o Ministro **WILLIAN PATTERSON**, quando do julgamento do Recurso Especial n.o 76.171/AL<sup>13</sup>, marcou significativa posição no Superior Tribunal de Justiça:

“A requisição de diligências investigatórias de que cuida o art. 129, VIII, CF, deve dirigir-se à autoridade policial, não se compreendendo o poder de investigação do Ministério Público fora da excepcional previsão da ação civil pública (art. 129, III, CF). **De outro lado, haveria uma Polícia Judiciária paralela, o que não combina com a regra do art. 129, VIII, CF, segundo a qual o MP deve exercer, conforme lei complementar, o controle externo da atividade policial**”.

Similar orientação é dada pelo Supremo Tribunal Federal, expressa em julgamento de Recurso Extraordinário, decorrente de impugnação a ato do Procurador Geral da República, que solicitou

---

<sup>12</sup> PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Breves notas sobre o anteprojeto de lei, que objetiva modificar o código de processo penal, no atinente à investigação policial. Revista CEJAP n.2, Campinas, Millenium, 2000.

<sup>13</sup> D.J., de 13 de fevereiro de 1996.

abertura de inquérito contra o então Presidente do Partido dos Trabalhadores, Deputado JOSÉ DIRCEU (Inquérito n.o 1.828-7):

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MINISTÉRIO PÚBLICO. INQUÉRITO ADMINISTRATIVO. INQUÉRITO PENAL. LEGITIMIDADE. O Ministério Público não tem competência para promover inquérito administrativo em relação à conduta de servidores públicos; nem competência para produzir inquérito penal sob o argumento de que tem possibilidade de expedir notificações nos procedimentos administrativos; pode propor ação penal sem inquérito policial, desde que dispunha de elementos suficientes. Recurso não conhecido<sup>14</sup>.”

Merece, ainda, transcrição trecho do V. Acórdão proferido nesse julgamento, da lavra do brilhante Ministro **NELSON JOBIM**:”

“O Ministério Público não tem competência para promover inquérito administrativo para apurar condutas tipificáveis como crimes de servidores públicos. No caso, não há dúvida de que o pedido de indiciamento do senhor Deputado Federal José Dirceu está assentado em Procedimento Investigativo com nítidas características de Inquérito Policial.

O Ministério Público se substituiu à Polícia Judiciária. Essa situação é repelida pelo STF”.

Assim, o pensamento justificante dos defensores da permanência do inconstitucional e ilegal Procedimento Administrativo Criminal, no âmbito do Ministério Público, assentado na existência histórica de outras Unidades da Federação, onde cabe a este o controle da atividade policial judiciária, esbarra no fato dos referidos Estados serem de nascedouro político unitário, com uma dependência, quando não uma verdadeira interferência, quase que absoluta, do Poder Executivo tanto nas atividades do Ministério Público, como da Po-

---

<sup>14</sup> STF – RE 233.072 – 4/RJ – D.J. 03 de maio de 2002.

lícia Judiciária, ambos submetidos aos mesmos Ministérios do Interior de então.

Diferente realidade enfrenta a estrutura constitucionalmente conferida ao atual **ESTADO FEDERAL BRASILEIRO**, onde a autonomia de seus Estados Membros, com órgãos governamentais próprios e com competência exclusiva, proporcionam peculiaridades regionais, características das polícias, também a órgãos do Ministério Público, sejam estes da União ou dos Estados<sup>15</sup>.

Aliás, sobre o tema, apesar de sustentar que o Ministério Público deveria seguir a referida orientação de outros Estados, com a supervisão da investigação policial, o Professor **ANTONIO SCARANCE FERNANDES** não deixa de reconhecer que, como acima já sustentado, tal posicionamento do Ministério Público exigiria uma reformulação no ordenamento jurídico - constitucional:

“Pela própria Constituição Federal, sem exclusividade, incumbiu-se aos delegados de carreira exercer a função de polícia judiciária (art. 144, § 4º). Não foi a norma excepcionada por outro preceito constitucional. O que permitiu o art. 129, inc. VII, é acompanhamento do inquérito policial pelo promotor de justiça”<sup>16</sup>.

Quanto, ainda, às temerárias conseqüências que podem advir do reconhecimento, na ordem legal vigente, do impugnado Procedimento Administrativo Criminal, de autoria do Ministério Público, destacamos observações do ilustre **ANTONIO EVARISTO DE MORAES FILHO**:

“Ademais, sob o aspecto institucional esta faculdade de o Ministério Público produzir, diretamente, a prova da fase preliminar da *perse-*

---

<sup>15</sup> PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Breves notas sobre o anteprojeto de lei, que objetiva modificar o código de processo penal, no atinente à investigação policial. Revista CEJAP n.2, Campinas, Millenium, 2000.

<sup>16</sup> FERNANDES. Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp. 244 e 245.

*cutio* implicaria outorgar-se a este órgão um poder incontrollável em matéria de arquivamento das peças de informação. Com efeito, basta imaginar-se que, num determinado caso o Ministério Público efetuasse, na fase preliminar, toda colheita da prova, dando-lhe, intencionalmente, ou não, um direcionamento favorável ao indiciado. Logo a seguir, na etapa processual subsequente, em face da fragilidade ou insuficiência dos elementos que ele próprio coligira, pediria o arquivamento das peças, arquivamento que se tornaria obrigatório, mesmo em face da eventual discordância do juiz, caso o Procurador Geral ratificasse a opinião de seu subordinado (art. 28, CPP). Assim, em questão de arquivamento, estaria instalada uma verdadeira ditadura do Ministério Público, com sério comprometimento do princípio da obrigatoriedade da ação penal<sup>17</sup>”.

A questão da necessária independência institucional, bem como do comprometimento jurídico de eventual ação que desvirtue o que pretendeu a Ordem Constitucional impor, no caso específico da ingerência do Ministério Público no estreito campo de atuação em discussão reservado constitucionalmente à Polícia Judiciária, reitero, em se reconhecendo esta como órgão e não como função, não é nova.

**ESPINOLA FILHO** já se pronunciara sobre o tema:

“Na base dessa incompatibilidade de exercer a mesma pessoa funções diferentes, não somente são vedadas acumulações, que, sobre serem legalmente proibidas, de modo geral, trariam um chocante resultado de apresentar-se o órgão da justiça encarnando personagens, cujas atividades, no processo, se chocam, pela própria natureza e finalidade, também não podendo desenvolver-se livre e eficientemente, se oriundas de um único autor. Mas, ainda, não se tolera, tendo exercido uma determinada função a respeito de certo crime, venha a pessoa a atuar novamente, quando se devem examinar e dar valor aos atos, por ela próprio praticados anteriormente, às conclusões que chegou<sup>18</sup>”.

---

<sup>17</sup> MORAES FILHO, Antonio Evaristo de. As funções do MP e o inquérito policial. São Paulo: Revista ADPESP nº 22, de dezembro de 1996, p. 66-69.

<sup>18</sup> ESPINOLA FILHO, Eduardo. Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, terceira edição, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955, vol. II, p. 312.

Esse perigoso comprometimento da pretendida imparcialidade do Ministério Público, na ordem jurídica constitucional, também foi lembrado, em momento outro, pelo saudoso Mestre **SÉRGIO MARCOS DE MORAES PITOMBO**:

“A acusação formal, clara e fiel à prova, é garantia de defesa, em Juízo, do acusado. Espera-se, então, do acusador público imparcialidade. Tanto que se permite argüir-lhe a suspeição, impedimento, ou outra incompatibilidade com determinada causa penal. É o que se encontra na Lei do Processo. 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<sup>19</sup>”.

Portanto, atribuir aos Promotores de Justiça funções que não lhes são previstas, além de infringir a ordem jurídica no Estado Democrático de Direito, pode levar o Ministério Público a afastar-se de suas atribuições na titularidade da condução da ação penal pública, visto que deixaria de atuar com imparcialidade, não restando desvinculados dos atos pré-processuais que podem influenciar o seu livre convencimento, violando a isonomia no tratamento das partes, o devido processo legal, proporcionando a um Procurador de Justiça que “se traveste de policial”, adotar no início e na condução das investigações policiais um posicionamento tendencioso, que se manterá durante todo o procedimento, afastando qualquer prova que proporcione alternativa outra que não a já pretendida busca de um fato delituoso, em razão do qual se possa postular a interposição de uma ação penal<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Procedimento administrativo criminal, realizado pelo Ministério Público. In: Boletim Manoel Pedro Pimentel. São Paulo: Printing Press, jun-ago/2003, p.3.

<sup>20</sup> FRAGOSO, José Carlos. São ilegais os “Procedimentos Investigatórios” realizados pelo Ministério Público Federal. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 37, ano 10, jan/mar 2002, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 241 e ss.

Em recente entrevista à *Revista ÉPOCA*, o Professor **MIGUEL REALE JÚNIOR**, com a profundidade e acuidade que lhe é peculiar apontou que:

“O erro do Ministério Público fazer investigações por conta própria é que muitas vezes ele não investiga para apurar o fato, mas para comprovar o que ele quer ver comprovado. Deturpam-se fatos para acomodar a prova à necessidade da acusação que se tem na cabeça. Isso é deformação do processo apuratório<sup>21</sup>.”

Abordamos a questão relativa ao tratamento equilibrado, defendendo posicionamento há muito expressado, na obra **Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito**:<sup>22</sup>

“O devido processo legal, como dito anteriormente, importa num amplo espectro de garantias que dele devem necessariamente decorrer para que se atenda a exigência do Estado Democrático de Direito. O tratamento das partes será sempre paritário, em razão do princípio da isonomia, pois, perante o Estado - jurisdição, não pode haver parte com destaque de importância. Autor e réu têm, enquanto partes, os mesmos direitos e deveres” (grifo nosso).

Assim, o Ministério Público, como parte que é na ação penal, exercendo funções inquisitoriais, em procedimento administrativo próprio, criaria disparidade no tratamento jurídico legal das partes, implicando no afastamento de qualquer caráter impessoal da investigação, circunstância repulsiva ao Estado Democrático de Direito instituído no Brasil.

Também nos posicionamos dessa forma:

O contraditório impõe a conduta dialética do processo. Isso significa dizer que em todos os atos processuais às partes deve ser

---

<sup>21</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. “Juízes sob controle”. In: Revista Época, nº 298, 02 de fevereiro de 2.004, Editora Globo, p.27.

<sup>22</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da. Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001, p. 17.

assegurado o direito de participar, em igualdade de condições, oferecendo alegações e provas, de sorte que se chegue à verdade processual como equilíbrio, evitando-se uma verdade produzida unilateralmente. É, portanto, componente essencial do *due process of law*, aplicando-se a todo e qualquer processo, entendido o termo como série de atos com a qual se pretende fundamentar uma decisão, seja judicial ou administrativa.

Exige o Estado Democrático de Direito que o contraditório, sobre que assenta a garantia do devido processo legal, revele-se como pleno e efetivo, e não apenas nominal ou formal.

Todos os meios necessários têm de ser empregados para que não se manifeste posição privilegiada em prol de um dos litigantes e em detrimento do outro, no rumo do êxito processual. Somente quando as forças do processo, de busca e revelação da verdade, são efetivamente distribuídas com irrestrita igualdade é que se pode falar em processo caracterizado pelo contraditório e ampla defesa<sup>23</sup>.

Sobre o tema, também firmou posição a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

“O art. 127 da CF cuida do Ministério Público, sendo que do art. 129, em nenhum de seus incisos e parágrafos, consta a função de investigação policial ou de polícia judiciária, que é exclusiva da Polícia Civil, como se vê do art. 144, § 4º.

(...)

Vê-se – é o que parece – que as funções do Ministério Público, em termos de diligências investigatórias ou de inquérito policial, deve, limitar-se à sua requisição, não podendo ele passar da condição de seu acompanhante.

(...)

---

<sup>23</sup> SILVA, Marco Antonio Marques da. Juizados Especiais Criminais, Saraiva, 1997, p. 46-47.

**É necessário que as funções fiquem bem delineadas. Cada Poder, cada órgão ou membro do Poder com suas atribuições e competências bem definidas, sob pena de se descumprir a regra, também constitucional, do devido processo legal<sup>24</sup> (grifo nosso)**

Então, reconhecer como legítima a atuação do Ministério Público, nesse ínterim, levaria à conclusão de que a isenção que se pretende estabelecer no procedimento investigatório policial, já comprometido pela ausência de contraditório e ampla defesa, estaria completamente afastada, desestabilizando-se o equilíbrio estabelecido pelo Estado Democrático de Direito, quando trata da acusação e da defesa. Perderíamos de vista um eventual pedido de arquivamento de inquérito policial, ante a ausência de elementos probatórios colhidos na fase inquisitorial, quiçá eventual pedido de absolvição ou mesmo recurso em favor do réu, promovidos pelo órgão ministerial. Ocorreria verdadeira contaminação na busca da verdade “real”.

No tocante a busca da verdade na área penal, o Mestre Espanhol FRANCISCO MUNHOZ CONDE adverte:

*“En el proceso penal, la búsqueda de la verdad está limitada además por el respeto a unas garantías que tienen incluso el carácter de derechos humanos reconocidos como tales en todos los textos constitucionales y leyes procesales de todos los países de nuestra área de cultura.*

*Principios como el de proporcionalidade o el derecho a la intimidad impiden utilizar, de un modo absoluto o relativo, técnicas de averiguación de la verdad como la tortura, el empleo del llamado “suervo de la verdad”, el detector de emntiras o las grabaciones de conversaciones telefónicas sin autorización judicial.*

*Por todo ello, la afirmación de que el objeto del proceso penal es la búsqueda de la verdad material debe ser relativizada, y, desde luego, se puede decir entonces, sin temor a equivocarse, que en el Estado de*

---

<sup>24</sup> TJRJ, H.C. nº 615/96, Rel. Des. Silvio Teixeira, j. 23.7.96, D.O.J. 26.08.96, Seção I, pág. 8.

*Derecho en ningún caso se debe buscar la verdad a toda costa o a cualquier precio.*

*De todo lo dicho se deduce que el objeto del proceso penal es la obtención de la verdad sólo y en la medida en que se empleen para ello los medios legalmente reconocidos. Se habla así de una “verdad forense” que no siempre coincide con la verdad material propiamente dicha. Este es el precio que hay que pagar por un proceso penal respetuoso con todas las garantías y derechos humanos característicos del Estado social y democrático de Derecho<sup>25</sup>.”*

Bem lembrado foi, também, por **MARREY NETO** esse comprometimento com a imparcialidade na promoção da justiça:

“Mais e melhor do que exercer a acusação, Ministério Público tem o dever de promover a consecução da justiça. Nesse sentido, observando-se que age e intervém como fiscal da lei, em função que se caracteriza de imprescindível imparcialidade, compreende-se que possa o “parquet” interpor recursos em favor do acusado<sup>26</sup>” (grifo nosso)

A prevalência de sua condição de imparcialidade é reconhecida e sustentada pelos Tribunais, o que se pode observar nas considerações do Ministro **LUIZ VICENTE CERNICCHIARO**, quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº 4.769/PR (DJ, 06 de maio de 1996), reconhecendo que o Ministério Público, no exercício de suas funções institucionais, não pretende um “enfrentamento” com o réu, ou mesmo prejudicá-lo:

“Ao contrário, confluem interesses, a fim de evitar o erro judiciário. Busca a verdade real, a decisão justa. Em conseqüência, evidencia-se a legitimidade para recorrer em favor do réu”.

E continua:

---

<sup>25</sup> CONDE, Francisco Munhoz. Búsqueda de la Verdad en el Proceso Penal. Hammurabi, Argentina, 2.000, p.101-102.

<sup>26</sup> In: Revista dos Tribunais, volume 628, página 338.

“Ministério Público e Magistratura não podem estar comprometidos com o caso *sub judice*”.

(...)

**Se um, ou outro atua na coleta de prova** que, por sua vez mais tarde, será a base do recebimento da denúncia, ou do sustentáculo da sentença, ambos perdem a imparcialidade, no sentido jurídico do termo” (grifos nossos).

Não menos importante sua observação de que:

“Além disso, é tradicional, não se confundem três agentes: **investigador do fato (materialidade e autoria), órgão da imputação e agente do julgamento**” (grifos nossos).

Aliás, manifestação adequada ao momento, inclusive por despontar do próprio cerne do órgão ministerial, foi a do Sub-Procurador Geral da República **JAIR BRANDÃO DE SOUZA MEIRA**, entendendo em parecer ofertado no Habeas Corpus nº 8.106/DF, em 26 de novembro de 1998, reconhecendo como atividade própria dos Tribunais de Exceção a condução da investigação e posterior apresentação de denúncia nela sustentada, por parte do Ministério Público, substituindo-se à Polícia Judiciária e exacerbando os limites constitucionais de suas funções.

O respectivo pensamento indica um restabelecimento da posição de verdadeiro “inquisidor” ao Ministério Público que, no exercício da investigação e posterior apresentação da acusação, privilegiando o que quer investigar, selecionando as provas colhidas, exercendo verdadeiro “poder sem controle” ou fiscalização de outros órgãos institucionais, agiria de forma ilegal e inconstitucional, como já destacado.

O “**agente investigador do fato (materialidade e autoria)**”, no caso em espécie, a Polícia Civil, exerce funções que não condizem com a titularidade da ação penal. As diligências e investigações policiais, destinadas à instrução do inquérito policial, distanciam-se

claramente das funções institucionais do Ministério Público, devendo reconhecer-se que cabem àqueles que tenham a “titularidade” de instauração do referido procedimento administrativo, no âmbito da ordem jurídica nacional; quem seja, a Autoridade Policial.

A própria Carta Constitucional, em seu artigo 144, § 4º, como já ressaltamos, já deixou clara a realidade de que a apuração de infrações penais é atribuição exclusiva da Polícia Judiciária.

Daí porque **LUIZ ALBERTO MACHADO** defendeu a inconstitucionalidade da absorção, pelo Ministério Público, da titularidade da investigação policial:

“Isso porque a lei não pode cometer as funções de elaboração de inquérito policial e de investigações criminais a quem não revista expressamente de autoridade policial, segundo a Constituição Federal. A leitura que se deve fazer dessa atribuição administrativa constitucional é ser uma garantia individual, a garantia da imparcialidade e impessoalidade do Ministério Público, dominus litis e que, por isso, não deve, e não pode, investigar ou coligir informações para o exercício da ação processual criminal<sup>27</sup>”.

Inexiste possibilidade de legitimar o exercício dessa atribuição por parte de outro órgão institucional, seja por meio de ato administrativo ou outra medida legislativa infraconstitucional, sem afrontar preceitos constitucionais.

A possibilidade de invasão de competência, delimitada constitucionalmente, é abordada pelo constitucionalista **JOSÉ AFONSO DA SILVA**:

“Isso quer dizer que a Constituição reservou à polícia civil estadual um campo de atividade exclusiva que não pode ser invadido por norma infraconstitucional e, menos ainda, por disposições de ato administrativo. Uma delas é a de realização do inquérito policial, que

---

<sup>27</sup> MACHADO, Luiz Alberto. “Conversa com a polícia judiciária (Estadual e Federal)”. In: Revista ADPESP n. 22, dezembro de 1996, p. 62.

constitui o cerne da atividade de polícia judiciária, que não comporta o controle do Ministério Público, porque tal controle ainda pertence ao Poder Judiciário, como bem o lembrou a Dra. Andyr de Mendonça Rodrigues, Subprocuradora-Geral da República, no parecer supramencionado. A outra é que também à polícia civil, polícia judiciária, se reservou a função de apuração das infrações penais, o que vale dizer o poder investigatório, sendo, pois, de nítido desrespeito à Constituição normas que atribuam a órgão do Ministério Público a faculdade de promover diretamente investigações, como o fez o art. 26 do ato 98/96<sup>28</sup>”.

### 3. DO INQUÉRITO POLICIAL, DE SUA NATUREZA E DA IMPARCIALIDADE PARA A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Considerando tudo quanto já foi exposto, resta-nos apontar para a pacificação da matéria, a recente decisão, com votação unânime, proferida pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, tendo como relator o insigne Ministro **NELSON JOBIM**:

“Recurso Ordinário em Habeas Corpus. Ministério Público. Inquérito Administrativo. Núcleo de Investigação Criminal e Controle Externo da Atividade Policial/DF. Portaria. Publicidade. Atos de investigação. Ilegitimidade.

#### 1. Portaria. Publicidade

A portaria que criou o Núcleo de Investigação Criminal e Controle Externo da Atividade Policial, no âmbito do Ministério Público do Distrito Federal, no que tange a publicidade, não foi examinada no STJ.

Enfrentara matéria neste Tribunal ensejaria supressão de instância. Precedentes.

---

<sup>28</sup> SILVA, José Afonso da. Parecer “Controle externo da atividade policial como uma das funções institucionais do Ministério Público – entendimento do art. 129, VII, da Constituição Federal – conteúdo da Lei Complementar e seus limites constitucionais – Competências exclusivas das polícias”. In: Revista ADPESP n. 22, dezembro de 1996, p.23.

## 2. Inquirição de Autoridade Administrativa. Ilegitimidade.

A Constituição Federal dotou o Ministério Público do poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (CF, art. 129, VIII).

A norma constitucional não contemplou a possibilidade do parquet realizar e presidir inquérito policial.

Não cabe, portanto, aos seus membros inquirir diretamente pessoas suspeitas de autoria de crime.

Mas requisitar diligência nesse sentido à autoridade policial. Precedentes.

O recorrente é delegado de polícia e, portanto, autoridade administrativa. Seus atos estão sujeitos aos órgãos hierárquicos próprios da Corporação, Chefia de Polícia, Corregedoria.

Recurso conhecido e provido<sup>29</sup>.

Ora, o próprio histórico do Inquérito Policial, por si só, já indica que, caso o legislador pátrio pretendesse oportunizar a outro órgão institucional que não àqueles representados pelos delegados de carreira, a presidência da investigação policial, já o teria feito de forma legal e legítima.

Sobre este tema, o ínclito **LUIZ FLÁVIO BORGES D'URSO**, Presidente da OAB/SP:

“O inquérito policial, com tal denominação, surgiu em nossa legislação pela Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871. Para iniciar-se qualquer escrito sobre o inquérito policial, há que se verificar seu posicionamento legal, pois o inquérito está previsto no ar. 4º, do Código de Processo Penal, que estabelece exatamente o seguinte: ‘A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no territó-

---

<sup>29</sup> S.T.F., R.O.H.C. nº 81.326-7/DF, Rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, j. 06 de maio de 2.003, D.J. 01 e outubro de 2.003.

rio de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e de sua autoria.

(...)

Fico a meditar sobre a origem do inquérito policial, sua utilidade e conveniência e, invariavelmente, concluo por sua indispensabilidade como supedâneo a enfeixar as provas que são produzidas durante esta importante fase, que é preliminar ao processo criminal; aliás a fase que justifique o próprio processo. Assim, o inquérito policial é uma peça de relevo e, sendo dirigida por uma autoridade policial, objetiva, principalmente, a apuração dos fatos **com imparcialidade, porquanto o delegado de polícia que o preside, jamais acusa, como também não defende, pois busca-se uma autoridade imparcial**<sup>30</sup>.

Assim, a função e o cargo do delegado de polícia, decorrente da Lei nº 261, de 03 de dezembro de 1841, remonta à instituição de uma autoridade, hoje, de caráter centenário.

Daí porque, em sua independência e imparcialidade, já que totalmente desvinculado do Poder Judiciário (órgão julgador), do Ministério Público, bem como da Defesa, desponta o Delegado de Polícia como autoridade mais que ideal à assegurar a presidência de um procedimento investigatório, para delimitar e instruir uma eventual denúncia, sem vícios ou comprometimentos, buscando provas da existência de delitos e a indicação de seus prováveis autores, afastando o determinismo e os juízos errôneos, que o comprometimento do órgão ministerial para com a ação penal poderiam provocar.

Se a intervenção da Defesa é cerceada no inquérito policial, porque seria correto, em descompasso com a ordem constitucional, violando princípio da paridade de tratamento das partes, proporcionar ao Ministério Público (**órgão que despontará para a acusação**, no

---

<sup>30</sup> D'URSO, Luiz Flávio Borges. O Inquérito Policial e o Termo Circunstanciado. In: Revista Cejap – publicação oficial do Centro de Estudos Jurídicos para Assuntos Policiais, São Paulo: Editora Millenium, ano 4 – nº 6, junho/2003, p.03.

caso de eventual ação penal), a presidência da investigação policial, ocasionando um desequilíbrio desproporcional na relação processual que está por vir e que, nem mesmo o órgão jurisdicional, por mais imparcial que seja, poderá sanar.

Ademais, a atividade investigatória, como sabemos, é complexa exigindo conhecimentos técnicos específicos, com instrução capacitadora, por vezes, extenuante, da qual, ao momento parece não possuir o Ministério Público.

Quanto aos defensores da possibilidade da transferência da presidência das investigações policiais, a constituir “caminho que está em consonância com a tendência mundial”, ousou divergir desse posicionamento.

No Direito Português **FERNANDO GONÇALVES** e **MANUEL JOÃO ALVES**, da Universidade de Coimbra, anotam que:

“O sistema acusatório, ao contrário do inquisitório, procura, como salienta o Prof. Germano Marques da Silva, a igualdade de poderes de actuação processual entre acusação e defesa, ficando o julgador numa situação de independência, super “partes”, caracterizando-se, pois, essencialmente por uma disputa entre duas partes, uma espécie de duelo judiciário entre acusação e a defesa, disciplinado por um terceiro, o juiz ou o tribunal, que ocupa uma situação de supremacia e de independência relativamente ao acusador e ao acusado, não podendo promover o processo (*ne procedat iudex ex officio*), nem condenar para além da acusação (*sententia debet esse conformis libello*)<sup>31</sup>.”

A realidade social individuada de cada Nação há que ser parâmetro indispensável à colocação legal e mesmo jurídico-social de suas instituições, no desempenho, no caso específico do Brasil, das garantias e dos princípios orientadores do Estado Democrático de Direito, na forma como foi adotado pela nossa Constituição Federal.

---

<sup>31</sup> GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João. A Prisão Preventiva e as Restantes Medidas de Coação, Almedina, Coimbra, 2003, p.29.

**FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO** já anotava que esse posicionamento, centrado numa eventual tendência, merece cuidado.

“Há entendimento respeitável no sentido de que devemos manter o Inquérito Policial sob a presidência do Ministério Público. Por que essa troca de chefia? Afinal de contas, ao contrário do que se dá nos Estados Unidos, França, Espanha e Portugal, por exemplo, o policial encarregado das investigações, entre nós, é um bacharel em Direito. Tem a mesma formação jurídica dos promotores e juízes. Então, por que essa transposição de chefia? Não se pode dizer, entre nós, o que se diz em Portugal, que há um contraste bem acentuado no que respeita à cultura e à concepção do Direito entre a Polícia e o Ministério Público. Se delegados e promotores são bacharéis em Direito, se possuem a mesma formação universitária, no momento em que o promotor passar a dirigir as investigações, ele se transmuda em delegado. E aí, qual seria a diferença? Daqui a alguns anos, procurar-se-ia outro órgão para desempenhar a função do promotor-investigador, dadas as suas pretensas atitudes atrabiliárias...<sup>32</sup>”.

Assim, nem mesmo há como se perquirir de eventual incapacidade, ou mesmo inabilidade, para a condução das investigações criminais, por parte dos delegados de carreira, quando tratamos dos argumentos que poderiam sustentar a tese de transferência da presidência do inquérito policial para o Ministério Público, quanto mais se afastar a realidade de um esvaziamento das funções legalmente estabelecidas ao órgão ministerial, em se falando da propriedade da criação, instauração e condução de um “procedimento administrativo criminal”, arremedo de inquérito policial, como já afirmamos.

As observações tecidas, com toda a propriedade que nos empresta a doutrina e a jurisprudência colacionadas, são adequadas à solução da pretendida discussão.

---

<sup>32</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Devemos manter o Inquérito Policial?. In: Revista Cejap – publicação oficial do Centro de Estudos Jurídicos para Assuntos Policiais, São Paulo: Editora Millenium, ano 2 – nº 3, fevereiro/2001, pp. 04 e 05.

Como é característico de suas manifestações, com toda a propriedade e conhecimento jurídico, em consulta realizada sobre a legalidade e legitimidade dos Atos Normativos nº 314-PGJ/CPJ, de 27 de junho de 2.003, e 324-PGJ/CGMP-CPJ, de 29 de agosto de 2.003, editados pelo Ministério Público do Estado de São Paulo<sup>33</sup>, os ilustres Professores **MIGUEL REALE JÚNIOR** e **EDUARDO REALE FERRELLI** apontam:

“Inquestionável o papel do Ministério Público no que tange ao controle externo da atividade policial, não significando, entretanto, que se legitime o ilegal procedimento administrativo criminal, devendo o Promotor, em caso de irregularidades praticadas por policiais, tomar imediatas providências, vez que como titular da futura ação penal poderá requisitar perante a Corregedoria de Polícia o pertinente procedimento investigatório, cabendo-lhe inclusive acompanhar os atos do Corregedor Geral de Polícia, caso assim entenda pertinente, não lhe atribuindo, todavia, o poder de investigar mas sim de controlar o mister policial”.

E continuam, quando abordam as previsões constitucionais do artigo 129, sobre as funções institucionais do Ministério Público:

“Diverso constitui o papel do Ministério Público nos casos de investigação por meio de inquérito policial.

A lei, de fato, não contém palavras inúteis. Se assim não fosse, não teriam sido diferenciados os poderes dos órgãos ministeriais em incisos diferentes para situações diferentes”.

Por fim, merecem destaque, ainda que de forma reiterada, dois trechos do V. Acórdão proferido pela Segunda Turma da Suprema Corte Constitucional, no já mencionado julgamento em que foi relator o Ministro **NELSON JOBIM**, no *Habeas Corpus* nº 81.326-7/DF,

---

<sup>33</sup> Consulta realizada pelo Presidente do Sindicato dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo, apresentada em 21 de outubro de 2003.

julgado em 06 de maio de 2003 e publicado no Diário da Justiça de 01 de outubro de 2003:

“A POLÍCIA JUDICIÁRIA é exercida pelas autoridades policiais, com o fim de apurar as infrações penais e a sua autoria (CPP, art. 4º).

O inquérito Policial é o instrumento de investigação penal da POLÍCIA JUDICIÁRIA.

É um procedimento administrativo destinado a subsidiar o MINISTÉRIO PÚBLICO na instauração da ação penal.

A legitimidade histórica para condução do inquérito policial e realização das diligências investigatórias, é de atribuição exclusiva da polícia.

(...)

Até a promulgação da atual Constituição, o MINISTÉRIO PÚBLICO e a POLÍCIA JUDICIÁRIA tinham seus canais de comunicação na esfera infraconstitucional.

A harmonia funcional ocorria através do Código de Processo Penal e de leis extravagantes, como a Lei Complementar 40/81, que disciplinava a Carreira do MINISTÉRIO PÚBLICO.

Na Assembléia Nacional Constituinte (1988), quando se 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 tradição.

O Constituinte rejeitou as Emendas 945, 424, 1.025, 2.905, 20.524, 24.266 e 30.513, que, de um modo geral, davam ao MINISTÉRIO PÚBLICO a supervisão, avocação e o acompanhamento da investigação criminal.

A Constituição Federal assegurou as funções de POLÍCIA JUDICIÁRIA e apuração de infrações penais à POLÍCIA CIVIL (CF, art. 144, § 4º).

Na esfera infraconstitucional, a Lei Complementar 75/93, cingiu-se aos termos da constituição no que diz respeito às atribuições do MINISTÉRIO PÚBLICO (art. 7º e 8º).

Reservou-lhe o poder de requisitar diligências investigatórias e instauração do inquérito policial (CF, art. 129, inciso VIII)”

Portanto, não há como considerar válida denúncia apresentada com base em investigação ministerial, diante de seu vício originário de provas colhidas em procedimento administrativo criminal interno.

#### 4. CONCLUSÕES

Na sociedade contemporânea, a atuação dos Estados e seus órgãos têm seus limites nos princípios que norteiam o direito penal e direito processual penal, tendo as pessoas no direito sua realização e as garantias constitucionais permitem, neste nexos, a concretização de um Estado Democrático de Direito.

Os princípios constitucionais do processo penal cumprem uma função fundamentadora da intervenção estatal, através de uma integração do direito penal e direito processual penal, determinando o verdadeiro acesso à justiça penal, pelas garantias que proporciona às partes envolvidas.

Existe uma preocupação em diversos países, inclusive na Europa, no sentido de garantir a segurança pública, com respeito aos direitos e garantias individuais, ao mesmo tempo que necessitam dar uma resposta mais rigorosa as ameaças de criminalidade moderna.

No Brasil, o Código de Processo Penal, de 1941, deve ser interpretado de acordo com os princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito, exigindo, desta forma, profundas modificações doutrinárias e jurisprudenciais para que se possa concretizar o anseio de efetiva justiça.

A ineficácia de alguns meios investigatórios tradicionais determinou que muitas regras fossem adequadas à investigação moderna,

tais como a escuta telefônica, os agentes infiltrados. Estes métodos revolucionaram a investigação criminal, embora, algumas vezes, entrem em conflito com os direitos fundamentais, restando a questão de adequá-los às garantias constitucionais, inclusive a imparcialidade e isenção na colheita de elementos investigativos e de prova.

Num Estado Democrático de Direito, o sistema do direito penal deve ter como limite os direitos humanos acolhidos pela Constituição Federal, nos tratados e convenções internacionais. Este o caráter conciliador do direito penal, uma vez que a pena não desestimula o crime.

O respeito incondicional aos direitos fundamentais, no âmbito do direito penal, e às garantias individuais, no do processo penal indicam a verdadeira vocação de uma democracia. Assim, a eficácia do Estado, com relação à criminalidade moderna, embora possa se diferenciar, quanto aos meios, mas não pode ignorar estas garantias.

O cumprimento dos princípios constitucionais que norteiam a persecução criminal e o processo penal será o verdadeiro primado das garantias individuais, efetivando os direitos fundamentais inscritos na nossa Carta Magna.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Manuel da Costa – Das Escutas Telefônicas. Coimbra: Almedina, I Congresso de Processo Penal – Memórias, 2005.

\_\_\_\_\_ - Constituição dirigente e vinculação do legislador. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

\_\_\_\_\_ - Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 1998.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Derecho penal: concepto y principios constitucionales, Valencia, Tirant lo Blanch alternativa, 1996.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente *et alii*. Direito penal na constituição. 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. Culpabilidade e Reprovação Penal, São Paulo, Sugestões Literárias, 1994.

COSTA, José Faria – Direito Penal Especial. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

\_\_\_\_\_, Direito Penal Econômico. Coimbra: Quarteto Editora, 2003.

\_\_\_\_\_, As Telecomunicações e a Privacidade: O Olhar (in)discreto de um penalista. Coimbra: Instituto Jurídico da Comunicação – Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1999.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Sobre os sujeitos processuais no novo código de processo penal. Coimbra, Livraria Almedina, 1997.

\_\_\_\_\_, Questões Fundamentais – A Doutrina Geral do Crime. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

FERNANDES. Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_- Direito à Prova no Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis – El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas, Barcelona, 1985.

\_\_\_\_\_. Constitución y Proceso Penal, Madrid, Editorial Tecnos S.A., 1996.

GOMES FILHO, Antonio – O princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), Revista do Advogado – Associação dos Advogados de São Paulo, 42, págs. 30-34, 1994.

\_\_\_\_\_- Direito à Prova no Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini et alii, As nulidades no processo penal, 3ª ed. São Paulo, Malheiros, 1993.

- HASSEMER, Winfried. Fundamentos del Derecho Penal, trad, Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero, Bosch, Casa Editorial S.A., 1984.
- HASSEMER, Winfried y MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción a la Criminología y al Derecho penal, Valencia, 1989.
- MARQUES, José Frederico, Elementos de Direito Processual Penal, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1965.
- \_\_\_\_\_, Tratado de direito processual penal. São Paulo, Saraiva, 1980.
- MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Coimbra, Coimbra Editora, 1993, v. IV.
- PEREIRA, Cláudio José – Princípio da Oportunidade e Justiça Penal Negociada. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- PÉREZ LUÑO, Antonio E. Derechos Humanos, estado de derecho y constitución – 3ª ed., Madrid, Editorial Tecnos, 1990.
- PORTO, Hermínio Alberto Marques, Júri, 8ª ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1996.
- REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. São Paulo, Saraiva, 1983, pág 299.
- REALE JÚNIOR, Miguel. Problemas penais concretos. São Paulo, Malheiros Editores, 1997.
- ROXIN, CLAUD *el alii* – Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal, trad. Luis Arroyo Zapatero y Juan-Luis Gomez Colomer, Barcelona, Editorial Ariel S.A. 1989.
- SILVA, Marco Antonio Marques da. Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001.
- \_\_\_\_\_- (Coordenação) – Tratado Temático de Processo Penal, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- \_\_\_\_\_- Dignidade da Pessoa e a Declaração Universal dos Direitos Humanos – *Revista Dignidade do Programa de Pós-*

-*Graduação em Direito da Universidade Metropolitana de Santos* – UNIMES – ANO I, nº 1, Editora Método, São Paulo: 2002, págs. 147/154.

\_\_\_\_\_ - Juizados Especiais Criminais, São Paulo: Saraiva, 1997.

\_\_\_\_\_ - A Vinculação do Juiz no Processo Penal, São Paulo: Saraiva, 1993.

SILVA SANCHEZ, Jesús Maria – Fundamentos de un Sistema Europeo de Derecho Penal, Barcelona, J.M. Bosch editor, 1995.

\_\_\_\_\_ Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo, Barcelona, J.M. Bosch editor, S.A., 1992.

SOUZA, João Castro. Os meios de coação no novo código de processo penal. O novo código de processo penal. Coimbra, Livraria Almedina, 1997.

TIEDEMANN, Karl – Los movimientos de reforma del proceso penal y la protección de los derechos humanos, Espanha, Ed. Toledo, 1992.

VEGAS TORRES, Jaime, Presunción de inocência y prueba en el proceso penal. Madrid, La Ley S.A., 1993.

VIVES ANTÓN, T.S., A liberdade como pretexto, Valencia, Tirant le Blanch, alternativa, 1995.

## PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO CRIMINAL, REALIZADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

*Sérgio Marcos de Moraes Pitombo<sup>1</sup>*

Não existe norma expressa, que permita ao Ministério Público realizar investigação e instrução criminal preparatória ou preliminar, da ação penal condenatória. Tal suposta permissão surge deduzida de diversos preceitos legais, sempre implícita. Tira-se a existência do procedimento, por exemplo, da Constituição da República, Código de Processo Penal, Código Eleitoral, Lei dos Crimes Contra o Sistema Financeiro, Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e da Lei Orgânica do Ministério Público da União. A estrutura, a armação legal não convence.

Desponta, logo, dificuldade invencível, quanto ao aludido procedimento administrativo criminal, interno. No sistema do direito processual penal, o Procurador da República e o Promotor de Justiça não se consideram Autoridade. Não podem eles presidir auto de prisão em flagrante delito; nem usar o instituto da voz de prisão. Não se admite que, em certos casos, concedam fiança. Não se aceita que solicitem do Poder Judiciário, para si, autorização ou cumpram, de modo direto, mandado judicial de busca e de apreensão. Não guar-

---

<sup>1</sup> Um dos mais conceituados processualistas penais do país, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo foi professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e um dos autores da Reforma Penal de 1984. Atuou como desembargador do TJ-SP e advogado (texto elaborado em outubro de 2002).

dam poder de ordenar a restituição, quando cabível, de coisa apreendida. Muito menos pretender a infiltração de agentes seus, em tarefas de investigação. Autoridade, na fase extrajudicial da persecução penal, denominada procedimental, ou de inquérito policial é quem pode exercer, por inteiro, as funções de polícia judiciária, tal como marcadas na Lei Maior.

Precisa o Ministério Público, por isso, no correr do pretendido procedimento investigatório e instrutório, que instaurou, requisitar o concurso da polícia judiciária, federal ou estadual. O procedimento, assim, torna-se híbrido, causando tumulto na justiça criminal.

Qual o motivo de desejar-se que o Ministério Público ponha em prática esse procedimento administrativo criminal interno? Nunca se ofereceu boa resposta, conforme a razão. Fala-se em ineficiência e em desconfiança da atividade da polícia judiciária, federal e dos Estados. Se é assim, importa lembrar de que o controle externo das polícias judiciárias consiste em atribuição constitucional do próprio Ministério Público.

Em síntese, Procuradores da República e Promotores de Justiça necessitam dos serviços das Autoridades policiais, para levar avante o pretense procedimento preparatório, que venham a iniciar. Polícia judiciária, havida por inconfiável, os secundando, não obstante fiscalizada e corrigida, de maneira externa, pelo Ministério Público.

Mais, ainda, a dúvida de quem faria o controle interno, do mencionado procedimento administrativo ministerial, operacionalizado pela polícia judiciária, a mando e comando dos Procuradores da República e Promotores de Justiça.

O artificialismo da idéia, de imaginada atuação administrativa interna do Ministério Público, para a apuração de infrações penais e respectiva autoria, rompe com a lógica. Mostra-se suspeita de outra destinação, para além da propalada busca de eficiência.

A acusação formal, clara e fiel à prova é garantia de defesa, em Juízo, do acusado. Espera-se, então, do acusador público imparcia-

lidade. Tanto que se permite argüir-lhe a suspeição, impedimento, ou outra incompatibilidade com determinada causa penal. É o que se encontra na Lei do Processo. 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.

O envolvido jamais deve ser tratado como estranho, em procedimento preparatório ou preliminar. Afastá-lo, para obstar o exercício do direito de defesa, que não se confunde com o contraditório, quebranta a Constituição da República. Ocultar-lhe as intercorrências, durante o procedimento administrativo, impede a descoberta da verdade criminal atingível, a dano da sociedade e da ética administrativa.

Não se pode inventar atribuição nem competência, contrariando a Lei Magna. A atuação administrativa interna do Ministério Público, federal ou estadual, não há de fazer as vezes de polícia judiciária. Cada qual desempenhe sua específica função, no processo penal, em conjugação com o Poder Judiciário.



## NORMAS EDITORIAIS PARA ENVIO DE ARTIGOS

1 – Os artigos para publicação na Revista Criminal SINDPF/SP – Ensaios sobre a atividade policial – deverão ser técnicocientíficos focados nesta área temática.

2 – Serão aceitos originais inéditos ou não, os quais serão submetidos à apreciação do Conselho Editorial responsável pela revista, que recomendará ou não a sua publicação.

3 – A priorização da publicação dos artigos enviados decorrerá de juízo de oportunidade da revista, sendo reservado à mesma o direito de aceitar ou vetar qualquer trabalho recebido e, também, o de propor eventuais alterações, desde que aprovadas pelo autor.

4 – A publicação dos artigos enviados não implicará remuneração a seus autores, tendo como contraprestação o envio de um exemplar da revista na qual o artigo foi publicado.

5 – As opiniões emitidas pelo autor em seu artigo são de sua exclusiva responsabilidade

6 – À editora reserva-se o direito de publicar os artigos enviados em outros produtos jurídicos do SINDPF/SP.

7 – Os artigos encaminhados devem estar digitados na versão do aplicativo *Word*, utilizando-se a fonte Arial, corpo 12, com títulos e subtítulos em caixa-alta, alinhados à esquerda, em negrito. Os artigos deverão ter entre 10 e 15 laudas. A primeira lauda deve conter o título do artigo, o nome completo do autor e os respectivos créditos.

8 – Para artigos com tabelas, gráficos ou imagens, estes deverão ser enviados separadamente no formato JPGE com resolução de 300 dpi.

9 – O artigo deve conter um resumo informativo de até 250 palavras, que apresente concisamente os pontos relevantes do texto, com suas finalidades, metodologia, resultados e conclusões.

10 – Após o resumo, deve constar uma relação de palavras-chave (palavras ou expressões que expressem as ideias centrais do texto), as quais possam facilitar posterior pesquisa ao trabalho. As palavras-chave são separadas entre si por pontos e finalizadas também por ponto.

11 – As citações bibliográficas deverão ser indicadas com a numeração ao final de cada citação, em ordem de notas de rodapé. Essas citações bibliográficas deverão seguir as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

12- As referências bibliográficas deverão ser indicadas com a numeração ao final de cada citação, em ordem alfabética e alinhadas à esquerda, obedecendo às normas da ABNT.

13 – À editora é reservado o direito de proceder as revisões gramaticais e a adequação dos artigos às normas disciplinadas pela ABNT, caso seja necessário.

14 – Os trabalhos devem ser encaminhados preferencialmente para o endereço eletrônico [revistacriminal@sindpfs.org.br](mailto:revistacriminal@sindpfs.org.br) (e-mail da revista) ou em CD para o seguinte endereço: Av. Santa Marina, 586 – Água Branca, São Paulo/SP, CEP 05036-000 – A/C Sindicato dos Delegados de Polícia Federal no Estado de São Paulo. Juntamente com o artigo, o autor deverá enviar uma autorização para publicação.

15 – Quaisquer dúvidas a respeito das normas para publicação deverão ser dirimidas pelo telefone (11) 3611-8160 ou pelo e-mail [revistacriminal@sindpfs.org.br](mailto:revistacriminal@sindpfs.org.br).