



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS I – CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

JANAÍNA CARLA AGUIAR DE PAULA

**A LEGITIMIDADE DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL
PELO MINISTÉRIO PÚBLICO**

**CAMPINA GRANDE-PB
2013**

JANAÍNA CARLA AGUIAR DE PAULA

**A LEGITIMIDADE DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL
PELO MINISTÉRIO PÚBLICO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Ana Alice Ramos Tejo Salgado

CAMPINA GRANDE
2013

FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL – UEPB

P324l

Paula, Janaína Carla Aguiar de.

A legitimidade da investigação criminal pelo Ministério Público [manuscrito] / Janaína Carla Aguiar de Paula.– 2013.

28 f.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, 2013.

“Orientação: Profa. Ma. Ana Alice Ramos Tejo Salgado, Departamento de Direito Público”.

1. Direito penal. 2. Ministério Público. 3. Investigação criminal. I. Título.

21. ed. CDD 345

JANAÍNA CARLA AGUIAR DE PAULA

**A LEGITIMIDADE DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL
PELO MINISTÉRIO PÚBLICO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito, da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em 26 / 08 / 2013.

Ana Alice Ramos Tejo Salgado

Prof.ª Ana Alice Ramos Tejo Salgado
Orientadora

Félix Araújo Neto

Prof.º Félix Araújo Neto
Examinador

Noel Crisóstomo de Oliveira

Prof.º Noel Crisóstomo de Oliveira
Examinador

A LEGITIMIDADE DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

PAULA, Janaína Carla Aguiar de¹.

RESUMO

Existe uma grande discussão na doutrina brasileira acerca da possibilidade do membro do Ministério Público proceder a investigações criminais na fase extrajudicial. Tal celeuma iniciou-se em razão da divergência jurisprudencial sobre a questão no âmbito dos Tribunais Superiores, quando foram proferidas decisões no sentido de que a Constituição Federal não teria atribuído poderes ao Ministério Público para promover tais investigações. Diante desse fato, nos deteremos a analisar a possibilidade do órgão ministerial poder instaurar procedimento administrativo, com a finalidade de obter elementos de informações essenciais à propositura da ação penal pública, por meio de uma interpretação sistemática da Constituição Federal e das legislações infraconstitucionais. Para isso, este trabalho tem como objetivo examinar a evolução histórica do Ministério Público e a competência que as Constituições Brasileiras, ao longo dos anos, conferiram a este órgão; analisar a Teoria dos Poderes Implícitos e a maneira como a Carta de 1988, implicitamente, conferiu essa atribuição ao *Parquet* e apresentar as legislações que fazem previsão da possibilidade de investigação pelo Ministério Público e as principais críticas daqueles que rejeitam esta tese, bem como o posicionamento dos Tribunais Superiores a respeito do tema. A metodologia adotada será a de natureza bibliográfica e terá como aporte teórico a doutrina de Souza (2004), Mazzilli (2007), Jatahy (2013), Calabrich (2013) e Lopes (2005). De acordo com as teorias estudadas e apresentadas, verificaremos que a investigação criminal pelo Ministério Público é compatível com o sistema constitucional vigente.

PALAVRAS-CHAVE: Ministério Público. Investigação criminal. Legitimidade.

¹ Graduanda do curso de Direito da Universidade Estadual da Paraíba. E-mail: janaina_carla_aguiar@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

Desde as civilizações antigas, o Ministério Público tem exercido importante papel na sociedade, sempre se fazendo representar por uma instituição imparcial, fiscalizadora do cumprimento da lei e encarregada de acusar aqueles que infringem o ordenamento jurídico. Atualmente, é considerado o órgão estatal responsável por preservar o Estado Democrático de Direito, a ordem jurídica e os direitos individuais e sociais indisponíveis.

No Brasil, a Constituição Federal atribuiu ao órgão ministerial, dentre outras inúmeras funções, a competência para, privativamente, promover a ação penal pública. Incumbido desta tarefa, o Ministério Público passou a procurar meios legítimos que estabelecesse a formação de sua *opinio delicti*. Desse modo, a investigação criminal pelo Ministério Público seria uma das formas de convencimento do membro do *Parquet* sobre a existência de uma infração penal e sua autoria. Tal atribuição estaria implicitamente conferida pela Constituição da República ao Ministério Público.

A interpretação proposta pela Teoria dos Poderes Implícitos de que a Constituição, quando confere a um órgão determinada atribuição, lhe proporciona os meios de ser executada, não foi pacificamente aceita pela doutrina brasileira. Muitos dos renomados autores sustentam a posição de que a investigação criminal na fase pré-processual é função exclusiva da polícia. Nesse sentido, aduz Lopes (2005, p. 6): “Por ser a investigação criminal atividade exclusiva das polícias judiciárias, não existe dispositivo legal na CF, tampouco na legislação infraconstitucional, que autorize a realização de investigação pelo MP”.

Lopes (2005) argumenta, ainda, que a Constituição não previu expressamente a investigação pelo Ministério Público, e que a realização dessa atividade pelo *Parquet* causaria a perda da imparcialidade do órgão e o cerceamento de defesa.

Nessa perspectiva, as discussões levantadas nesse trabalho têm como objetivo analisar, por meio da teoria dos poderes implícitos e mediante uma interpretação sistemática da Constituição, do Código de Processo Penal e de legislações especiais, a legitimidade de o Ministério Público promover investigações criminais no âmbito extrajudicial. Para atender tal objetivo, utilizaremos a pesquisa bibliográfica, embasada nos trabalhos de Souza (2004), Mazzilli (2007), Jatahy (2013), Calabrich (2013) e Motta (2005).

Inicialmente, este trabalho apresentará a origem do Ministério Público e sua evolução histórica, destacando a atuação deste órgão no Brasil e o tratamento que lhe foi dado pelas Constituições Brasileiras ao longo dos anos. Em seguida, será mostrada a discussão da legitimidade da investigação criminal pelo Ministério Público, numa visão positiva, apresentando as normas do ordenamento jurídico que dão amparo legal para a investigação pelo *parquet* e exporá os argumentos daqueles que repelem essa atribuição do órgão ministerial. Por último, apresentará o posicionamento dos tribunais superiores a respeito do tema, trazendo julgados recentes tanto do Supremo Tribunal Federal, como do Superior Tribunal de Justiça.

2. MINISTÉRIO PÚBLICO

2.1 Origem e Evolução Histórica

As atividades semelhantes as que hoje são exercidas pelo Ministério Público remontam à civilização egípcia, embora, naquela época, sua finalidade era defender mais a vontade do monarca do que propriamente os interesses da sociedade.

Souza (2004) traça um panorama minucioso acerca da origem do Ministério Público e comenta que no Egito Antigo, os *magiai* eram responsáveis por coibir a delinquência, tendo amplos poderes para aplicar sanções aos rebeldes e reprimir as ações dos violentos, agindo na defesa dos menos favorecidos. Na Grécia Antiga, havia dois órgãos a quem cabia a fiscalização da execução das normas e o exercício da acusação criminal: os *tesmotetas*, em Atenas, e os *éforos*, em Esparta.

Em Roma, existiam vários órgãos com atribuições semelhantes às quais, atualmente, cabem ao Ministério Público. Explica Souza:

Na Roma Antiga, os *censores*, os *questores*, o *fisci advocatum*, o defensor *civitatis*, os *procuradores caesares*, o *praetor fiscalis*, os *irenarcha*, os *praefectus urbis*, os *praesidis*, os *curiosi*, os *frumentarii* e os *stationarii*, também são indicados como precursores do Ministério Público. Os seis últimos eram responsáveis pela manutenção da ordem pública. Eram uma espécie de policiais romanos, não se subsumindo corretamente na atual configuração ministerial. O maior posto era o do *irenarcha*, oficial superior dos demais. O *curiosi* era uma espécie de ouvidor itinerante, que trazia ao imperador as reclamações de abusos ocorridos nas províncias. Os *stationarii* realizavam a mesma função, de forma fixa. Os *censores* eram observadores da conduta moral dos romanos, em busca de algo que fosse passível de repreensões. Os *questores* investigam crimes de homicídio e recebiam e guardavam multas em nome do Império Romano. Eram muito valorizados e respeitados. Por sua vez, o defensor *civitatis*, escolhido entre seus pares,

cabia defender as classes inferiores de possíveis abusos de autoridades. Enfim, os *fisci advocatum*, os *procuratores caesares* e o *praetor fiscalis*, eram funcionários que geriam os bens e receitas imperiais. Confiscavam o patrimônio de romanos condenados, possuindo competência para a perseguição criminal em nome do império romano. (SOUZA, 2004, n.p.)

Souza (2004) fala, ainda, que na Idade Média, não obstante à função primordial dos *Saions*, que era a de ser fiscal dos devedores da fazenda pública, a eles também era incumbida a tarefa de zelar pela defesa dos incapazes e órfãos, daí a razão pela qual os autores mencionam também os *Saions* como precursores do Ministério Público.

Como instituição propriamente dita, mais próxima da realidade atual, Lenza (2011) defende o surgimento do Ministério Público apenas na França, na época dos “Procuradores do Rei”, definidos na “Ordonnance” de Filipe, o Belo, de 25 de março de 1302, tempo em que funcionários, denominados “Procuradores do Rei”, eram obrigados a prestar juramento, comprometendo-se a não exercer outras funções ou patrocinar outras causas que não as de interesse da realeza, além da atribuição de acusar, criminalmente, os infratores da lei.

Por meio das “ordonnances”, os reis franceses demonstravam a autonomia de seus procuradores em relação aos magistrados. Souza (2004) afirma que a mais destacada das “ordonnances” foi a editada pelo Rei Luís XIV, a chamada “Ordonnance Criminelle”, pois nela foi reconhecida a função acusadora do Ministério Público.

Posteriormente, com a revolução burguesa de 1789 e a instituição da Assembleia Constituinte Francesa, o Ministério Público foi definido como um ente vinculado ao Poder Executivo e independente em relação ao Legislativo e ao Judiciário. Seu objetivo era fiscalizar o cumprimento das leis e dos julgados, tendo sido, nesta ocasião, excluída a acusação criminal de sua competência, a qual foi retomada somente anos depois.

A França, assim como em relação a outros assuntos, também foi pioneira na história do Ministério Público, pois, embora não tenha dado, a princípio, a nomenclatura que lhe é dada hoje, é possível enxergar nas “ordonnances” as garantias e atribuições que hoje competem ao *parquet* – expressão oriunda da França que designa a instituição.

Concordando com o exposto, Mazzilli diz:

Costuma-se mencionar que a Revolução Francesa estruturou mais adequadamente o Ministério Público, enquanto instituição, ao conferir garantias a seus integrantes. Foram, porém, os textos Napoleônicos que instituíram o Ministério Público que a França veio a conhecer na atualidade, daí vindo a ser difundida e modelada a instituição em diversos Estados. Inegável é a influência da doutrina francesa na história do Ministério Público,

tanto que hoje a expressão *parquet* ainda é frequentemente usada também entre nós para referir-se à instituição. (MAZZILLI, 2007, p. 39)

Inegável, ainda, é a contribuição lusitana na evolução do Ministério Público, principalmente para o Brasil, que em muito se espelhou no direito português. Souza (2004) retrata o contexto histórico que Portugal vivia na época da Revolução Francesa. Neste tempo, em Portugal, predominava a monarquia absoluta, onde o Rei tinha o monopólio da função jurisdicional do Estado, e esta se concretizava por meio das ordenações reais. O Ministério Público surge, primeiramente, nas Ordenações Manuelinas, as quais previam que o órgão era responsável por fiscalizar o cumprimento da lei. Destacaram-se também as Ordenações Afonsinas (1447) e Filipinas (1603) que delegaram a determinados órgãos as atribuições que hoje competem ao Ministério Público.

2.2 Evolução Histórica nas Constituições Brasileiras

A Constituição Imperial Brasileira, de 1824, embora não tenha feito menção expressa ao Ministério Público, atribuiu, em seu artigo 48, ao Procurador da Corôa e Soberania Nacional, a competência para acusar os crimes. Eis a literalidade do dispositivo: “Art. 48 – No Juízo dos crimes, cuja accusação não pertence á Camara dos Deputados, accusará o Procurador da Corôa, e Soberania Nacional”. Somente anos depois, com a promulgação do Código de Processo Criminal de 1832, foi que o Ministério Público começou a ser tratado como um órgão defensor da sociedade e titular da ação penal pública, embora a expressão “Ministério Público” tenha sido utilizada pela primeira vez somente em 2 de maio de 1874, no Decreto n. 5.618.

Em 1836, com o Aviso Imperial, os promotores de justiça foram incumbidos de desempenhar atividades com fins sociais, aproximando-se do que é hoje, tais como: visitar prisões uma vez por mês, dar andamento aos processos e diligenciar a soltura dos réus.

Na Constituição de 1891, o Ministério Público foi mencionado no capítulo que tratava da Justiça Federal, referindo-se ao Procurador-Geral da República como chefe do Ministério Público Federal, embora tenha sido ainda uma tímida previsão.

Na Constituição de 1934, o Ministério Público adquiriu verdadeiro *status* constitucional, sendo tratado num capítulo distinto do Poder Judiciário, ao contrário do

que fez a Constituição anterior (1891). Naquela Constituição, o Ministério Público foi inserido na Seção I, Capítulo VI, intitulado “Dos órgãos de cooperação nas atividades governamentais”. Segundo seu artigo 95, o Ministério Público era organizado no âmbito da União, Distrito Federal e Territórios, por lei federal, e nos Estados, por leis locais. No mesmo dispositivo, a Constituição descrevia o meio pelo qual os Procuradores da República eram investidos na carreira, suas atribuições, dando um grande passo para a evolução do Ministério Público como instituição.

Contudo, o desenvolvimento que foi dado ao *parquet* pela Constituição de 1934, foi regredido na Constituição de 1937, na época da ditadura de Getúlio Vargas, quando foi conferido ao órgão um tratamento vago e esparso, desestruturando o Ministério Público como instituição, desconstruindo o que a Constituição anterior tinha lhe atribuído, mencionando apenas que o Procurador-Geral da República era o chefe do Ministério Público e que atuava perante o Supremo Tribunal Federal.

Apesar do retrocesso constitucional, foi neste contexto histórico que o Ministério Público alcançou importantes incumbências processuais por meio das legislações infraconstitucionais. O Código de Processo Civil de 1939 determinava, em diversas situações, a obrigatoriedade da intervenção do Ministério Público na condição de *custos legis*. Aduz Souza:

Nesta fase, o Promotor de Justiça passa a atuar como fiscal da lei, apresentando seu parecer após a manifestação das partes, em defesa do interesse público possivelmente existente em determinados tipos de lides. (SOUZA, 2004, n.p.)

A partir desse momento, o Ministério Público passou a intervir, na seara do Direito Civil, em todos os casos que houvesse interesses considerados indisponíveis, como as relações jurídicas do direito de família e da defesa da propriedade privada. Daí a origem da intervenção do Ministério Público nos processos de usucapião, testamentos, registro e filiação, etc.

No âmbito do Direito Penal, a promulgação do Código de Processo Penal de 1941 materializou a condição de titular da ação penal do Ministério Público, dando-lhe poderes para tanto, como requisitar a instauração de Inquérito Policial, bem como outras diligências que lhe assegurasse a propositura da ação penal.

Passada a “ditadura getulista”, com o advento da Constituição de 1946 e da redemocratização, o Ministério Público retoma seu caráter de instituição constitucional

defensora dos interesses sociais indisponíveis. A instituição veio prevista em capítulo autônomo, tratando exclusivamente sobre a carreira do Ministério Público, tendo sido restabelecidos os princípios da estabilidade e da inamovibilidade, dentre outras garantias que lhe foram tiradas durante a ditadura de 1939 a 1945.

Na Constituição Federal de 1967, a maioria das regras relacionadas ao *parquet* foi repetida da Constituição anterior, com a diferença de que o Ministério Público foi regulamentado dentro do capítulo referente ao Poder Judiciário. Outra inovação trazida pela Constituição de 1967 foi a previsão do concurso público de provas e de provas e títulos para ingresso na carreira, abolindo a influência política na investidura do cargo.

Com a emenda constitucional n.º 1, de 1969, conhecida como Constituição Outorgada de 1969, porque alterou praticamente toda a Constituição de 1967, o Ministério Público tornou-se um órgão vinculado ao Poder Executivo, portanto, sem nenhuma independência funcional, financeira e administrativa. A ditadura militar fez com que o Ministério Público regredisse à condição de mero funcionário administrativo do Estado. A norma que estabelecia a aprovação pelo Senado Federal como requisito para a nomeação do PGR foi revogada, comprovando o quão subordinados estavam os membros do Ministério Público ao Presidente da República.

Com a Carta Cidadã de 1988, o Ministério Público foi reconhecido como guardião dos interesses da sociedade e defensor do Estado Democrático de Direito. Foi regulamento no Capítulo intitulado “Funções Essenciais à Justiça”, totalmente independente dos demais poderes, estabelecendo um sistema de pesos e contrapesos compatível com o atual protótipo da Constituição Federal. Inúmeras garantias institucionais foram-lhe conferidas, bem como poderes para exercer sua função com eficiência. Ademais, foram instituídas importantes vedações a seus membros com o fim de conter eventuais excessos. Neste sentido, aduz Jatahy:

A Constituição da República dotou o Ministério Público de novo perfil em 1988. Conferiu-lhe uma precisa e avançada definição institucional; estabeleceu critérios formais para a escolha e destituição dos Procuradores-Gerais; assegurou autonomia funcional e administrativa à Instituição. Outorgou garantias e impôs vedações aos seus membros. Elencou novas atribuições e estabeleceu regras, tudo para o bom desempenho da **vocação social** que lhe foi competida pelo texto constitucional democrático. Em suma, instituiu o novo Ministério Público. (grifo original) (JATAHY, 2013, p. 32)

O artigo 127 da Constituição é categórico ao definir a instituição e ao estabelecer seus princípios basilares e o meio de ingresso na carreira do Ministério Público. No mesmo dispositivo, a Constituição lhe impõe a incumbência de zelar pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, revelando a imensa importância que tal instituição representa à sociedade.

As normas seguintes (arts. 128 e 129) estruturam o Ministério Público, organizando a instituição internamente, delegando às leis ordinárias e complementares a regulamentação das garantias, vedações e atribuições que lhe são concedidas.

No Brasil, é com a Constituição de 1988 que o Ministério Público torna-se forte, como um órgão estatal voltado para atuar em nome da sociedade, buscando manter a ordem jurídica, “defender os direitos dos cidadãos e os interesses públicos coletivos e assegurar a paz social, perseguindo os delitos que perturbem.” (PAES, 2003 apud JATAHY, 2013)

2.3 Atuação do Ministério Público

O Ministério Público, de acordo com a Constituição Federal de 1988, atua em favor da ordem jurídica, do Estado Democrático e dos interesses individuais e sociais indisponíveis. É uma instituição que não se subordina a nenhum dos poderes da República, o que lhe faz ser um órgão autônomo e imparcial, incumbido de zelar pelo fiel cumprimento da lei e pela efetivação da justiça.

O artigo 129 da Constituição Federal elenca o rol de atribuições do Ministério Público. Tal rol, ressalte-se, é meramente exemplificativo, ou seja, ali estão listadas algumas das atribuições do Ministério Público, já que impossível enumerar todas. Pode, pois, o *Parquet* exercer outras atividades que lhe forem conferidas pela legislação ordinária, além das previstas no artigo 129, desde que compatíveis com o propósito constitucional. É o que se extrai da leitura do inciso IX do referido artigo:

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 mencionada no artigo anterior;
 VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;
 IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas. (grifos nossos)

Uma das mais importantes atribuições conferidas ao Ministério Público no âmbito do direito penal foi, sem dúvida, a titularidade exclusiva da ação penal pública. Nos casos de cometimento de crimes desta natureza, somente o Ministério Público pode promover a ação penal, tendo livre convicção de atuação, isto é, possuindo ampla liberdade para acusar um infrator, pedir sua absolvição, recorrer em sua defesa e até mesmo impetrar *habeas corpus* em seu favor, conforme o caso em concreto. Como o ordenamento jurídico brasileiro não costuma conferir exclusividade absoluta a um órgão para exercer suas funções, o Código Penal previu a ação penal privada subsidiária da pública como forma de estabelecer um limite a essa liberdade de atuação ministerial (Art. 100, §3º, CP).

No âmbito do Direito Penal, a Constituição ainda confere ao Ministério Público a competência para requisitar diligências investigatórias, requisitar a instauração de inquérito policial e exercer o controle externo da atividade policial.

Na seara civil, outras tantas atribuições lhe são conferidas: intervir no processo como fiscal da lei, nos casos em que figuram como parte indígenas, pessoas incapazes ou hipossuficientes; proteger o patrimônio público, o meio ambiente e outros direitos difusos e coletivos por meio da Ação Civil Pública; entre outras.

Todas essas atribuições lhe foram dadas, para que, com isso, o Ministério Público tenha meios para exercitar seu dever constitucional de defender os interesses da sociedade.

3. LEGITIMIDADE DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Diante da vasta competência concedida ao Ministério Público pela Constituição Federal de 1988, torna-se inevitável o surgimento de divergências doutrinárias e

jurisprudenciais a respeito de determinadas atribuições que não estão explícitas no texto constitucional. Uma das maiores discussões gira em torno da possibilidade do Ministério Público, como órgão acusatório, promover investigações criminais na fase pré-processual.

Como dito, o artigo 129 da Constituição estabelece as atribuições do Ministério Público num rol enumerativo, portanto, existindo a possibilidade do órgão exercer outras funções definidas em lei que sejam compatíveis com o sistema constitucional vigente.

A investigação criminal pelo Ministério Público não está expressamente prevista na Constituição, mas diante das atribuições que lhe são conferidas – como a de promover a ação penal pública, não há como negar que a investigação pelo *Parquet* está implicitamente compreendida entre as atribuições do órgão, inclusive como um meio para alcançar a atividade fim que é a propositura da ação penal.

Diante do que propõe a Teoria dos Poderes Implícitos, através da máxima “quem pode o mais, pode o menos” (*qui potest maius, potest et minus*), se o Ministério Público tem a competência para propor a ação penal pública, que é o mais, por que ele não teria a competência para investigar as infrações que dão origem a ação, que é o menos?

A Teoria dos Poderes Implícitos constitui um basilar da hermenêutica, um importante instrumento para a interpretação das normas constitucionais. De acordo com esta teoria, as competências genéricas, que embora não estejam previstas expressamente na Constituição, mas possibilitam o exercício da missão constitucional da norma, são perfeitamente reconhecidas como normas constitucionais.

O Supremo Tribunal Federal já fixou entendimento e que esta teoria é aplicável no direito brasileiro². Segundo a Teoria dos Poderes Implícitos, quando a Constituição Federal concede os fins a determinado órgão, obviamente, lhe dá meios para atingi-los, salvo se proibidos expressamente pela própria Constituição.

Por meio da Teoria dos Poderes Implícitos, a Constituição Federal Brasileira permite que o Ministério Público extraia do poder de promoção da ação penal que lhe foi dado, a possibilidade de conduzir suas próprias investigações criminais.

Ademais, ao conferir ao *Parquet* o encargo de exercer o controle externo da atividade policial, cuja atividade-fim é a investigação criminal, a Constituição, implicitamente, atribuiu ao Ministério Público o poder de realizar diligências

² STF - HC 87610/SC; STF - HC 90099/RS; STF - HC 94173/BA; STF - HC 85419/RJ.

investigatórias para que formule sua *opinio delicti*. Caso contrário, tornar-se-ia letra morta o disposto no art. 129, VII, da Constituição, pois impossível fazer um efetivo controle externo da atividade policial com a limitação de não poder realizar investigações.

3.1 Previsão Legal do Poder Investigativo do Ministério Público

Considerando que a Constituição Federal admitiu a criação de outras atribuições ao Ministério Público, além daquelas descritas em seu artigo 129, inúmeras legislações infraconstitucionais fizeram previsão da investigação criminal pelo órgão ministerial.

Primeiramente, é conveniente mencionar os artigos 7º e 8º da Lei Orgânica do Ministério Público da União (Lei Complementar n.º 75/93), os quais regulamentam o artigo 129, IX, da Constituição Federal:

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” (grifos nossos)

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

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

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

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

IV - **requisitar informações e documentos a entidades privadas;**

V - **realizar inspeções e diligências investigatórias;**

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

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

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

IX - requisitar o auxílio de força policial.(...) (grifos nossos)

O dispositivo citado prevê a possibilidade de o órgão ministerial instaurar outros procedimentos administrativos para efetivar sua função institucional, além do inquérito civil. Para isso, elenca uma ampla descrição de medidas de natureza investigatória para instruí-los, como a expedição de notificação para oitiva de testemunha, a requisição de informações e documentos públicos ou particulares, entre outros.

Tendo em vista que a investigação criminal pelo Ministério Público é um procedimento administrativo no qual o membro do órgão ministerial busca a concretização de uma de suas missões constitucionais, que é a promoção da ação penal pública, conclui-se, portanto, que a investigação pelo *Parquet* é claramente prevista na Lei Orgânica do Ministério Público da União.

Praticamente repetindo o disposto na Lei Complementar n.º 75/93, a Lei n.º 8.625/93, que dispõe sobre as normas gerais para organização e atribuições do Ministério Público no âmbito dos Estados, também materializou o poder investigatório da instituição.

Eis a transcrição do dispositivo que trata a investigação como uma das atribuições do *Parquet*:

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:

a) expedir notificações para colher depoimento 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;

II - requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que oficie;

III - requisitar à autoridade competente a instauração de sindicância ou procedimento administrativo cabível;

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

V - praticar atos administrativos executórios, de caráter preparatório;

VI - dar publicidade dos procedimentos administrativos não disciplinares que instaurar e das medidas adotadas;

VII - sugerir ao Poder competente a edição de normas e a alteração da legislação em vigor, bem como a adoção de medidas propostas, destinadas à prevenção e controle da criminalidade;

As aludidas normas demonstram que o procedimento investigativo do Ministério Público encontra, de forma clara, embasamento legal, tendo o *Parquet* ampla competência para instrumentalizar suas investigações.

Além das legislações referentes à instituição do Ministério Público, outras tantas estão espalhadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, regulamentando a investigação criminal pelo Ministério Público na fase pré-processual.

Antes de adentrar no conteúdo das legislações extravagantes, faz-se necessária a abordagem do artigo 39, §5º, do Código de Processo Penal, cujo preceito diz:

Art. 39. O direito de representação poderá ser exercido, pessoalmente ou por procurador com poderes especiais, mediante declaração, escrita ou oral, feita ao juiz, ao órgão do Ministério Público, ou à autoridade policial.

(...)

§ 5º O órgão do Ministério Público dispensará o inquérito, se com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal, e, neste caso, oferecerá a denúncia no prazo de quinze dias.

Extraí-se da leitura do mencionado artigo, que o inquérito policial é um dos elementos mais comuns para a formação da *opinio delicti* do membro do Ministério Público, porém não é o único. O inquérito Policial é uma peça dispensável, desde que haja outro elemento de informação que supra sua ausência e seja suficiente para formar a justa causa para a propositura da ação penal.

Daí porque inúmeros autores fundamentam a legitimidade da investigação pelo Ministério Público no Código de Processo Penal, pois o procedimento administrativo elaborado pelo órgão ministerial pode ser considerado um elemento de formação de seu convencimento para oferecer a denúncia.

Esse procedimento conduzido pelo membro do órgão ministerial pode ser iniciado com a notícia de um fato delituoso comunicado diretamente ao Ministério Público e instruído com as informações necessárias para embasar a denúncia futuramente proposta pelo órgão (art. 27, do CPP).

Além do Código de Processo Penal, outras espécies normativas também legitimam a investigação criminal pelo Ministério Público. Vejamos.

O Estatuto da Criança do Adolescente (Lei n.º 8.069/90), em seu artigo 201³, inciso II, prevê como uma das competências do órgão ministerial promover e

³ Art. 201. Compete ao Ministério Público: (...) II - promover e acompanhar os procedimentos relativos às infrações atribuídas a adolescentes; (...) VI - instaurar procedimentos administrativos e, para instruí-los: a) expedir notificações para colher depoimentos ou esclarecimentos e, em caso de não

acompanhar os procedimentos relativos às infrações atribuídas aos adolescentes e, em seu inciso VI, fala como instruir tais procedimentos.

De acordo com o aludido dispositivo do ECA, o Promotor de Justiça pode/deve promover investigações com o intuito de elucidar os fatos que envolvam adolescentes como autores de atos infracionais, para com isso, dar início às ações socioeducativas correspondentes.

Também há previsão da investigação pelo Ministério Público no Estatuto do Idoso (Lei n.º 10.741/03), quando, em seu art. 74⁴, incisos V e VI, menciona como atribuição do *Parquet* a instauração de procedimento administrativo e sindicâncias, além de poder requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial.

No âmbito do Direito Eleitoral, o Código respectivo (Art. 356, §2º)⁵, embora não traga expressamente a previsão da investigação criminal pelo Ministério Público, lhe confere atribuição para requisitar, diretamente, às autoridades competentes, os documentos ou outros elementos que julgar necessário para a elucidação dos fatos relacionados aos crimes eleitorais. No mesmo sentido, estatui o artigo 29, *caput*⁶, da lei dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei n.º 7.492/86).

Para complementar a base legal do poder de investigação do *Parquet*, o CNMP expediu a Resolução n.º 13, que define e apresenta as finalidades de tal poder investigativo. Convém citar seu artigo primeiro:

comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela polícia civil ou militar; b) requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades municipais, estaduais e federais, da administração direta ou indireta, bem como promover inspeções e diligências investigatórias; c) requisitar informações e documentos a particulares e instituições privadas;

⁴ Art. 74. Compete ao Ministério Público: (...) V – instaurar procedimento administrativo e, para instruí-lo: a) expedir notificações, colher depoimentos ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado da pessoa notificada, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar; b) requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades municipais, estaduais e federais, da administração direta e indireta, bem como promover inspeções e diligências investigatórias; c) requisitar informações e documentos particulares de instituições privadas; VI – instaurar sindicâncias, requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, para a apuração de ilícitos ou infrações às normas de proteção ao idoso (...)

⁵ Art. 356. Todo cidadão que tiver conhecimento de infração penal dêste Código deverá comunicá-la ao juiz eleitoral da zona onde a mesma se verificou. (...) § 2º **Se o Ministério Público julgar necessários maiores esclarecimentos e documentos complementares ou outros elementos de convicção, deverá requisitá-los diretamente de quaisquer autoridades ou funcionários que possam fornecê-los.**

⁶ Art. 29. O órgão do Ministério Público Federal, sempre que julgar necessário, poderá requisitar, a qualquer autoridade, informação, documento ou diligência, relativa à prova dos crimes previstos nesta lei.

Art. 1º O procedimento investigatório criminal é instrumento de natureza administrativa e inquisitorial, instaurado e presidido pelo membro do Ministério Público com atribuição criminal, e terá como finalidade apurar a ocorrência de infrações penais de natureza pública, servindo como preparação e embasamento para o juízo de propositura, ou não, da respectiva ação penal.

Parágrafo único. O procedimento investigatório criminal não é condição de procedibilidade ou pressuposto processual para o ajuizamento de ação penal e não exclui a possibilidade de formalização de investigação por outros órgãos legitimados da Administração Pública.

A resolução em tela estabelece, ainda, limitações ao poder investigativo do Ministério Público, determinando a observância de prazos para conclusão das diligências investigativas e sempre submetendo os atos praticados pelo membro do órgão ao crivo do Poder Judiciário.

Assim, analisando o ordenamento jurídico brasileiro de maneira sistemática, de acordo com o disposto na Constituição Federal e diante do amplo fundamento que foi dado por diversas legislações infraconstitucionais, vê-se que, de fato, há previsão da investigação criminal pelo Ministério Público.

3.1.1 Projeto de Emenda Constitucional n.º 37 de 2011

Recentemente, foi rejeitado o Projeto de Emenda Constitucional n.º 37 de 2011, de iniciativa do Deputado Lorival Mendes (PTdoB/MA), que tinha como proposta acrescentar um parágrafo ao artigo 144 da Constituição Federal. O referido dispositivo passaria a vigorar com o seguinte texto: “§10. A apuração das infrações penais de que tratam os §§ 1º e 4º deste artigo, incumbem privativamente às polícias federal e civis dos Estados e do Distrito Federal, respectivamente”.

Tal proposta tinha como finalidade dar exclusividade às polícias federal e civil na atividade da investigação criminal, o que retiraria do Ministério Público a possibilidade realizar essa função.

Na justificação do projeto de emenda, o Deputado Lorival Mendes alegou a necessidade da mudança no sistema de segurança nacional, devido à existência de procedimentos informais com finalidade investigativa feitos mediante instrumentos sem forma, sem controle, sem prazo, causando embargões nos processos judiciais no Brasil.

Caso a PEC 37 fosse aprovada, todas as investigações já realizadas pelo Ministério Público tornar-se-iam inconstitucionais. A sociedade brasileira perderia

imensamente com a retirada desses poderes do órgão ministerial, tanto que a famigerada PEC 37 foi alvo de manifestações populares que acabaram influenciando o resultado de sua votação.

Conferir exclusividade da investigação à polícia, órgão ainda precário no que tange a garantias de inamovibilidade e autonomia, seria um retrocesso na democracia brasileira, pois excluiria do órgão competente para assegurar o Estado Democrático de Direito o poder de combater a corrupção e outras diversas formas de criminalidade.

3.2 Críticas à Investigação Criminal pelo Ministério Público

Desde tempos remotos, a investigação criminal pelo Ministério Público não é entendimento pacífico entre os doutrinadores, tampouco entre a jurisprudência dos Tribunais.

No julgamento do RHC 1.326-DF⁷, em 06 de maio de 2003, o Supremo Tribunal Federal rejeitou a possibilidade de o Ministério Público proceder a diligências investigativas, fundamentando-se na ideia de que, historicamente, a investigação criminal na fase pré-processual é atribuição exclusiva da polícia, pois as Emendas Constitucionais (ECs ns. 945, 424, 1.025, 2.905, 20.524, 24.266) que conferiam ao *Parquet* a avocação, supervisão e acompanhamento da investigação criminal, foram todas rejeitadas, retirando-se daí o entendimento de que a intenção do Constituinte Originário foi dar exclusividade à polícia nas investigações criminais.

Os defensores da tese de que a polícia tem exclusividade na investigação criminal, além do aspecto histórico, alegam, ainda, como principal argumento, o disposto no artigo 144, §1º, inciso IV da Constituição Federal, que assim dispõe:

⁷ **EMENTA: 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. INQUIRIRÃO. 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 neste Tribunal ensejaria supressão de instância. Precedentes. 2. INQUIRIRÃO 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. (STF - RHC: 81326 DF, Relator: Min. NELSON JOBIM, Data de Julgamento: 06/05/2003, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 01-08-2003 PP-00142 EMENT VOL-02117-42 PP-08973)

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: (...)

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

IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

Referindo-se ao que dispôs o artigo 144, §1º, inciso IV da Constituição, aduz Calabrich:

O dispositivo em tela foi enfático ao conferir exclusividade, à polícia federal, das funções de *polícia judiciária da União*. Funções de *polícia judiciária da União* não se confundem com a atribuição de *investigar crimes*, para a qual a Constituição não estabeleceu exclusividade. O art. 144 cuida de funções distintas, sendo a exclusividade apenas para a função de *polícia judiciária*. (grifo original) (CALABRICH, 2013, p. 803)

É cediço que a Constituição Federal conferiu à polícia a atribuição principal de promover diligências investigatórias, porém, não deu exclusividade para tanto à autoridade policial.

Convém mencionar a distinção entre os termos “polícia judiciária” e “polícia investigativa”. “Polícia judiciária” diz respeito à polícia em sua atividade de suporte ao poder judiciário, quando este necessita de meios para a consecução de determinados atos, como a manutenção da ordem e segurança nas audiências. Já a expressão “polícia investigativa” faz referência à função tipicamente investigativa da polícia, qual seja, a de apurar infrações penais.

Dito isto, não há outra interpretação a ser dada ao dispositivo em comento senão a de que é exclusiva da polícia federal a função de polícia judiciária da União, ou seja, auxiliar o poder judiciário no âmbito da União na execução de seus atos e decisões. Com isso, afasta-se qualquer afirmação de que a Constituição cominou exclusividade à polícia para a promoção de investigações criminais.

Outro argumento que se impõe contra a legitimidade da investigação criminal pelo Ministério Público é o de que a Constituição Federal não teria conferido esta atribuição ao órgão ministerial.

Conforme explicado anteriormente, a Constituição não conferiu expressamente ao *Parquet* a função de investigar infrações penais, porém, diante das inúmeras importantes atribuições que lhe foram dadas, como a titularidade da ação penal pública,

tem-se que, implicitamente, a Constituição permite que o órgão ministerial promova investigações criminais.

Alegam, ainda, as teses contrárias à investigação ministerial, o cerceamento de defesa, a disparidade de armas entre as partes na relação processual, bem como a falta de imparcialidade do órgão acusador, uma vez que o mesmo órgão atuará na investigação do fato e na promoção da ação penal que dela resulta.

Sabe-se que o Ministério Público, no processo penal, consiste em um dos sujeitos processuais, sendo, portanto, considerado parte num sentido formal, possuindo ônus e faculdades processuais. Daí o questionamento de sua imparcialidade.

A imparcialidade do Ministério Público se compreende no sentido da objetividade, pois, na ação penal pública, o membro do Ministério Público tem como finalidade buscar a punição do verdadeiro culpado pelo cometimento de uma infração penal, respeitando os princípios da legalidade, devido processo legal, contraditório e ampla defesa, e não tem interesse fora do processo contraposto ao interesse do réu.

O Ministério Público, além da qualidade de parte que possui, é o órgão público responsável pela fiscalização do cumprimento da lei. Seu objetivo maior é utilizar-se dos poderes que lhe foram conferidos pela Constituição Federal para atuar em benefício da sociedade e servir ao Estado Democrático de Direito.

Desse modo, ao realizar diligências investigatórias no intuito de elucidar os fatos que são tipificados como infrações penais, o Ministério Público continuará preservando sua imparcialidade objetiva, pois, caso encontre indícios de que o investigado não teve participação no fato, ou que o fato não constitui infração penal, poderá pedir ao magistrado o arquivamento dos elementos de investigação.

Outros dizem que a investigação criminal pelo Ministério Público fere o princípio do devido processo legal, porque realizado de forma indiscriminada, sem fiscalização de um órgão externo. Lopes (2005, p. 20) critica a investigação pelo Ministério Público quando diz: “Assumida a investigação pelo *parquet*, possuirá o órgão ministerial um poder sem controle, permitindo-se a uma das partes a colheita de provas e, posteriormente, o desencadeamento da ação penal ao seu talante.”

Para que a investigação pelo Ministério Público seja legítima, necessário se faz a observância dos preceitos legais sobre o assunto. O membro do *Parquet* pode requisitar, diretamente, informações e/ou documentos em repartições públicas ou privadas, realizar a oitiva de testemunha que contribua para a elucidação dos fatos, entre outras medidas investigativas previstas nas legislações pertinentes. Porém, o membro do Ministério

Público não pode determinar a busca e apreensão de bens ou pessoas, a interceptação telefônica, prisões e outras medidas que estão submetidas às cláusulas de reserva jurisdicional. Ou seja, determinados atos que são imprescindíveis para esclarecer os casos investigados, são aprovados apenas mediante o crivo do poder judiciário. Assim, a chamada cláusula de reserva jurisdicional é um limite à atuação ministerial na investigação criminal na fase pré-processual, portanto, conclui-se que há um controle externo do judiciário na realização a investigação pelo Ministério Público.

4. POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES A RESPEITO DA INVESTIGAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Numa pesquisa feita nos recentes julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, constatou-se que os referidos tribunais têm se posicionado, pacificamente, a favor da legitimidade da investigação pelo Ministério Público, desde que essa investigação respeite as garantias constitucionais asseguradas a qualquer cidadão.

No HC 94173, julgado em 21 de outubro de 2009, de relatoria do Ministro Celso de Mello, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal entendeu que, de acordo com o Código de Processo Penal, o Inquérito Policial não é elemento de informação exclusivo para definir a *opinio delicti* do órgão acusatório, não excluindo, pois, a possibilidade do próprio Ministério Público proceder a diligências investigatórias, requisitando esclarecimentos e outras medidas que julgar indispensáveis para a formação da justa causa para a propositura da ação penal.

Eis o teor da ementa do referido caso:

HABEAS CORPUS” - CRIME DE PECULATO ATRIBUÍDO A CONTROLADORES DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS, DENUNCIADOS NA CONDIÇÃO DE FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS (CP, ART. 327) - ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PATRIMÔNIO PÚBLICO - POSSIBILIDADE DE O MINISTÉRIO PÚBLICO, FUNDADO EM INVESTIGAÇÃO POR ELE PRÓPRIO PROMOVIDA, FORMULAR DENÚNCIA CONTRA REFERIDOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS (CP, ART. 327) - VALIDADE JURÍDICA DESSA ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DO PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, NOTADAMENTE PORQUE OCORRIDA, NO CASO, SUPOSTA LESÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO - MONOPÓLIO CONSTITUCIONAL DA TITULARIDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA PELO “PARQUET” - TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS - CASO “McCULLOCH v. MARYLAND” (1819) -

MAGISTÉRIO DA DOUTRINA (RUI BARBOSA, JOHN MARSHALL, JOÃO BARBALHO, MARCELLO CAETANO, CASTRO NUNES, OSWALDO TRIGUEIRO, v.g.) - OUTORGA, AO MINISTÉRIO PÚBLICO, PELA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, DO PODER DE CONTROLE EXTERNO SOBRE A ATIVIDADE POLICIAL - LIMITAÇÕES DE ORDEM JURÍDICA AO PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – “HABEAS CORPUS” INDEFERIDO. NAS HIPÓTESES DE AÇÃO PENAL PÚBLICA, O INQUÉRITO POLICIAL, QUE CONSTITUI UM DOS DIVERSOS INSTRUMENTOS ESTATAIS DE INVESTIGAÇÃO PENAL, TEM POR DESTINATÁRIO PRECÍPUO O MINISTÉRIO PÚBLICO. (HC 94173, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 27/10/2009, DJe-223 DIVULG 26-11-2009 PUBLIC 27-11-2009 EMENT VOL-02384-02 PP-00336)

No mesmo sentido, dispõe a ementa do julgamento do RE 468523:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ALEGAÇÕES DE PROVA OBTIDA POR MEIO ILÍCITO, FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO DE PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA E EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. PODERES INVESTIGATÓRIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA PARTE, IMPROVIDO. (...) 5. A denúncia pode ser fundamentada em peças de informação obtidas pelo órgão do MPF sem a necessidade do prévio inquérito policial, como já previa o Código de Processo Penal. Não há óbice a que o Ministério Público requirite esclarecimentos ou diligencie diretamente a obtenção da prova de modo a formar seu convencimento a respeito de determinado fato, aperfeiçoando a persecução penal, mormente em casos graves como o presente que envolvem a presença de policiais civis e militares na prática de crimes graves como o tráfico de substância entorpecente e a associação para fins de tráfico. 6. É perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito, ainda que a título excepcional, como é a hipótese do caso em tela. Tal conclusão não significa retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (arts. 129 e 144) de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos supostamente delituosos, mas também a formação da opinio delicti. 7. O art. 129, inciso I, da Constituição Federal, atribui ao parquet a privatividade na promoção da ação penal pública. Do seu turno, o Código de Processo Penal estabelece que o inquérito policial é dispensável, já que o Ministério Público pode embasar seu pedido em peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia. 8. Há princípio basilar da hermenêutica constitucional, a saber, o dos “poderes implícitos”, segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Se a atividade fim - promoção da ação penal pública - foi outorgada ao parquet em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que “peças de informação” embasem a denúncia. 9. Levando em consideração os dados fáticos considerados nos autos, os policiais identificados se associaram a outras pessoas para a perpetração de tais crimes, realizando, entre outras atividades, a de “escolta” de veículos contendo o entorpecente e de “controle” de todo o comércio espúrio no município de Chapecó. 10. Recurso extraordinário parcialmente conhecido, e nesta parte, improvido. (RE 468523, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 01/12/2009, DJe-030 DIVULG 18-02-2010 PUBLIC 19-02-2010 EMENT VOL-02390-03 PP-00580 RT v. 99, n. 895, 2010, p. 536-544 JC v. 36, n. 120, 2010, p. 144-160)

Convém citar ainda a ementa do HC 91661, que fala sobre a possibilidade do Ministério Público colher depoimentos que lhe dê suporte probatório mínimo para a deflagração da ação penal pública:

HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. EXISTÊNCIA DE SUPORTE PROBTATÓRIO MÍNIMO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. POSSIBLIDADE DE INVESTIGAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. DELITOS PRATICADOS POR POLICIAIS. ORDEM DENEGADA. 1. A presente impetração visa o trancamento de ação penal movida em face dos pacientes, sob a alegação de falta de justa causa e de ilicitude da denúncia por estar amparada em depoimentos colhidos pelo ministério público. 2. A denúncia foi lastreada em documentos (termos circunstanciados) e depoimentos de diversas testemunhas, que garantiram suporte probatório mínimo para a deflagração da ação penal em face dos pacientes. (...) 5. É perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito. Tal conclusão não significa retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (arts. 129 e 144) de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos supostamente delituosos, mas também a formação da opinio delicti. 6. O art. 129, inciso I, da Constituição Federal, atribui ao parquet a privatividade na promoção da ação penal pública. Do seu turno, o Código de Processo Penal estabelece que o inquérito policial é dispensável, já que o Ministério Público pode embasar seu pedido em peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia. 7. Ora, é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos "poderes implícitos", segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Se a atividade fim - promoção da ação penal pública - foi outorgada ao parquet em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que "peças de informação" embasem a denúncia. 8. Cabe ressaltar, que, no presente caso, os delitos descritos na denúncia teriam sido praticados por policiais, o que, também, justifica a colheita dos depoimentos das vítimas pelo Ministério Público. 9. Ante o exposto, denego a ordem de habeas corpus. (HC 91661, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 10/03/2009, DJe-064 DIVULG 02-04-2009 PUBLIC 03-04-2009 EMENT VOL-02355-02 PP-00279 RTJ VOL-00211- PP-00324 RMDPPP v. 5, n. 29, 2009, p. 103-109 LEXSTF v. 31, n. 364, 2009, p. 339-347 RMP n. 43, 2012, p. 211-216)

Corroborando com o entendimento do STF, o Superior Tribunal de Justiça, em recente julgado (dia 25 de junho de 2013) também se posicionou a favor da investigação criminal pelo *Parquet*, fundamentando-se na atribuição constitucionalmente conferida ao órgão de promover a persecução penal.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. (...) 4. MINISTÉRIO PÚBLICO. PODERES DE INVESTIGAÇÃO. LEGITIMIDADE. PREVISÃO CONSTITUCIONAL. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. (...) 4. A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça

consolidou o entendimento de que o Ministério Público, por expressa previsão constitucional, possui a prerrogativa de instaurar procedimento administrativo e conduzir diligências investigatórias, podendo requisitar documentos e informações que entender necessários ao exercício de suas atribuições. A atuação do Ministério Público, no contexto da investigação penal, longe de comprometer ou de reduzir as atribuições de índole funcional das autoridades policiais, representa, na realidade, o exercício concreto de uma atividade típica de cooperação, que, em última análise - mediante a requisição de elementos informativos e acompanhamento de diligências investigatórias, além de outras medidas de colaboração -, promove a convergência de dois importantes órgãos estatais incumbidos, ambos, da persecução penal e da concernente apuração da verdade real. (STJ - RHC: 37798 MG 2013/0149534-3, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 25/06/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/07/2013)

Convém mencionar outro julgado do STJ, cujo teor explica claramente a legitimidade do órgão ministerial na condução de procedimento criminal investigativo:

HOMICÍDIO QUALIFICADO. ILEGALIDADE DAS PROVAS UTILIZADAS PARA EMBASAR A DENÚNCIA. ELEMENTOS DE CONVICÇÃO COLHIDOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO. ATUAÇÃO DE ACORDO COM AS ATRIBUIÇÕES INCUMBIDAS LEGAL E CONSTITUCIONALMENTE AO PARQUET. ILEGALIDADE. INOCORRÊNCIA. 1. De acordo com entendimento consolidado em ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, amparado na jurisprudência do Pretório Excelso, ainda que não se permita ao Ministério Público a condução do inquérito policial propriamente dito, e tendo em vista o caráter meramente informativo de tal peça, não há vedação legal para que o parquet proceda a investigações e colheita de provas para a formação da opinio delicti. 2. Assim, inexistente qualquer ilegalidade nas provas que embasaram o oferecimento de denúncia contra o paciente, as quais, consoante a documentação anexada ao writ, foram colhidas em procedimento investigatório iniciado pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, diante inércia da autoridade policial em proceder às requisições formuladas pelo parquet, que não se convenceu da conclusão do inquérito policial no sentido de que a vítima teria cometido suicídio (STJ - HC: 210030 MG 2011/0138095-9, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 14/05/2013, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/05/2013)

Desde o ano de 2009, os Tribunais Superiores têm entendimento pacífico no sentido da constitucionalidade da investigação criminal pelo Ministério Público através de procedimento administrativo conduzido pelo próprio órgão ministerial. Tal procedimento deve ser diverso do inquérito policial, pois este, diante de previsão expressa na recente lei de n.º 12.830/13, é de condução exclusiva da polícia, como a própria nomenclatura sugere.

Extraí-se dos referidos julgados que, recentemente, o STF e o STJ têm proferido decisões em consonância com a Constituição e demais legislações que tratam da

possibilidade da investigação pelo Ministério Público, o que lhes fazem ser coerentes com o papel que exercem na sociedade, qual seja, interpretar a Constituição e as leis de forma que melhor concretize os preceitos constitucionais.

5. CONCLUSÃO

A polêmica em torno da possibilidade do Ministério Público promover investigações criminais iniciou-se em 2003, quando a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal entendeu que a realização de diligências investigatórias no âmbito do Direito Penal era função exclusiva da polícia judiciária. Daí em diante a jurisprudência pátria passou a divergir fortemente sobre o assunto, surgindo, inclusive, um projeto de emenda à constituição que trazia como proposta a exclusividade da polícia na investigação criminal.

Entretanto, no decorrer dos anos, os tribunais superiores firmaram entendimento pacífico no sentido de que é legítima a investigação pelo Ministério Público, desde que sejam respeitados os preceitos constitucionais, tais como, o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório. Alguns doutrinadores, contudo, ainda rejeitam a possibilidade de investigação pelo Ministério Público, fundamentando-se na ideia de que não há previsão legal para o órgão ministerial realizar investigação, e esta seria feita de forma arbitrária, sem controle, ferindo o princípio da ampla defesa e do sistema acusatório. Para eles, a Constituição Federal conferiu exclusividade à polícia para promover investigações criminais.

A Constituição Federal de 1988 atribuiu ao Ministério Público tarefas de suma relevância para a manutenção do Estado Democrático de Direito, conferindo-lhe, para tanto, autonomia administrativa e garantias que o tornaram um órgão imparcial e independente em relação aos poderes da República. Ao *Parquet* foi conferida a função de ser o guardião da ordem jurídica e dos direitos individuais e sociais indisponíveis.

Ao analisar a discussão sobre a legitimidade, ou não, da investigação criminal pelo Ministério Público, constatamos que o Constituinte Originário outorgou, implicitamente, ao órgão ministerial a possibilidade de instaurar procedimento administrativo a fim de elucidar os fatos que são tipificados como infração penal. Pois, diante da competência atribuída ao Ministério Público para promover, privativamente, a ação penal pública, bem como a de exercer o controle externo da polícia, levando em

consideração a interpretação que deve ser dada à Constituição sob a óptica do que propõe a Teoria dos Poderes Implícitos, a Carta Maior permitiu, implicitamente, que o órgão realizasse investigações criminais na fase pré-processual.

ABSTRACT

There is a big discussion in the Brazilian doctrine surrounding the possibility of the Public Prosecutor conduct criminal investigations on extrajudicial phase. Such a stir began because of jurisprudential disagreement on the issue in the context of the Superior Courts, when decisions were made to the effect that the Federal Constitution would not have given powers to Prosecutors to promote such research. Given this fact, we will pause to examine the possibility of ministerial organ could commence an administrative proceeding, in order to obtain information elements essential to the filing criminal public, through a systematic interpretation of the Federal Constitution and of the laws under the Constitution. To this, this research aims to examine the evolution of the Prosecution history and purpose that the Brazilian Constitutions, over the years, gave to this organ; analyze the Implicit Theory of Power and the way the 1988 Constitution, implicitly, gave this Parquet and assignment to submit legislation to make provision for the possibility of investigation by Prosecutors and the main criticisms of those who reject this argument, as well as the positioning of the High Courts on the subject. The methodology will be the nature of literature and will as a theoretical doctrine de Souza (2004), Mazzilli (2007), Jatahy (2013), Calabrich (2013) and Lopes (2005). According to the theories studied and presented, we find that the criminal investigation by Prosecutors is compatible with the existing constitutional system.

KEYWORDS: Public Prosecutors. Criminal investigation. Legitimacy.

6. REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Emenda à Constituição. 2011. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=969478&filename=PEC+37/2011> Acesso em: 10 agosto 2013.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução N.º 13. 2006. Disponível em: < http://2ccr.pgr.mpf.mp.br/legislacao/recomendacoes/docs-resolucoes/resolucao_13_instauracao_e_tramitacao_do_procedimento_investigatorio_criminal.pdf> Acesso em: 21 julho 2013.

BRASIL. Presidência da República. Constituição Federal. 1988. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 21
 julho 2013.

_____. Código de Processo Penal. 1941. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm> Acesso em: 21 julho
 2013.

_____. Código Eleitoral. 1965. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4737.htm> Acesso em: 21 julho 2013.

_____. Código Penal. 1940. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm> Acesso em: 21 julho
 2013.

_____. Constituição Federal. 1924. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm> Acesso
 em: 21 julho 2013.

_____. Define os crimes contra o Sistema Financeiro. 1986. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l7492.htm> Acesso em: 21 julho 2013.

_____. Estatuto da Criança e do Adolescente. 1990. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm> Acesso em: 21 julho 2013.

_____. Estatuto do Idoso. 2003. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm> Acesso em: 21 julho 2013.

_____. Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. 1993. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm> Acesso em: 21 julho 2013.

_____. Lei Orgânica do Ministério Público da União. 1993. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm> Acesso em: 21 julho 2013.

CALABRICH, Bruno. Investigação Criminal pelo Ministério Público: uma renitente e
 brasileira polêmica. In: **Temas Atuais do Ministério Público**. FARIAS, C. C. de;
 ALVES, L. B. M; ROSENVELT, N. (Orgs.). 4. ed. rev., ampl. e atual.- Salvador:
 JusPodivm, 2013. p. 793-830.

JATAHY, Carlos Roberto de Castro. 20 anos de Constituição: o novo Ministério
 Público e suas perspectivas no Estado Democrático de Direito. In: **Temas Atuais do
 Ministério Público**. FARIAS, C. C. de; ALVES, L. B. M; ROSENVELT, N. (Orgs.). 4.
 ed. rev., ampl. e atual.- Salvador: JusPodivm, 2013. p. 27-43.

LENZA, Pedro. Funções Essenciais à Justiça. In: **Direito Constitucional Esquemático**. 15. ed. rev., atual. e ampl.- São Paulo: Saraiva, 2011. p. 751-857.

LOPES, Fábio Motta. **O Ministério Público na Investigação Criminal**. Disponível em: <<http://www.adepolrj.com.br/adepol/Admin/Noticias/ImagensNoticias/c8fceb52-2473-4776.pdf>> Acesso em: 28 maio 2013.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Origens do Ministério Público. In: **Regime Jurídico do Ministério Público**. 6. ed. rev., ampl. e atual.- São Paulo: Saraiva, 2007. p. 35-44.

SOUZA, Victor Roberto Corrêa de. **Ministério Público: aspectos históricos**. Disponível em: <<http://www.prpe.mpf.mp.br/internet/Legislacao-e-Revista-Eletronica/Revista-Eletronica/2007-ano-5/Ministerio-Publico-aspectos-historicos>> Acesso em: 17 julho 2013.