



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS I
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
CURSO DE DIREITO**

EMANUEL HENRIQUES DO NASCIMENTO

**INCONSTITUCIONALIDADE DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PRESIDIDA PELO
MINISTÉRIO PÚBLICO**

Campina Grande
2016

EMANUEL HENRIQUES DO NASCIMENTO

**INCONSTITUCIONALIDADE DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PRESIDIDA PELO
MINISTÉRIO PÚBLICO**

Trabalho de Conclusão do Curso de Direito da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito para obtenção do título de bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Penal

Orientador: Prof. Dr. Luciano do Nascimento Silva.

**CAMPINA GRANDE
2016**

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

N244i Nascimento, Emanuel Henriques do
Inconstitucionalidade da investigação criminal presidida pelo
Ministério Público [manuscrito] / Emanuel Henriques do
Nascimento. - 2016.
53 p.

Digitado.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) -
Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas,
2016.
"Orientação: Prof. Dr. Luciano do Nascimento Silva,
Departamento de Direito Público".

1. Direito Penal. 2. Direito Constitucional. 3. Polícia
Judiciária. 4. Investigação Criminal. 5. Inconstitucionalidade. I.
Título. 21. ed. CDD 345

EMANUEL HENRIQUES DO NASCIMENTO

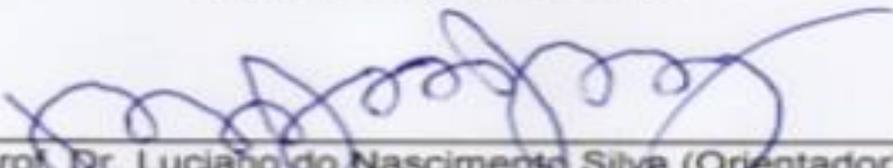
INCONSTITUCIONALIDADE DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PRESIDIDA PELO
MINISTÉRIO PÚBLICO

Trabalho de Conclusão de Curso de Direito
da Universidade Estadual da Paraíba,
como requisito para obtenção do título de
bacharel em Direito.

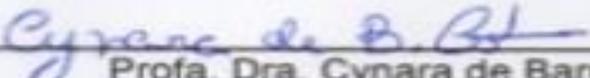
Área de concentração: Direito Penal

Aprovada em: 28/09/2016

BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Luciano do Nascimento Silva (Orientador)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Profa. Dra. Cynara de Barros Costa
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Dr. Rodrigo Costa Ferreira
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

Ao meu Deus, início e fim de tudo. Aos meus pais, Dona Dorinha e Seu Pedro, por todas as renúncias que fizeram e calos nas mãos que enrijeceram, para que eu recebesse a melhor herança: educação.

AGRADECIMENTOS

Não posso deixar de afirmar que este trabalho é fruto de diversas pessoas e não só de uma. Nestas poucas palavras quero agradecer a todos que fizeram este sonho se tornar realidade. Primeiramente, agradeço a todos os professores e funcionários do CCJ, cada um deixou um aprendizado e preparou com muito carinho meu caminho profissional, especialmente agradeço aos professores Luciano Nascimento, Cynara de Barros Costa e Rodrigo Costa Ferreira por serem os maiores colaboradores deste trabalho.

Abro um parágrafo também para agradecer a duas pessoas que me inspiram e nunca me deixam desistir, os amigos que a universidade me deu, Alysson Cândido e Daniel Figueiredo. Que o sucesso que eu persigo venha em dobro para eles.

Por fim, agradeço ao melhor pedaço de terra que se poder ter nesse mundo, minha família, pedaço de terra que levo em meu coração onde quer eu ande. Especialmente a minha saudosa avó, Dona Severina, pelo aprendizado que recebi de quem só ensina por quem enfrentou a vida de cabeça erguida. A minha segunda avó, Dona Maria, que apesar de não ter estudos, foi a arquiteta e investidora de todos os meus sonhos profissionais, desde a infância até minha vida adulta. Aos meus maiores espelhos, Edilson e Edson, que me protegeram e me protegem até hoje ao menor sinal de perigo. A Valéria, melhor namorada de todas, porque ela foi enviada por Deus para ser minha luz nas horas mais escuras. E por fim, ao recém-chegado e já muito amado, Kauê, que ele seja o príncipe de nossas vidas

RESUMO

O presente trabalho visa defender a inconstitucionalidade da investigação criminal ministerial. Existe uma farta doutrina que advoga a tese tanto da constitucionalidade da investigação criminal presidida pelo Ministério Público quanto àqueles que defendem sua inconstitucionalidade. Adotamos a segunda corrente, tendo por base diversos argumentos como a defesa do sistema acusatório no ordenamento jurídico brasileiro. Além do mais, a Constituição Federal em seu artigo 144 § 1º inciso IV, atribuiu a polícia judiciária a atribuição exclusiva de investigar, fazendo uma interpretação teleológica, a norma constitucional quer justamente garantir que o cidadão seja investigado por um órgão imparcial, que lhe promova o direito da presunção de inocência e principalmente que não lhe investigue e depois como um órgão portador de “superpoder” lhe acuse no mesmo processo, ferindo por sua vez o princípio da paridade de armas.

PALAVRAS-CHAVE: *Ministério Público. Polícia Judiciária. Investigação Criminal. Inconstitucionalidade.*

ABSTRACT

This work aims to defend the constitutionality of ministerial criminal investigation. There is a rich doctrine which advocates the thesis of both criminal constitutionality chaired by prosecutors as those who defend their unconstitutionality. We adopt the second stream, based on several arguments such as the defense of the adversarial system in the Brazilian legal system. Moreover, the Federal Constitution, article 144 § 1 item IV, gave the judicial police the exclusive assignment to investigate, making a teleological interpretation, the constitutional norm or just ensure that citizens be investigated by an impartial body that you promotes the right of presumption of innocence and especially not investigate, then as a carrier body of "superpower" impeach him in the same process, injuring turn the principle of arms parity.

KEYWORDS: *Public Ministry. Judiciary Police. Criminal investigation. Unconstitutionality.*

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. Ministério Público Português, sua chegada e evolução no Brasil	11
2.1 Evolução do Ministério Público no Brasil.....	13
3. Sistemas Processuais	20
3.1 Sistema Inquisitivo.....	20
3.1.1 Características do Sistema Inquisitivo.....	22
3.2. Sistema Acusatório.....	23
3.3. Sistema Misto.....	26
3.4. Sistema Processual Penal Brasileiro.....	27
4. Atribuições da polícia judiciária na Constituição Federal de 1988	30
5. Investigação criminal conduzida pelo Delegado de polícia – lei 12.830/13	36
5.1. Natureza Jurídica das funções de polícia judiciária.....	36
5.2. Discricionariedade na condução do Inquérito Policial.....	37
5.3. Indiciamento pela lei 12.830/13.....	38
5.4. Tratamento protocolar dispensado ao Delegado de Polícia.....	39
6. Da Inconstitucionalidade da Investigação Criminal realizada pelo Ministério Público	40
6.1. Paridade de Armas.....	40
6.2. Promotor investigador e a CF/88.....	42
6.3. Exclusividade investigativa da polícia judiciária e teoria dos poderes implícitos.....	44
6.4. Da ausência de instrumento idôneo para investigação presidida pelo Ministério Público.....	48
Considerações Finais	50
Referências	52

INTRODUÇÃO

O Ministério Público, no atual sistema jurídico brasileiro, alcançou o título legítimo de defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme expressamente previsto na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 127.

A pedra de toque para a devida compreensão sobre nossa tese, perpassa pelo estudo dos sistemas processuais inquisitivo, misto ou francês e aquele que é adotado pelo nosso ordenamento jurídico, sistema acusatório. Veremos que para esse sistema, o processo é composto por pessoas que exercem separadamente e intimamente a função de defender, de acusar e julgar. Deste sistema decorre princípios essenciais a função judicante do Estado Brasileiro, como é o caso do princípio do juiz natural (art. 5º, XXXVII da CF), princípio do promotor natural (art. 127 da CF) e princípio da ampla defesa (art. 5º, LV).

A investigação é “o conjunto de atividades e diligências tomadas com o objetivo de esclarecer fatos ou situações de direito” (HOUAISS, 2001). Não podemos esquecer que também é assegurado direitos fundamentais na investigação criminal, como direito a uma investigação imparcial feita por um órgão Imparcial. Para isso ser feito, é necessário também aplicar o sistema acusatório à fase investigatória. Logo, é necessário criar um órgão isento, distante de qualquer influência *extra investigatória*. A imparcialidade de um órgão investigador é fundamental para nos distanciarmos do sistema inquisitivo puro, no qual, o mesmo órgão que investiga, que busca as provas, é o mesmo órgão que julga. O sistema inquisitivo é inadmissível para o processo moderno, que é fundamentado pelas garantias e direitos individuais do investigado ou acusado.

Para manter os direitos do investigado, é imprescindível a figura da polícia judiciária no sistema jurídico brasileiro. A polícia judiciária e o inquérito policial é, além de tudo, uma garantia ao cidadão brasileiro, pois assegura ao cidadão não ser investigado por um órgão parcial, que além de investigar também é seu acusador na fase processual.

Por todo o exposto, é imprescindível que o sistema jurídico brasileiro e os tribunais superiores, respeitem o artigo 144 da Constituição Federal, e garanta à polícia judiciária a exclusividade na investigação criminal, já que não acreditamos que

o ministério público sendo parte, na relação processual penal, seja uma parte imparcial.

O método utilizado para a defesa da tese, de que é inconstitucional a investigação criminal presidida pelo Ministério Público, se baseia precipuamente na leitura e pesquisa da doutrina relacionada ao presente tema, existente no âmbito do Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito Constitucional. Bem como a pesquisa sobre a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal que se evidenciam em meio a diversos casos concretos já julgados por estes respectivos Tribunais.

1. MINISTÉRIO PÚBLICO PORTUGUÊS, SUA CHEGADA E EVOLUÇÃO NO BRASIL

As origens do Ministério Público como conhecemos adveio dos procuradores do rei na França, e o Ministério Público brasileiro desenvolve-se efetivamente a partir dos procuradores do rei no Direito lusitano (MAZZILLI, 2005). Para a maioria da doutrina portuguesa, o Ministério público lusitano somente surge como instituição organizada a partir do século XIV (SAUWEN FILHO, 1995). É de grande importância entender um pouco das características do Ministério Público português, pois este transmite certas características peculiares ao Ministério Público brasileiro, decorrentes do processo histórico de constituição do Estado nacional português que merecem ser esboçadas, para se chegar ao conhecimento da formação da Instituição no Brasil.

O surgimento do Ministério Público em Portugal, com razoável organização e permanência, remonta ao século XIV. Com Afonso III surge o cargo de procurador do rei com características de estabilidade, o ministério público percorreu um longo caminho até 1832 para poder ganhar contornos definitivos, isso se deu através do Decreto nº 24, de 16 de maio. Outro ponto de bastante importância ocorre em 1835, neste ano é publicado um decreto-lei onde se esclarece um conjunto de normas de procedimento “em que se inclui o dever da unidade”. Mais uma vez, no em maio de 1841, Portugal inova com sua Reforma Judiciária, afirma-se a responsabilidade dos magistrados e as atribuições do Ministério Público referentes à promoção da legalidade pela defesa da independência dos tribunais, pelo exercício da ação penal. Com isso, as atribuições do Ministério Público abrangem: conflitos de jurisdição e competência; reforma de autos; justificação de heranças ultramarinas; habilitações e justificações para a sucessão de bens da coroa; mercês em recompensa de serviços feitos ao Estado; expropriações; confirmação de sentenças estrangeiras; custas; ações sobre o Estado de pessoas e tutelas e por fim, intervir relativamente a pessoas a que o Estado deva proteção e o exercício de funções de vigilância relativamente a estabelecimentos prisionais.

Já no século XX, as atribuições do Ministério Público se estabilizam, em 1927, com a publicação dos estatutos judiciários. A maior inovação desses estatutos foi a criação do Conselho Superior do Ministério Público.

Segundo Cunha Rodrigues (1999b: 61-62):

“Esta reforma representa a primeira iniciativa codificadora deste século relativamente a todo o sistema judicial. Agrupou no mesmo texto as matérias relativas à organização judicial do território, ao estatuto das secretarias e estatuto do pessoal, ao mandato judicial, incluindo a organização da Ordem dos Advogados, ao estatuto dos solicitadores e à assistência judiciária. Trata-se de um verdadeiro código judiciário, a cujo modelo obedeceram aos Estatutos posteriores”.

O Estatuto Judiciário Português é de extrema importância para o judiciário Brasileiro. Neste Estatuto foi evidenciado a importância das garantias para os magistrados, principalmente na relação com a magistratura judicial, para a definição dos princípios de independência, responsabilidade e inamovibilidade. Esse mesmo Estatuto define o Ministério Público como “representante do Estado e da sociedade fiscal no cumprimento da lei”. Já, quanto ao chefe do Ministério Público (Procurador-Geral da República) continua a prestar declarações ou compromisso de honra perante o Ministro da Justiça, mas toma posse perante o Presidente do Supremo Tribunal de Justiça. Apesar de todas dessas grandes mudanças, ainda não se via uma nítida diferença entre as magistraturas judicial e o Ministério Público.

Após a revolução de 25 de Abril de 1974 e a Constituição da República do novo regime democrático de 2 de Abril de 1976, foi consagrado os tribunais como órgãos de soberania, dando-se independência do seu funcionamento como um dos princípios básicos do sistema judicial português. A constituição de 1976 veio atribuir-lhe um Capítulo do Título respeitante aos Tribunais. Neste, a definição das funções, a hierarquização da magistratura e a garantia de inamovibilidade, bem como a atribuição conferida, como órgão superior do Ministério Público, à Procuradoria-Geral da República tem um especial destaque. Assim o Ministério Público é definido constitucionalmente como uma das “componentes pessoais dos tribunais” (Canotilho e Moreira, 1985). Apesar disso, o Ministério Público só ganhou estatuto próprio e autonomia funcional com a revisão constitucional de 1992.

A constituição Portuguesa limita-se, na definição do Estatuto do Ministério Público, a proclamar que este “goza de estatuto próprio, porém não o define explicitamente, tendo ficado a ideia de que o Ministério Público corresponde a uma

magistratura que estava na tradição secular do país e não tinha sido questionado. Por outro lado, estabelece que “os agentes do Ministério Público são magistrados responsáveis, hierarquicamente subordinados e não podem ser transferidos, suspensos, aposentados ou demitidos senão nos casos previstos na lei”, atribuindo ainda à Procuradoria-Geral da República a “nomeação, colocação, transferência e promoção dos agentes do Ministério Público e o exercício da ação disciplinar” (art. 220.º). Por este dispositivo normativo, podemos então afirmar, que o novo regime constitucional forneceu apenas uma diretiva para a estruturação das duas magistraturas como carreiras separadas.

Com base nessa pequena análise histórica do Ministério Público Português, podemos visualizar a influência que este órgão lusitano entregou como herança para o Ministério Público Brasileiro. Como mais importantes contribuições temos a separação entre as atribuições dos juízes e promotores (magistrados) e as importantes garantias atribuídas aos membros do Ministério Público para que possam exercer suas funções com imparcialidade.

1.1 Evolução do Ministério Público no Brasil

Em 1387, o Rei Don Juan I, responsável por criar a instituição do Ministério Público em Portugal, cria ‘El Ministerio Fiscal’, que guarda certa semelhança com o Ministério Público atual. Quanto à compilação de leis iniciada por Dom João I, no século XIV, Almeida informa que somente é concluída em 1446, sob o reinado de Afonso V, justificando a designação recebida: Ordenações Afonsinas. Estas constituem “o mais antigo código de leis portuguesas”, e aceitam – subsidiariamente – o direito romano, salvo onde houver pecado, caso em que se deveria preferir o canônico (MORAES, 2001).

Sobre o Ministério Público no contexto das Ordenações Afonsinas, nos valem da transcrição das palavras de (SAUWEN FILHO, 1995):

“Tendo se evidenciado no reino a necessidade se estabelecer uma instituição que apoiasse os vassallos que reclamassem justiça e ainda que defendessem o interesse geral, surgiu a figura do Procurador da Justiça, regulada no Título VII do Livro I das Ordenações Afonsinas, publicadas entre 1446 e 1447, onde constavam os deveres do ofício

nestes termos: “E veja e procure bem todos os feitos da justiça e das Viúvas e dos Órfãos e Miseráveis Pessoas, que a nossa Corte vierem”.

Em 1521, adveio as Ordenações Manuelinas, mesmo trazendo tímidas emendas às primeiras Ordenações, estas não passam a vigor no Brasil. Uma das emendas mais inovadoras está a que estabelecem que “as obrigações relativas aos ofícios dos Procuradores de Feitos do Rei e o Promotor da Justiça da Casa de Suplicação e dos Promotores da Justiça da Casa Civil, compendiadas que foram nos Títulos XI e XII do Livro I daquele ordenamento” (SAUWEN FILHO, 1995).

Nas Ordenações Manuelinas, segundo Macedo Júnior, o Promotor de Justiça possui atribuições de custos legis e de acusação criminal. Atribuições essas confirmadas pelas Ordenações Filipinas, de 1603, em que os Promotores de Justiça passam a atuar junto às Casas de Suplicação, com a função de “fiscalização da lei e da Justiça e no direito de promover a acusação criminal” (MACEDO JÚNIOR, 2006).

Na vigência das Ordenações Manuelinas, a estrutura judiciária era bem simplificada, existia apenas a justiça de primeira instância, representada pelas casas de suplicação. Em 1609, a instituição do Tribunal da Relação da Bahia dá à Colônia a justiça de segundo grau. Nela figuram juntamente com mais dez desembargadores o Promotor de Justiça e o Procurador dos Feitos e da Coroa. Outra importante inovação ocorreu em 1751, a criação do Tribunal da Relação da Cidade do Rio de Janeiro, responsável por julgar os recursos providos do Tribunal da Relação da Bahia, separa os cargos de Promotor de Justiça e de Procurador dos Feitos e da Coroa que passam a ser exercidos por titulares diferentes. É “o primeiro passo para a separação total das funções de Procuradoria da República (que defende o Estado e o Fisco) e o Ministério Público, somente tornada definitiva com a Constituição Federal de 1988” (MACEDO JÚNIOR, 2006).

Existem duas fases bem distintas e delineadas do sistema jurídico brasileiro (GUSMÃO, 2012). A primeira é o período colonial (1500-1822) e tem seu fim com a proclamação da independência do Brasil, e a segunda fase inicia-se com o império no Brasil (1822-1889).

A primeira Constituição do Brasil esqueceu de dispor expressamente do Ministério Público, destinando ao Procurador da Coroa e Soberania Nacional a tarefa de acusar nos juízos de crimes comuns. O artigo 48, incluído no capítulo referente ao

Senado, no Título IV 'Do Poder Legislativo', menciona o seguinte: "No Juízo dos crimes, cuja accusação não pertence á Camara dos Deputados, accusará o Procurador da Corôa, e Soberania Nacional".

Somente em 1832 o Ministério Público veio ter tratamento sistemático, não pela Constituição Federal, mas pelo código de processo penal.

Sauwen Filho, transcreve os artigos 22 e 23 da Lei nº 261 de 3 de dezembro de 1841, que reforma o Código de Processo Criminal de 1832, dedicando "todo um capítulo à Instituição, sob a rubrica Dos Promotores Públicos" (SAUWEN FILHO, 1995):

CAPÍTULO III

Dos Promotores Públicos

Art. 22 – Os Promotores Públicos serão nomeados e demitidos pelo Imperador, ou pelos Presidentes das províncias, preferindo sempre os Bacharéis formados, que forem idôneos, e servirão pelo tempo que convier. Na falta ou impedimento serão nomeados interinamente pelos Juizes de Direito.

Art. 23 - Haverá, pelo menos em cada Comarca um Promotor, que acompanhará o Juiz de Direito; quando, as circunstâncias exigirem, poderão ser nomeados mais de um. Os Promotores vencerão o ordenado que lhes for arbitrado, o qual, na Corte, será um conto e duzentos mil réis por ano, além de três mil e duzentos réis por cada sustentação do Jury, e dois mil e quatrocentos réis por arrazoados escriptos.

Analisando os artigos transcritos, notamos que o Ministério Público ainda se encontra subordinado ao imperador ou dos presidentes das províncias, pois que seus membros são ainda nomeados ou demitidos à discricionariedade dos chefes do Poder Executivo, ao mesmo tempo em que ficam subordinados ao Poder Judiciário, quando nomeados interinamente pelos Juizes de Direito. Fato importante é a disposição para que um Promotor sempre acompanhe um Juiz de Direito, e determinação de que em todas as Comarcas do reino haja representantes do Ministério Público.

O Ministério Público, neste momento, tem um papel de estrito coadjuvante ao lado do ator principal, que eram os juizes e os presidentes das províncias. Os promotores exerciam simples função auxiliar a justiça.

O Ministério Público foi contemplado com uma grande função com a Lei do Ventre Livre, esta lei trouxe para a figura do Promotor de Justiça a função de protetor do fraco e indefeso ao estabelecer que a ele cabe zelar para que os filhos de mulheres escravas sejam devidamente registrados.

Com a proclamação da República o Ministério Público ganhou um Patrono, este era o então Ministro da Justiça Campos Salles, ele elabora Decreto nº 848 de 1890 acerca da estrutura da Justiça Federal e do Ministério Público, sendo – por essa razão - considerado patrono do Ministério Público. Segue abaixo a exposição de motivos:

“O Ministério Público, instituição necessária em toda a organização democrática e imposta pelas boas normas da justiça, está representado nas duas esferas da Justiça Federal. Depois do Procurador Geral da República vêm os Procuradores seccionais, isto é, um em cada Estado. Compete-lhe em geral velar pela execução das leis, decretos e regulamentos que devem ser aplicados pela Justiça Federal e promover a ação penal pública onde ela couber. A sua independência foi devidamente resguardada. ”

Com a nova Constituição de 1891, o Ministério Público não avançou muito, mais uma vez não foi tratado expressamente pelo texto constitucional. A única e sutil inovação da nova constituição foi colocar o Procurador Geral da República dentro da parte destinada ao Poder Judiciário. Consta no artigo 58, parágrafo 2º do referido diploma: “O Presidente da República designará, dentre os membros do Supremo Tribunal Federal, o Procurador-Geral da República, cujas atribuições se definirão em lei”.

Com a república brasileira, diversas codificações surgiram trazendo diversas atribuições ao *Parquet*” (MACEDO JÚNIOR, 2006):

O Código Civil de 1917 deu ao Ministério Público atribuições até hoje vigentes como a curadoria de fundações (art. 26), legitimidade para propor ação de nulidade de casamento (art. 208, § único, II), defesa dos interesses dos menores (art.394, caput), legitimidade para propor ação de interdição (art.447, III) e a de promover a nomeação de curador de ausente dentre outras. O Código de Processo Civil de 1939 estabeleceu a obrigatoriedade da intervenção do Ministério Público em diversas situações, especialmente na condição de “custos legis”. Nesta fase, o Promotor de Justiça passa a atuar como fiscal da lei

“custos legis”) apresentando seu parecer após a manifestação das partes. A sua intervenção visava proteger basicamente os valores e interesses sociais então considerados indisponíveis ou mais importantes.

Destacamos a importância da constituição de 1934 para o Ministério Público. A então constituição de 1934, trouxe a existência não de um único Ministério Público, mas do Ministério Público da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios (art. 95). O Procurador Geral da República é o chefe do Ministério Público Federal, cargo nomeado pelo Presidente da República mediante aprovação do Senado Federal (Art. 95, §1º). Os chefes do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios são nomeados pelo Presidente da República, escolhido dentre eleitores alistados acima de 30 anos de idade e com reputação ilibada, os vencimentos equiparam-se aos dos desembargadores (Art. 95, § 2º). O Ministério Público nesta Constituição de 1934 está inserido no Capítulo VI ‘Dos Órgãos de Cooperação nas Atividades Governamentais’, no Título I ‘Da Organização Federal’.

A constituição seguinte, outorgada pelo Estado novo de Getúlio Vargas em 1937, para o Ministério Público foi de pouca relevância. Mas apesar disso, trouxe importante regra que foi seguida pelas constituições posteriores, essa regra é conhecida como “quinto constitucional”. Artigo 105 da Constituição de 1937: “Na composição dos Tribunais superiores, um quinto dos lugares será preenchido por advogados ou membros do Ministério Público, de notório merecimento e reputação ilibada, organizando o Tribunal de Apelação uma lista tríplice”.

Para contrapor a constituição de 1937, a constituição de 1946 teve uma grande importância, não só para o Ministério Público, mas para toda a administração em geral. 1946 estipula título especial ao Ministério Público, posicionando-o independentemente dos outros Poderes do Estado. “Importante previsão era a do artigo 127, que proclamava três importantes regras: concurso público, estabilidade e inamovibilidade” (MORAES, 2001).

A Constituição de 1967, para o Ministério Público solidificou um pouco mais a autonomia que já vinha sendo conquistada nas últimas cartas constitucionais, essa constituição equiparou os promotores com os juizes. Mesmo a Constituição de 1967 trazendo poucas inovações, essas foram suprimidas pela emenda 1/69, que muitos

constitucionalistas a equiparam a uma verdadeira constituição. Sendo assim, (MACEDO JÚNIOR, 2006):

Constituição Federal de 1967 trouxe importantes inovações ao subordinar o Ministério Público ao Poder Judiciário, criando a regulamentação "séria" do concurso de provas e títulos, abolidos os "concursos internos" que davam margem a influências políticas. Ao vir a integrar o Poder Judiciário, o Ministério Público deu importante passo na conquista de autonomia e independência, através da assemelhação com os magistrados. Tais "conquistas" somente seriam consagradas constitucionalmente na Constituição Federal de 1988. A Constituição Federal de 1969 (Ou Emenda Constitucional nº 1 de 17 de outubro de 1969) retirou as mesmas condições de aposentadoria e vencimentos atribuídos aos juízes (pela supressão do § único do art. 139) e perda de sua independência, pela subordinação no capítulo do Poder Executivo.

Por todo o exposto, identificamos que durante as constituições passadas, o Ministério Público pouco tinha de independente, hora se misturava ao Executivo, hora ao Judiciário. Todo esse cenário de submissão e dependência foi deixado para trás com a Constituição Cidadã de 1988. A partir dela, o Ministério Público seria apartado do âmbito dos Poderes Executivo e Judiciário, para figurar em capítulo próprio do Título IV, destinado à Organização dos Poderes, sob a rubrica "Das Funções Essenciais à Justiça". Com a atual Constituição, o Ministério Público ganha autonomia em relação aos outros poderes e, finalmente, a função de zelar por interesses realmente públicos, os interesses sociais e individuais indisponíveis.

O artigo 127 da nossa atual Constituição caracteriza este órgão como sendo instituição permanente, com as funções de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Logo em seu parágrafo primeiro, consagra os princípios institucionais do Ministério Público: a unidade (seus membros integram um só órgão), a indivisibilidade (os membros do MP não se vinculam à sua área de atuação) e a independência funcional (o Ministério Público é órgão autônomo, independente no exercício de sua função estatal).

É importante salientar que o Ministério Público exerce suas funções tanto no campo penal, quanto no campo civil. O artigo 129 elenca algumas funções deste órgão: promover a ação penal pública; zelar pelo respeito aos Poderes Públicos e dos

serviços relevantes aos direitos constitucionais; promover o inquérito civil e a ação civil pública; promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e Estados; defender judicialmente os direitos e interesses da população indígena; etc.

Já a estrutura desta Instituição está consagrada na Constituição em seu artigo 128, o qual determina: “ O Ministério Público abrange: I. O Ministério Público da União, que compreende: a) o Ministério Público Federal; b) o Ministério Público do Trabalho; c) o Ministério Público Militar; d) o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios; II. Os Ministérios Públicos dos Estados.”.

2. SISTEMAS PROCESSUAIS

É importante, para alcançar o objetivo do presente trabalho, entendermos os fundamentos dos sistemas processuais, já que esse estudo diferencia as atribuições das partes no processo e na investigação criminal.

3.1 Sistema Inquisitivo

Não se pode entender a história da Inquisição, se não for observada a partir de uma dupla perspectiva, na Idade Média o Estado e a Igreja plenamente marcaram o pensamento e sentindo do homem medieval.

Segundo SABINE GEORGE (1992, p. 143):

"O cristão que acreditava que sua religião era uma verdade revelada por Deus um guia para a salvação do que qualquer destino que ofereceu este mundo, tinha que acreditar em deveres impostos que religião que não Imperador poderia agora fornecer-lhe a luz dos quais teve que pesar e avaliar a dever cívico admitiu obediência" (SABINE, 1992).

A nova relação entre a Igreja e o Estado, que se firmava na Idade Média, gerou grandes conflitos sobre o conceito de lealdade que conhecia o mundo Europeu até então. A velha sociedade pagã defendeu o ideal imperial, segundo a qual os mais altos deveres morais e religiosos convergiram simbolicamente, para o Imperador, que na época era a suprema autoridade civil e divindade. Para os cristãos, tais slogans eram pagãos e contrário à religião. As cerimônias que prestavam tributo ou honras religiosas aos imperadores deviam ser abolidas por tê-lo caráter secular. Sendo assim, as instituições de origem divina foram separadas das de criação humana.

As autoridades terrenas, devem tolerar o novo papel desempenhado por uma igreja próspera, com extensas propriedades e árduos anos de luta e aquisição. A Igreja reforça conhecimentos gerados; fato ao qual se liga, incluindo razões, a constante necessidade de encontrar um homem ser superior a ele, a quem atribuem explicações metafísicas do mundo e os eventos ocorreram, e que até então a ciência não tinha sido capaz de explicar.

Os fenômenos da natureza e os humanos também, foram entendidos como um castigo celestial e não como consequência das leis da física; cresceu o desprezo pelas coisas seculares o que gerou uma rejeição ao estudo científico, e as pesquisas empíricas, gerando um terreno propício para explicações metafísicas, mundo mágico, místico e seus fenômenos. Mitos e lendas inundou a imaginação comum do povo, porque a Igreja foi responsável por concentrar fontes de conhecimento e todo o conhecimento existente para época, razão pela qual, este período é conhecido como um período de "trevas".

Na idade média, os julgamentos se resumiam a assuntos espirituais que deveriam ser julgados em tribunais eclesiásticos, e os assuntos terrenos, esses deveriam ser tratados em tribunais civis, ou por autoridades seculares.

O Tribunal do Santo Ofício foi a primeira instituição de ordem supranacional que o mundo conheceu. Responsável pela realização dos processos desenvolvidos contra erros cometidos pela fé cristã, chamada a Inquisição. A acusação era de natureza pessoal, um indivíduo acusava o outro sem prévia investigação. Uma mera denúncia era suficiente para dar início a um processo. O Tribunal do Santo Ofício da Inquisição, foi criado na Europa pela Igreja de Roma, no século XIII, vindo para a América quatro séculos após a fundação de três tribunais.

A sociedade medieval estava sob o poder de duas jurisdições, uma civil ou real, e outra eclesiástica, liderada pela Igreja Católica. O último em um momento inicial, apenas tinha uma jurisdição Episcopal¹ sob o comando de Juízes Comuns. Os primeiros juízes (bispos) mantiveram o seu conhecimento sobre crimes de menor expressão contra a fé cristã, eram crimes de blasfêmia, bigamia e bruxaria.

O Tribunal do Santo Ofício da Inquisição era uma instituição da ordem mundial cujo poder durou seis séculos, buscando a conservação da pureza da fé e da doutrina cristã. Os procedimentos e métodos utilizados por eles têm sido repetidamente questionados.

¹ Jurisdição criado antes do advento do Santo Ofício da Inquisição; encarregado da realização das primeiras heresias que ocorreu após a Segunda Cruzada entre os anos de 1147 e 1149. Tendo em conta as inúmeras tarefas que correspondem aos seus bispos, trabalho contra a perseguição de hereges não conseguiu chegar ao ponto necessário o estabelecimento de um novo tribunal, o trabalho realizado pelo Papa Gregório IX para o ano 1230.

Um dos procedimentos mais questionados eram as ordálias. O termo "ordálio" significa sentença divina em linguagem derivada do anglo-saxônico *ordal* significa juízo. Este foi um processo usado na era medieval, em que se submetia os litigantes a provas duras e a testes de resistência terríveis, que hoje seriam considerados tortura.

Exemplos de ordálias aplicadas:

- Exposição a animais ferozes;
- Ingestão de substância idônea para produzir alterações físicas ou psíquicas;
- Combate corpo a corpo;
- Banho de água fervente;
- Marcação com ferro em brasa.

A ordália tinha a finalidade de se averiguar a inocência ou culpa do acusado, esperando pela intervenção divina que deveria intervir, favorecendo aquele que estivesse de posse da razão, resolvendo-se então o conflito. A parte inocente deveria sair ilesa dessa prova, pois o juízo teria sido aplicado por Deus e não pelos humanos.

Exemplos de ordálias utilizados em Portugal:

- Ferro em brasa - Consistia em um ferro que o juiz e um sacerdote aqueciam para que o acusado segurasse obrigatoriamente. Depois de fixado o ferro aquecido na mão do indivíduo, o juiz cobria-a com cera, e envolvia-a em um tecido de linho ou estopa. Se depois de três dias, a análise da mão não revelasse nenhuma chaga, o réu era considerado inocente, mas apresentasse os ferimentos, seria considerado culpado e imediatamente condenado.
- O duelo judicial. O duelo judicial era realizado a cavalo ou a pé, conforme mandasse a social dos intervenientes, o evento deveria durar três dias, após os quais o vencido perdia o processo, se não houvesse vencedor, perdia o processo aquele que propôs o desafio.

3.1.1 Características do sistema inquisitivo

O ponto mais marcante do sistema inquisitivo é a falta de ampla defesa, a investigação processual é iniciada sem que se precise de qualquer queixa ou

acusação. Dentre outras, o sistema inquisidor possui as seguintes características: a) reunião das funções: o juiz julga, acusa e defende; b) não existem partes – o réu é mero objeto do processo penal e não sujeito de direitos; c) o processo é sigiloso, isto é, é praticado longe “aos olhos do povo”; d) inexistem garantias constitucionais, pois se o investigado é objeto, não há que se falar em contraditório, ampla defesa, devido processo legal etc.; e) a confissão é a rainha das provas (prova legal e tarifação das provas); e f) existência de presunção de culpa? O réu é culpado até que se prove o contrário.

3.2 Sistema Acusatório

O sistema acusatório, é considerado pela maioria da doutrina, o sistema processual adotado pelo Brasil, mas é claro, dentro das devidas proporções. Destacam José Carlos G. Xavier de Albuquerque e José Renato Nalini (1997) que não é unânime a conclusão a respeito do real enquadramento do processo penal brasileiro no sistema acusatório ou no sistema misto. Para os defensores da primeira posição, o inquérito policial não se inclui no conceito de processo. Prepondera, portanto, o processo acusatório, visto que os autos da investigação, de coloração inquisitiva, não constituem processo.

Todas as provas constantes do inquérito não devem ser consideradas quando da formação do convencimento. É conglomerado de peças investigatórias, prescindível ao oferecimento da ação penal, que pode ser formulado de maneira autônoma, nem sempre acompanhando o inquérito. Já para quem sustenta ser misto o nosso sistema, o inquérito se insere na compreensão de processo. E se inquérito é processo, o sistema é misto, por conjugar os processos acusatório e inquisitivo.

Já na visão de FREDERICO MARQUES (1962):

“Chamado sistema misto ou francês, com instrução definitiva e posterior juízo contraditório e de forma amplamente acusatória, também não pode informar nossas leis do processo, porque a existir esse procedimento escalonado, com *judicium accusationis* e *judicium causae*, necessário se torna que o primeiro também tenha forma acusatória. Daí ter sido abolida a instrução preparatória, por inútil,

salvo para os procedimentos em que o julgamento final é proferido pelo Júri”.

Dentre os processualistas modernos, Afrânio da Silva Jardim (1990) diz, “O processo penal brasileiro adota o sistema acusatório moderno, mantendo, entretanto, alguns resquícios do inquisitorialismo e preservando a acusação privada para casos restritos”.

Na mesma linha doutrinária, mas pela via da valoração confrontativa entre a atual Carta Política e o Código de Processo Penal (LGL 1941\8), também Fauzi Hassan Choukr, com o aduzir que a Constituição em vigor “verdadeiramente impôs um sistema processual penal de caráter exclusivamente acusatório, quadro este não completamente entendido pelos operadores do Direito de forma geral e pelos processualistas penais em particular(...). O sistema processual penal é, pois, acusatório, com toda sua fundamentação democrática. E se choca definitivamente com o Código em vigor, de índole marcadamente inquisitiva” (CHOUKR, 1997).

Como já dito, uma minoria, mas uma minoria respeitada, defende que o sistema brasileiro é o misto, como o magistério de HÉLIO TORNAGHI (1977):

“Direito brasileiro segue um sistema que, com maior razão, se poderia denominar misto. A apuração do fato e da autoria é feita no inquérito policial (somente nos crimes falimentares o inquérito é judicial). O processo judiciário compreende a instrução e o julgamento. Nos crimes da competência do júri estas duas atividades estão separadas em duas fases entre as quais se interpõe sentença de pronúncia. Por meio desta o Juiz, entendendo estar provado o fato e a autoria (a lei fala em indício, mas essa palavra ali tem o sentido de provas, CPP (LGL 1941\8), art. 408), manda o réu a julgamento pelo júri. Nos demais crimes tudo se faz em sequência, instrução e depois julgamento. Mas, se bem que o inquérito seja inquisitivo e o processo judiciário acusatório, em suas linhas gerais, na verdade, um e outro têm brechas: no inquérito permite-se ao ofendido e ao indiciado requererem diligências (CPP (LGL 1941\8), art. 14). E na fase judiciária, inúmeros são os atos escritos em que se permite, por vezes, o segredo (v.g., CPP (LGL 1941\8), arts. 486, 561, VI, 745, 792, § 1.º). E o Juiz pode sempre determinar as diligências necessárias para descobrir a verdade (CPP (LGL 1941\8), arts. 156, fine, 176, 209 etc.)”.

Tantas polêmicas não existiram se o legislador tivesse expressamente consagrado um sistema processual e seguisse esse rumo pelas inovações legislativas posteriores, como por exemplo delimitar melhor as competências judiciais e as atribuições do ministério público e polícia judiciária.

A antítese do sistema inquisitivo é o sistema acusatório, a principal característica deste último é o fato de o gestor da prova ser pessoa/instituição diversa do julgador. Esse sistema é o gerador de diversos direitos e garantias fundamentais, como é o caso do juiz natural e promotor natural. Por este sistema deve existir clara divisão na função de investigar, acusar e julgar. Dessa forma o juiz se permite ser imparcial, se o sistema processual brasileiro fosse acusatório puro, o artigo 156 do código de processo penal não poderia existir, pois ele faculta ao juiz produzir provas de ofício, vejamos:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

I - ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

II - determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008).

Os prováveis precursores desse sistema processual são: a) Magna Carta; b) *Petition of Rights*; c) *Bill of Rights*; d) secularização; e) iluminismo.

Abaixo temos as principais características do sistema acusatório e as principais diferenças entre este e o sistema inquisitivo:

Características: a) as partes são as gestoras das provas; b) há separação das funções de acusar, julgar e defender; c) o processo é público, salvo exceções determinadas por lei; d) o réu é sujeito de direitos e não mais objeto da investigação; e) conseqüentemente, ao acusado é garantido o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal, e demais princípios limitadores do poder punitivo; f) presume-se a não culpabilidade (ou a inocência do réu); g) as provas não são taxativas e não possuem valores preestabelecidos.

3.3 Sistema Misto

Com origem no código Napoleônico de 1808 (PRADO, 2001), o sistema misto tenta mesclar características dos dois outros sistemas. Sendo assim, a fase investigativa será inquisitiva e a processual será acusatória.

O sistema misto é fruto do fracasso da inquisição, uma substituição moderada dos modelos inquisitivos através da implantação de mecanismos do modelo acusatório antigo, mas sem permitir a persecução criminal através dos particulares.

Lopes Junior, citando Coutinho, cristaliza que o sistema misto é “um monstro de duas cabeças; acabando por valer mais a prova secreta que a do contraditório, numa verdadeira fraude. Afinal, o que poderia restar de segurança é o livre convencimento, ou seja, a retórica e contra-ataques” (LOPES JUNIOR, 2008). Este formato sistema misto não pode nem ser considerado como um sistema, mas um amontanhado de regras de dois sistemas distintos, pecando pela ausência de um princípio informador, porque basta imunizar a prova inquisitorial com um belo discurso que o problema está resolvido, afinal, se “serviu a Napoleão um tirano; serve a qualquer senhor; não serve à democracia” (LOPES JUNIOR, 2008).

No sistema misto, a primeira fase é a da investigação preliminar. Tem nítido caráter inquisitório em que o procedimento é presidido pelo juiz, colhendo provas, indícios e demais informações para que possa, posteriormente, embasar sua acusação ao Juízo competente. Obedece às características do sistema inquisitivo, em que o juiz é, portanto, o gestor das provas.

A segunda fase é a judicial, ou processual propriamente dita. Aqui, existe a figura do acusador (MP, particular), diverso do julgador (somente o juiz). Trata-se de uma falsa segunda fase, posto que, embora haja as demais características de um sistema acusatório, o princípio unificador (ideia fundante) ainda reside no juiz como gestor da prova.

Atualmente o sistema misto é aplicado em alguns países europeus como Itália, Espanha, Alemanha e também na América-Latina, como é o caso da Venezuela. A forma mais enfática de aplicação do sistema misto atualmente se encontra na França, no chamado juízo de instrução. Neste sistema, há uma fase inicial onde é feita a coleta da prova e apuração das infrações, que é dirigida por um juiz (daí o nome). Cabe à

polícia tão somente a prisão dos infratores e a indicação de provas a serem produzidas.

3.4 Sistema Processual Penal Brasileiro

Diante de tantas características diferentes, o enquadramento do ordenamento jurídico brasileiro, em um dos sistemas processuais, não é uma tarefa fácil e exata, havendo grandes discussões entre doutrinadores pátrios.

Mesmo não havendo disciplina expressa no ordenamento jurídico brasileiro, pouco importa o que diz o CPP, o CP e as leis ordinárias esparsas, o que deve prevalecer, independentemente de qualquer dispositivo, é a Constituição. A desobediência aos preceitos constitucionais é um dos atos mais autoritários e violentos, um dos desrespeitos mais graves na democracia moderna, pois ela é (a Constituição) uma das principais formas de garantir plena efetividade dos direitos fundamentais e da própria essência do Estado (SARLET, 2007).

Analisando a constituição federal de 1988, nota-se que a iniciativa da ação penal, na sistemática brasileira, fica a cargo do MP, conforme dispõe o art. 129, inc. I da CF-88, embora em alguns casos a iniciativa da ação penal seja do ofendido ou esteja condicionada a representação, nos termos do art. 5, inc. LIX da CF-88. Com isso, as bases do sistema acusatório começam a se desenhar, uma vez que o juiz deverá se comportar com espectador, deixando a cargo do órgão do parquet a iniciativa da ação penal, não tendo a função de acusar. Assim temos que entender que o artigo 5º inciso II do código de processo penal, não foi recepcionado pela atual constituição, pois no sistema acusatório não é dado ao juiz o poder de dar início a investigação criminal, preservando assim sua imparcialidade. Já sem correspondência na jurisprudência, alguns autores, com base na mesma proteção ao sistema acusatório, defendem a não recepção do artigo 28 do código de processo penal:

“Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a

denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender”.

Alguns outros dispositivos são também defendidos como não recepcionados pela atual constituição, pois ferem a imparcialidade, são a *emendatio libelli* ou *mutatio libelli*, previstas, respectivamente, nos artigos. 383, 384 e 418, todos do CPP e a hipótese de recorrer de ofício nos casos: de concessão de habeas corpus, (art. 574, inc. I do CPP), concessão de reabilitação (art. 746 do CPP) e absolvição sumária (art. 574, II e 411 do CPP); possibilidade de decretar de ofício a prisão preventiva (nos termos do art. 311 do CPP/96), entre outros tantos.

Para os que defendem essa não recepção, esses dispositivos legais não guardam nenhuma relação com a Carta Magna, conforme esclarece Prado, “qualquer que seja a modalidade de intervenção judicial, voltada à comunicação oficial da existência provável de infração penal a apurar, o magistrado que vier a noticiá-la estará comprometido na sua imparcialidade [...]” (PRADO, 2001). O que não pode acontecer é a definição do sistema processual penal brasileiro a partir de dispositivos que, claramente, são inconstitucionais.

Um dos argumentos mais fortes de palpáveis, usado por aqueles que defendem que o sistema brasileiro é o acusatório é que se a Constituição prevê o devido processo legal, a ampla defesa, a vedação das provas ilícitas, a publicidade, a duração razoável do processo, o princípio do juiz natural, a presunção de inocência, não há como sustentar que o sistema adotado é inquisitivo, misto ou outro nome que se queira dar. Com tantas garantias constitucionais, fica claro que a gestão da prova não poderá ser regida pelo princípio inquisitivo, decididamente não. O princípio que irá coordenar o procedimento de acusação é o princípio dispositivo, pois qualquer possibilidade de o magistrado interferir no sistema de colheita de provas representa uma ferida em sua imparcialidade, que é definida pela norma hierárquica do Estado. Por isso qualquer dispositivo, seja do ano que for escrito, pela forma que preferir o legislador, tem que estar em conformidade com a imparcialidade constitucional do juiz.

Alertamos que isso não quer dizer que o sistema brasileiro é um sistema acusatório puro, que respeita ilimitadamente as garantias de um juízo imparcial. Mas

a melhor doutrina, entende que o sistema processual penal é um sistema acusatório mitigado.

Em que pesa o entendimento majoritário ser o posteriormente citado, há uma corrente doutrinária que diz que o sistema processual brasileiro é misto (Tornaghi, Mougnot), aduzindo sua dupla fase: a) a fase investigatória, de características inquisitórias, visto que é pré-processual; b) fase judicial, com características acusatórias, iniciada após o recebimento da denúncia ou queixa. A crítica a esta corrente cinge-se ao caráter administrativo (extraprocessual) da investigação preliminar (inquérito policial, p. ex.).

No sentido quase semelhante, Nucci entende que se o caminho da Constituição for perfilhado chega-se a conclusão de que o sistema processual penal é o acusatório. Entretanto, partindo da premissa, menciona o autor, de que o CPP inquisitivo é quem regula o procedimento (as provas, recursos e demais procedimentos), o sistema brasileiro, segundo esta doutrina, seria o misto (NUCCI, 2007).

Igualmente, mas baseando-se nos atos desenvolvidos na investigação preliminar, Tucci (1980) entende que o sistema processual penal adotado pelo ordenamento jurídico pátrio é o sistema misto, já que, na visão do mencionado autor, o inquérito policial contamina todo o procedimento que se pretende denominar de acusatório.

Repetimos, em que pese todos esses entendimentos divergentes, a maioria da doutrina e jurisprudência, entendem que o sistema processual penal brasileiro é o acusatório.

4. ATRIBUIÇÕES DA POLÍCIA JUDICIÁRIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Originariamente, polícia era o conjunto de funções necessárias ao funcionamento e à conservação da Cidade-Estado. Etimologicamente, remete ao conceito de polis (do grego “cidade”, em uma abordagem, porém, mais próxima dos atributos do Estado) e *civitas* (concernente ao latim vulgar em que se estabelecia a delimitação daqueles que eram nascidos na cidade de Roma, em um enfoque fundamentalmente político), sofrendo desdobramentos semânticos ao longo da história, notadamente acompanhando a evolução do Estado. Corresponde à própria concepção de soberania do Estado, sendo, pois, um apanágio do princípio da supremacia do interesse público. A ciência administrativista vislumbrou a necessidade de separação entre aquilo que se denomina polícia-função e polícia-corporação, de modo que ambas as classificações se complementam, mas não se confundem.

Neste contexto, cumpre determinar que polícia-função corresponde à prerrogativa conferida aos agentes da Administração Pública para exercer o poder de restringir e condicionar a liberdade, a propriedade e os direitos individuais no exercício da preservação da ordem coletiva e do bem comum. Trata-se de atividade tipicamente administrativa e pautada em lei. A polícia-corporação é o órgão administrativo de uma sociedade politicamente organizada que tem por atribuição impor limites à liberdade individual ou grupal na exata medida da necessidade de salvaguarda e de manutenção da ordem pública. Neste âmbito, polícia é a instituição estatal destinada a manter a ordem pública, a segurança pessoal, a propriedade e a assegurar os direitos individuais.

Em seu conceito, o vocábulo polícia divide-se em:

- Polícia Administrativa
- Polícia Judiciária

A polícia administrativa tem por fim prevenir crimes, evitar perigos, proteger a coletividade, assegurar os direitos de seus componentes, manter a ordem e o bem-estar públicos. É uma atividade da Administração que se inicia e completa no âmbito da função administrativa, incidindo sobre atividades diversas dos indivíduos inseridos em uma sociedade. Sua ação se exerce antes da infração da lei penal, sendo por isso também chamada polícia preventiva, cuja atuação da Administração Pública ocorre

antes que se produza o dano social, obstruindo potenciais comportamentos nocivos à coletividade. As atribuições desse ramo de polícia são disciplinadas por leis, decretos, regulamentos e portarias.

A polícia judiciária destina-se a investigar os crimes que não puderam ser prevenidos, descobrir lhes os autores e reunir provas ou indícios contra estes, no sentido de levá-los ao juiz e, conseqüentemente, a julgamento; a prender em flagrante os infratores da lei penal; a executar os mandados de prisão expedidos pelas autoridades judiciárias e a atender às requisições destas. Assume aí o caráter de órgão judiciário auxiliar. Sua atividade só se exerce após a consumação do fato delituoso, pelo que se dá à polícia judiciária também a denominação polícia repressiva.

Embora seja atividade administrativa, a polícia judiciária prepara a atuação da função jurisdicional penal, regulamentada pelo Código de Processo Penal, cujos destinatários imediatos de seu campo de aplicação são o Ministério Público e o Estado-Juiz, culminando-se com a responsabilização penal ou absolvição de indivíduos que tenham cometido alguma conduta ontologicamente delituosa.

Ao contrário da polícia judiciária, representada em nosso sistema constitucional pelas polícias civis dos Estados e pela Polícia Federal em relação aos respectivos entes federados (Estados e União, respectivamente), a polícia administrativa é representada por organismos administrativos de caráter mais fiscalizador e amplo, direcionada à disciplina de atividades executadas por indivíduos. Conforme estatui MARIA SYLVIA DI PIETRO (2005):

“Linha de diferenciação está na ocorrência ou não de ilícito penal. Com efeito, quando atua na área do ilícito puramente administrativo (preventiva ou repressivamente), a polícia é administrativa. Quando o ilícito penal é praticado, é a polícia judiciária que age”.

Pelo sistema adotado no Brasil, a polícia, no desempenho de sua missão preventiva, é absolutamente autônoma em relação ao Poder Judiciário. Também age independentemente de autorização deste ao exercitar a função judiciária, salvo em casos como os de prisão preventiva, busca e apreensão domiciliar, afastamento cautelar do sigilo das comunicações telefônicas e telegráficas, de dados bancários e fiscais e de sequestro de bens, ou seja, medidas cautelares de apuração criminal que

dependem de decreto judicial. Fora daí, por livre-iniciativa, prende e autua em flagrante, procede a exame de corpo de delito e a outras perícias, realiza buscas e faz apreensões domiciliares mediante autorização judicial, ouve testemunhas e vítimas, interroga indiciados, requisita perícias em determinados locais, pessoas e documentos etc.

A polícia administrativa (contrariamente à polícia judiciária) tem por objeto a manutenção habitual da ordem pública em um espectro de atuação amplo de atividades que não se resumem à segurança pública que norteia propriamente as instituições policiais, mas a uma variedade indefinida de ações individuais e coletivas que necessitem de limitações e disciplina para garantia de estabilidade social. Como já dito, a polícia administrativa tende, no âmbito da segurança pública, a prevenir os delitos e as desordens. Porém, desenvolve inúmeras fiscalizações e ordenamentos na esfera da economia, dos costumes, diversões, meio ambiente, saúde pública, educação, posturas. Assim, temos órgãos na estrutura administrativa que atuam como polícia sanitária, ambiental, florestal, aérea, marítima, ferroviária, de saúde pública, agricultura. A polícia judiciária investiga os delitos que a polícia administrativa não pôde evitar que fossem cometidos, colige as provas e entrega os autores aos tribunais incumbidos de puni-los. Na verdade, a atividade de qualquer polícia é sempre administrativa e nunca judiciária (daí por que vinculadas ao Executivo, jamais ao Poder Judiciário), embora proceda por normas de direito processual penal, eis que seu serviço é auxiliar a melhor atuação do jus puniendi cujo titular é o Estado e que é exercido pelo Ministério Público, mas julgado e decidido pelo Poder Judiciário.

A polícia civil, bem como a militar, são ramos da administração geral e cabe aos Estados organizá-las, tendo em vista as necessidades locais e os recursos financeiros. Na parte relativa à polícia judiciária, as leis e os regulamentos estaduais não podem contrariar os preceitos do Código de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3.689, de 03.12.1941) que contêm matéria anteriormente disciplinada nas leis de organização policial (ou de organização judiciária) das unidades federadas.

A expressão “polícia civil”, ou a simples palavra polícia, tomada isoladamente, indicam, de modo exclusivo, a polícia com as finalidades expostas, isto é, a de segurança geral das populações e investigadora de crimes e, nesta qualidade, instituída como auxiliar imprescindível da Justiça. Não têm essas funções, por exemplo, a polícia sanitária, a aduaneira, a fiscal (da Fazenda Pública) etc.

As atribuições da polícia judiciária se encontram no artigo 144 da constituição federal, no Título IV que trata da defesa do Estado e das Instituições democráticas. No caso da polícia civil se encontra mais especificamente no § 4º do mesmo artigo.

Pela norma instada no referido artigo, a segurança pública é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através, exclusivamente, dos seguintes órgãos:

- Polícia federal: deve ser instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira. Destinasse a: apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei; prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência; exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras²; exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União;
- Polícia rodoviária federal: é órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais³;
- Polícia ferroviária federal: órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais⁴;
- Polícias civis dos Estados: deverão ser dirigidas por delegados de polícia de carreira,⁵ são incumbidas, ressalvada a competência da União, das funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto das infrações militares. Importante salientar que, nos termos do art. 24,

² Redação dada pela Emenda Constitucional no 19, promulgada em 4-6-1998 e publicada no Diário Oficial da União em 5-6-1998. Ressalte-se que o art. 34 da própria Emenda Constitucional estabeleceu que sua entrada em vigor seria na data de sua promulgação.

³ Redação dada pela EC no 19/98.

⁴ Redação dada pela EC no 19/98.

⁵ STF – Pleno – ADI no 2427/PR – Rel. Min. Eros Grau, decisão: 30-8-2006 – Informativo STF no 438.

XVI, da Constituição Federal, a legislação sobre organização, garantias, direitos e deveres das Polícias Cíveis é de natureza concorrente entre União e Estados;⁶

- Polícias militares dos Estados: sua atribuição é de polícia ostensiva, para preservação da ordem pública;⁷
- Corpo de bombeiros dos Estados; além das atribuições definidas em lei, são incumbidos da execução de atividades de defesa civil.

Conforme entendimento do STF, na ADI 1.182 de relatoria do Ministro Eros Grau, o rol listado acima é taxativo, ou seja, não comporta mais a inclusão de novos órgãos de segurança pública no artigo 144 da Constituição Federal. Em seu voto o Ministro enfatizou que "Os Estados-membros; assim como o Distrito Federal, devem seguir o modelo federal. O artigo 144 da Constituição aponta os órgãos incumbidos do exercício da segurança pública. Entre eles não está o Departamento de Trânsito. Resta, pois, vedada aos Estados-Membros a possibilidade de estender o rol, que está Corte já firmou ser *numerus clausus*, para alcançar o Departamento de Trânsito." Vide também: "Incompatibilidade, com o disposto no art. 144 da Constituição Federal, da norma do art. 180 da Constituição Estadual do Rio de Janeiro, na parte em que inclui no conceito de segurança pública a vigilância dos estabelecimentos penais e, entre os órgãos encarregados dessa atividade, a ali denominada 'Polícia Penitenciária'." (ADI 236, Rei. Min. Octavio Gallotti, julgamento em 7-5-92, DJ de 1º-6-01).

Para GUIDO ZANOBINI (1950):

“A polícia é a atividade da administração pública dirigida a concretizar, na esfera administrativa, independentemente da sanção penal, as limitações que são impostas pela lei à liberdade dos particulares ao interesse da conservação da ordem, da segurança geral, da paz social e de qualquer outro bem tutelado pelos dispositivos penais”,

Sendo usual a classificação da polícia em dois grandes ramos: polícia administrativa e polícia judiciária, conforme salienta André Laubadère (1984). A polícia

⁶ STF – Pleno – ADI nº 2314/RJ – Rel. orig. Min. Joaquim Barbosa – Red. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio – 17-6-2015 (ADI-2314).

⁷ A EC no 38, promulgada em 12-6-2002, determinou a incorporação dos Policiais Militares do extinto Território Federal de Rondônia aos quadros da União, desde que, comprovadamente, se encontrassem no exercício regular de suas funções prestando serviços àquele ex-território na data em que foi transformado em Estado.

administrativa é também chamada de polícia preventiva, e sua função consiste no conjunto de intervenções da administração, conducentes a impor à livre ação dos particulares a disciplina exigida pela vida em sociedade.

Recentemente, a EC número 82, de 16 de julho de 2014, disciplinou a segurança viária no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, estabelecendo que será exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do seu patrimônio nas vias públicas e compreende a educação, engenharia e fiscalização de trânsito, além de outras atividades previstas em lei, que assegurem ao cidadão o direito à mobilidade urbana eficiente.

A EC 82/14, ainda, estabeleceu competência administrativa comum, pois determinou que a segurança viária competirá, no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, aos respectivos órgãos ou entidades executivos e seus agentes de trânsito, estruturados em Carreira, na forma da lei.

5. INVESTIGAÇÃO CRIMINAL CONDUZIDA PELO DELEGADO DE POLÍCIA – LEI 12.830/13

Na esteira da Constituição Federal, a Lei nº 12.830/13 também parece distinguir as atribuições de polícia judiciária e polícia investigativa. A propósito, basta atentar para a redação do art. 2º, caput, da referida Lei, que dispõe que as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo Delegado de Polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.

Como se percebe, a Constituição Federal e a Lei nº 12.830/13 estabelecem uma distinção entre as funções de polícia judiciária e as funções de polícia investigativa. Destarte, por funções de polícia investigativa devem ser compreendidas as atribuições ligadas à colheita de elementos informativos quanto à autoria e materialidade das infrações penais. A expressão polícia judiciária está relacionada às atribuições de auxiliar o Poder Judiciário, cumprindo as ordens judiciárias relativas à execução de mandados de prisão, busca e apreensão, condução coercitiva de testemunhas, etc. Por se tratar de norma hierarquicamente superior, deve, então, a Constituição Federal, prevalecer sobre o teor do Código de Processo Penal (art. 4º, caput).

É certo dizer que as atividades investigatórias devem ser exercidas precipuamente por autoridades policiais, sendo vedada a participação de agentes estranhos aos quadros policiais, sob pena de violação do art. 144, § 1º, IV, da CF/1988, da Lei nº 9.883/1999, e dos artigos. 4º e 157 e parágrafos do CPP. Por isso, os Tribunais vêm considerando que a execução de atos típicos de polícia investigativa como monitoramento eletrônico e telemático, bem como ação controlada, por agentes de órgão de inteligência (v.g., ABIN) sem autorização judicial, acarreta a ilicitude das provas assim obtidas⁸.

5.1 Natureza Jurídica das funções de Polícia Judiciária

Para muitos doutrinadores, reféns da interpretação gramatical, não consideravam as atividades do delegado de polícia como atividades de cunho jurídico. Sob o argumento de que se tratava de atividades materiais de segurança pública,

⁸ STJ, s• Turma, HC 149.250/SP, Rei. Min. Adilõn Vieira Macabu - Desembargador convocado do TJ/RJ -, j. 07/06/2011, DJe 05/09/2011.

consoante disposto no art. 144 da Constituição Federal. Infelizmente esse ranço dogmático permanece ainda em muitos defensores dessa tese.

A lei 12.830/13 só veio confirmar o que já era concreto, como por exemplo ser o cargo de delegado de polícia exclusivo do bacharel em direito, e em muitos Estados ainda se cobra três anos de prática jurídica, como é o caso do Estado de Pernambuco pela lei complementar 317 desse Estado. Também, pela lei Nº 13.047, de 2 de dezembro de 2014, o cargo de delegado de polícia federal passou a exigir três anos de prática jurídica. Levando em conta também, que o exercício de suas funções guarda relação direta com a aplicação concreta de normas jurídicas aos fatos que lhe são apresentados, como ocorre, por exemplo, com a lavratura de auto de prisão em flagrante, indiciamento, representação por decretação de medidas cautelares, é bastante esdrúxulo admitir que a atividade do delegado de polícia não tenha natureza jurídica.

Para sanar todas as dúvidas, é de grande importância o artigo 2º caput da lei 12.830/13, que traz de maneira expressa a atividade do delegado de polícia nas suas funções de polícia judiciária e investigativa como de natureza jurídica.

O art. 2º, caput, da Lei nº 12.830/13, também diz expressamente que as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo Delegado de Polícia são essenciais e exclusivas do Estado, o que significa dizer que o Estado não pode transferir o exercício dessas funções à iniciativa privada.

5.2 Discricionariedade na condução do Inquérito Policial

A lei 12.830/13 perdeu duas grandes oportunidades de valorizar o trabalho do delegado de polícia, primeiramente a lei nada concretizou a grande garantia que seria a inamovibilidade para o delegado de polícia e segundo deixou de conferir mais liberdade à autoridade policial para conduzir as investigações.

O chefe do poder executivo ao vetar o §3º do artigo 2º da 12.830/13 perdeu uma grande oportunidade de realmente fazer a diferença com a nova lei, e dar mais agilidade e segurança ao inquérito policial, referido parágrafo dizia que “O delegado de polícia conduzirá a investigação criminal de acordo com seu livre convencimento técnico-jurídico, com isenção e imparcialidade”. O § 3º tinha o objetivo de conferir ao

Delegado de Polícia o direito de conduzir a investigação criminal de acordo com seu livre convencimento técnico-jurídico e isso o deixaria livre e longe de pressões externas para melhor esclarecer o eventual fato criminoso e o andar do inquérito policial.

Já o §5º falou bem menos do que deveria, segundo ele “A remoção do delegado de polícia dar-se-á somente por ato fundamentado”. Se o dispositivo sob comento autoriza a remoção por meio de ato fundamentado, conclui-se, a contrário sensu, que Delegados de Polícia não são dotados da garantia da inamovibilidade. Afinal, quando é assegurada a inamovibilidade aos membros de determinada carreira, isso significa que a regra é a impossibilidade de remoção ex officio. Portanto, diversamente de membros do Poder Judiciário (CF, art. 95, II), do Ministério Público (CF, art. 128, § 5º, inciso I, alínea "b") e da Defensoria Pública (CF, art. 134, § 1º), que não podem ser removidos do juízo onde atuam nem afastados dos processos em que funcionam, senão por vontade própria ou por força do interesse público, Delegados de Polícia podem ser livremente removidos, desde que o respectivo ato administrativo seja fundamentado.

5.3 Indiciamento pela lei 12.830/13

A lei 12.830/13 foi importante para trazer a exclusividade do indiciamento a cargo da autoridade policial. Indiciar é atribuir a autoria (ou participação) de uma infração penal a uma pessoa. É apontar uma pessoa como provável autora ou partícipe de um delito.

A condição de indiciado poderá ser atribuída já no auto de prisão em flagrante ou até o relatório final do delegado de polícia. Logo, uma vez recebida a peça acusatória, não será mais possível o indiciamento, já que se trata de ato próprio da fase investigatória.

Interessante notar, que os Tribunais Superiores têm considerado que o indiciamento formal após o recebimento da denúncia é causa de ilegal e desnecessário constrangimento à liberdade de locomoção, visto que não se justifica

mais tal procedimento, próprio da fase inquisitorial⁹. Sendo assim, ato exclusivo da fase inquisitorial, cuida-se, pois, de ato privativo do Delegado de Polícia que, para tanto, deverá fundamentar-se em elementos de informação que ministrem certeza quanto à materialidade e indícios razoáveis de autoria. Portanto, se a atribuição para efetuar o indiciamento é privativa da autoridade policial (Lei nº 12.830/13, art. 2º, § 6º), não se afigura possível que o juiz, o Ministério Público ou uma Comissão Parlamentar de Inquérito requisitem ao delegado de polícia o indiciamento de determinada pessoa, esse entendimento fortalece a polícia judiciária e também aponta para a razão de que a polícia judiciária não está subordinada ao ministério público¹⁰.

5.4 Tratamento protocolar dispensado ao Delegado de Polícia

No artigo 3º da lei 12.830/13, o legislador perdeu, mais uma vez, uma grande oportunidade de valorização do cargo de Delegado de Polícia, pois se preocupou com regras pífias de tratamento ao invés de trazer reais melhorias e garantias para o cargo. O artigo 4º diz “ O cargo de delegado de polícia é privativo de bacharel em Direito, devendo-lhe ser dispensado o mesmo tratamento protocolar que recebem os magistrados, os membros da Defensoria Pública e do Ministério Público e os advogados”. O artigo deixa transparecer que o legislador está mais preocupado com o tratamento protocolar que os Delegados de Polícia devem receber, qual seja, o mesmo dispensado aos magistrados, membros da Defensoria Pública, do Ministério Público e Advogados. Ou seja, em correspondências oficiais, devem ser tratados como "Vossa Excelência".

⁹ STJ, 6ª Turma, HC 182.455/SP, Rei. Min. Haroldo Rodrigues- Desembargador convocado do TJ/CE -,j. 05/05/2011. E ainda: STJ, 5ª Turma, HC 179.951/SP, Rei. Min. Gilson Dipp, j. 10/05/2011. No sentido de que o indiciamento formal após o recebimento da denúncia configura constrição ilegal: STJ, 5ª Turma, HC 174.576/SP, Rei. Min. Gilson Dipp, j. 28/09/2010, DJe 18/10/2010.

¹⁰ No sentido de que não cabe ao juiz determinar à autoridade policial o indiciamento formal de investigados: STF, 2ª Turma, HC 115.015/SP, Rei. Min. Teori Zavascki, j. 27/08/2013; STJ, 5ª Turma, RHC 47.984/SP, Rei. Min. Jorge Mussi, j. 04/11/2014.

6. DA INCONSTITUCIONALIDADE DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL REALIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Vimos em um dos pontos acima, as características que deve ter um sistema garantista, que concretize uma real proteção aos direitos fundamentais e uma limitação efetiva ao poder punitivo do Estado. Para que isso se realize no plano tanto formal do Direito como o material, o sistema que mais se adequa a estas garantias, é o sistema acusatório. Nele podemos ver que o poder de investigar, de defender e de acusar se encontram em partes distintas e não em uma única pessoa, como é o caso do sistema inquisitivo.

Por isso, a investigação pelo órgão Ministerial fere de morte o sistema acusatório, pois cria um desequilíbrio entre acusação e defesa, haja vista que a acusação concentraria uma série de medidas jurídicas frente a uma quantidade muito menor de meios de defesas ao acusado; assim afirma LUIGI FERRAJOLI (2002, p. 490):

“Para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária, por outro lado, a perfeita igualdade entre as partes: em primeiro lugar, que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação”.

6.1 Paridade de Armas

Por fim, existe grande preocupação no que se relaciona ao princípio da paridade das armas, que é um princípio que muito mais resguarda os direitos fundamentais do devido processo legal, do que o garantia do Estado da persecução penal. A investigação criminal realizada diretamente pelo Ministério Público pode concentrar muito poder em suas mãos, o que favoreceria o cometimento de abusos de poder pelos seus membros, haja vista a fiscalização criminal do MP não ter regulamentação legal.

São vários os dispositivos que garantem a paridade de armas no nosso ordenamento jurídico e em tratados internacionais, dentre eles estão:

O artigo 3º, I, da Constituição Federal: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;”.

Impõem o artigo 5º de nossa Constituição, que trata dos direitos e garantias fundamentais:

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: XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais; LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (Sem destaques no original)

Por sua vez, conforme o artigo 7º, da Declaração Universal dos Direitos do Homem:

Art. 7º Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação. (Sem destaques no original)

E ainda, conforme Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), incorporado ao Direito brasileiro pelo o Decreto nº 678, de 1992:

Artigo 8º - Garantias judiciais

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...]

Podemos constatar, portanto, que é categoricamente consagrada em nosso ordenamento jurídico a igualdade entre as partes no processo penal, o que só é atingido com o a ação ativa no cumprimento da paridade de armas.

A investigação ministerial criminal põe em risco toda essa gama de direitos que traz o princípio da paridade de armas. O Ministério Público, diferentemente da Defensoria Pública, possui uma grande estrutura espalhada por todo o país, que consegue eficiência e coordenação em suas atividades. De um lado teríamos o que muitos doutrinadores chamam de um “quarto poder” (CARDOSO BARBOSA, 2011), que detém grande poder investigatório e requisitório para conseguir seus fins, de um outro lado temos muitos acusados que necessitam da honrosa Defensoria Pública, mas que em muitos Estados é totalmente desestruturada e com um grande déficit de defensores e técnicos em seus quadros. Não é preciso muito esforço para perceber o quanto essa “quebra de braço” é injusta.

6.2 Promotor investigador e a CF/88

O Ministério Público não pode presidir inquéritos policiais, julgar um pedido de Habeas Corpus ((MED. CAUT. EM HABEAS CORPUS 94.173-7 BAHIA), o ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, afirmou que a tarefa de presidir inquéritos policiais é exclusiva da Polícia. A análise da condução da investigação criminal pelo Ministério Público perpassa pela neutralidade necessária ao inquérito policial. Está tão “famigerada” imparcialidade, que lamentavelmente não vem sendo aplicada no cotidiano brasileiro.

Muitos, por razões de uma duvidosa economia processual, advogam pela a tese da transferência do comando das investigações criminais para o Ministério Público, para depois este mesmo órgão oferecer a denúncia.

No nosso modelo atual de investigação criminal, é essencial apagar a figura do “promotor investigador”, ora, sabemos que o Ministério Público é parte na relação processual, mas ele, como guardião da ordem jurídica não pode usar todo o aparato do Estado para um fim único de punir, isso ataca vários princípios, dentre eles o da ampla defesa que a base de qualquer Estado Democrático de Direito. E isto não significa que o Ministério Público tem que ficar inerte na investigação criminal, pois a

Constituição Federal o assegura o poder de requisitar diligências, mas cada órgão tem o seu papel para garantir um sistema essencialmente acusatório, e atribuir a presidência do inquérito ou até mesmo livres poderes investigatórios ao Ministério Público, não é o melhor caminho a ser trilhado por um Estado que visa garantir os direitos fundamentais aos seus nacionais.

Outro ponto de grande importância é o controle externo na polícia civil, que de acordo com o artigo 129º da Constituição Federal. Não podemos confundir esse controle externo com subordinação, são coisas totalmente diferentes. A polícia judiciária não é o fim em si mesma, a Constituição Federal e o Código de Processo Penal elenca as funções da polícia judiciária, e para isso além do seu controle interno realizado pela corregedoria é necessário um controle externo, controle esse dependente de norma, já que a norma inserida no artigo 129 na Constituição Federal tem eficácia limitada.

Por certo não é intuito do legislador criar verdadeira hierarquia ou disciplina administrativa, subordinando a autoridade policial e seus funcionários aos agentes do Ministério Público. Na área funcional, se o promotor de justiça verificar a ocorrência de quaisquer faltas disciplinares, tendo esse órgão ministerial atribuições de controle externo - forma irrecusável de correição sob a polícia judiciária - há de dirigir-se aos superiores hierárquicos do funcionário público faltoso (Delegado de Polícia, escrivão, investigador, carcereiro etc.), indicando as falhas e as providências que entenda cabíveis, para que a autoridade administrativa competente possa agir.

Quanto à classificação do Controle Externo da Atividade Policial, é dividido em duas formas: ordinário e extraordinário, conforme nos diz o Promotor RODRIGO GUIMARÃES (2002, p. 65):

“Assim, a primeira espécie de controle externo da atividade policial, é denominada de controle externo ordinário, consistente naquela atividade ministerial exercida corriqueiramente, seja através dos controles realizados na verificação do trâmite dos inquéritos policiais, e conseqüente cumprimento de diligências requisitadas, seja através de visitas periódicas (ao menos mensais) às Delegacias de Polícia e organismos policiais, a fim de verificar a regularidade dos procedimentos policiais e da custódia dos presos que porventura se encontrem no local. (...) já no que se usou denominar controle externo

extraordinário, observa-se que este se dará quando da verificação concreta de um ato ilícito por parte de alguma autoridade policial no exercício de suas funções. ”

O Controle Externo Ordinário e o Extraordinário serão exercidos pelos Promotores ou Procuradores com atribuições criminais do Ministério Público da União ou dos Ministérios Públicos dos Estados sobre os órgãos policiais elencados no artigo 144 da Constituição Federal.

Justamente por falta de legislação expressa, afrontando o princípio da legalidade e a competência legislativa exclusiva da União, o CNMP editou a resolução 20 de 28 de maio de 2007, para tentar normatizar a atuação do Ministério Público no controle externo da atividade policial. Tal resolução é uma manobra indevida e que transpõe os limites do bom senso do conceito de freios e contrapesos que rege os poderes da República.

Segundo o membro do Ministério Público paulista, LUIZ FABIÃO GUASQUE (1996):

"também são garantias dos direitos individuais a separação dos poderes e a determinação precisa das atribuições de cada um deles e da competência de cada um de seus órgãos. É especialmente importante que eles exerçam mútuo contraste e vigilância de modo que nenhum possa exorbitar sem incorrer na censura e correção de outros. Os poderes são independentes enquanto agem dentro da lei. Se a infringem, subpõem-se à ação corretiva dos outros. (...). Por isso, a expressão "controle externo da atividade policial pelo Ministério Público", não significa ingerência que determine a subordinação da polícia judiciária ao Parquet. Mas sim a prática de atos administrativos pelo Ministério Público, de forma a possibilitar a efetividade dos direitos fundamentais da pessoa assegurados na carta de 1988."

6.3 Exclusividade investigativa da Polícia Judiciária e a teoria dos poderes implícitos

Como é sabido, a segurança pública é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, nos termos do artigo 144 da Constituição da República. No referido artigo, nos § 1º I e IV § 4º, como exposto abaixo, está a função precípua

da polícia judiciária que é a exclusividade da investigação criminal, não deixando margens para interpretação contrária que confere ao Ministério Público o poder de investigar infrações penais:

Art. 144 CF. 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:" (Redação dada pela Emenda Constitucional no 19, de 1998)

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.

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

Com todas as vênias às interpretações contrárias, temos a conclusão, com base no termo 'exclusividade', que nossa Constituição Federal adotou este termo como sendo limitativo, restritivo, e que o órgão que pode apurar delitos é unicamente a polícia judiciária.

A garantia da exclusividade da investigação pelo Ministério Público não é simplesmente um problema de regras e limites de atribuições para diferentes órgãos. É muito mais que isso, é um direito fundamental do cidadão, caso seja suspeito de ter cometido uma infração penal, ser investigado por um órgão neutro e que não é parte processual, um órgão que respeita toda a carta de direitos fundamentais e não busca o interesse de uma parte ou outra. Com essa mesma preocupação, destaca o professor GUILHERME DE SOUZA NUCCI (2006):

“O sistema processual penal foi elaborado para apresentar-se equilibrado e harmônico, não devendo existir qualquer instituição superpoderosa. Note-se 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, tem a supervisão das partes – Ministério Público e advogados. Logo, a permitir-se que o Ministério Público, por mais bem-intencionado que esteja, produza de per si investigação criminal, isolado de qualquer fiscalização, sem a participação do indiciado, que nem ouvido precisaria ser, significaria quebrar a harmônica e garantista investigação de uma infração penal”.

Concordamos com o autor acima, por mais defensor da ordem jurídica que o Ministério Público possa ser, com toda a “imparcialidade” que essa atribuição possa trazer, negar sua inclinação para um só lado no momento da investigação criminal, uma vez que este órgão está diretamente vinculado ao processo posterior, é bastante contraditório e chega a ser utópico. Como poderia o Ministério Público agir em prol do investigado, se ele já tem em mente uma futura batalha judicial a ser travada?

Um dos maiores argumentos utilizado por aqueles que querem tirar a exclusividade na investigação criminal da polícia judiciária, é a utilização da teoria dos poderes implícitos. A teoria dos poderes implícitos tem sua origem na Suprema Corte dos EUA, no ano de 1819, no precedente *McCulloch vs. Maryland*. De acordo com a teoria, a Constituição, ao conceder uma função a determinado órgão ou instituição, também lhe confere, implicitamente, os meios necessários para a consecução desta atividade.

Sendo assim segundo esta teoria, aquele que pode o mais também pode o menos. Ou seja, o representante do Parquet, como titular da ação penal, também poderia realizar as investigações necessárias para a sua propositura.

Contudo, a teoria mencionada não tem cabimento quando se trata de matéria na qual se verifique a atribuição de poderes explícitos. Nesse contexto, conforme já expusemos alhures, o artigo 144 da Constituição da República é expresso no sentido de dar atribuição exclusiva às Polícias Judiciárias para a apuração de infrações penais. Assim, pode-se afirmar que a explicitude exclui em absoluto a implicitude, não sobrando espaço para qualquer interpretação em sentido contrário.

É muito perigosa a exegese que fundamenta suas teses na premissa de “quem pode o mais, pode o menos”, fundamentamos essa conclusão nas lições de José Afonso da Silva¹¹. De acordo com autor, este argumento não pode se sustentar no campo do direito público, especialmente no Direito Constitucional. Isto, pois, questiona o autor, o que é mais e o que é menos no campo de distribuição de competências constitucionais? A Constituição da República outorga competência e atribuição aos diversos poderes, instituições e órgãos, sendo que nenhum é mais ou menos. São o que são devido a determinações constitucionais, que, como tais, devem ser acatadas. Eventualmente, podem existir regras subentendidas às regras enumeradas (e não poderes implícitos), o que não ocorre no caso em questão, uma vez que as regras de investigação na esfera penal são expressas e conferem atribuições diretamente às Polícias Judiciárias.

Ainda com relação à teoria dos poderes implícitos, caso seja aceito tal argumento, também os magistrados poderiam realizar as investigações preliminares, uma vez que quem pode o mais (julgar) também pode o menos (investigar).

No RE-5593727/MG, da relatoria do Ministro Cezar Peluso, o Ministro lembrou que o artigo 4º do CPP dispõe que a apuração de infrações penais e sua autoria seriam de atribuição da Polícia Judiciária, destacando que na realização do Inquérito Policial, a polícia exerce função judiciária, pois, se organicamente ligada à máquina administrativa, funcionalmente ela estaria ligada ao aparelho judiciário. Caberia, portanto, à Autoridade Policial, civil ou federal, a condução das investigações.

Ele destacou, outrossim, que as funções do Ministério Público estariam discriminadas nos artigos 127, inciso I e 129, ambos da Constituição da República, sendo que nenhum desses dispositivos permite a esta instituição a realização de investigação ou instrução criminal preliminar de ação penal. Além disso, ele frisou que, quando a Constituição pretendeu atribuir função investigativa ao Ministério Público, fizera-o em termos expressos (art.129, inciso III, da CF).

Depois da Bíblia Política de 1988, não podemos tratar de forma leviana os direitos do cidadão. E para isso é preciso fazer o máximo de esforço para se evitar

¹¹ JURISTAS dizem que MP não pode fazer investigação. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2013-mar-30/juristas-afirmam-investigacao-criminal-exclusividade-policia?utm_source=twitterfeed&utm_medium=twitter. Acesso em 04/04/2013.

que se concentre poderes de forma excessiva no âmbito de apenas um órgão, pois, principalmente na área criminal, isto traria um grande desequilíbrio no processo, no que se refere a ampla defesa e ao contraditório. Por tudo isso, a investigação criminal nas mãos do Ministério Público, se caso concretizada, trará grande perigo a todos os cidadãos, e principalmente àqueles que não têm condições de se defender de forma justa, e então ficam dependentes da estrutura da Defensoria Pública, que apesar de muito honrosa, os governantes não deram uma estrutura adequada para ela exercer suas funções, o que traz prejuízos enormes aos mais desfavorecidos.

6.4 Da ausência de instrumento idôneo para investigação presidida pelo Ministério Público

Por tudo o que foi exposto, está evidente de que uma investigação criminal imparcial e garantista, é mais que um simples procedimento administrativo, é um direito fundamental do investigado. E por isso mesmo, a investigação criminal deve respeitar todos os princípios constitucionais e infraconstitucionais que garantem uma persecução penal justa, dentre todos esses princípios o que é mais atingido pela investigação criminal ministerial é o princípio da legalidade.

Pela importância desse princípio ele está explícito tanto na Constituição Federal como também na Declaração dos Direitos do Homem de 1789, que diz: “Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescrita”. Este é sem dúvida um dos pilares básicos do Estado Democrático de Direito previsto no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal que assegura a que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

No ordenamento jurídico em vigor, não existe nenhuma lei em sentido estrito que regule ou formalize a investigação criminal pelo Ministério Público. Ora! Não é admissível afirmar que é constitucional um procedimento que expande de forma ilimitada, já que não existe lei, o poder do Estado investigar criminalmente seus cidadãos, já que esses gozam da garantia de viver em um Estado que não é absoluto e ilimitado em seus poderes persecutórios.

O princípio da legalidade é aplicado de forma diferente, tendo como referencial distintos a aplicabilidade para o cidadão/particular e para a administração pública em

sentido amplo. Para o cidadão é aplicado o princípio na forma inscrita na Constituição Federal, ou seja, segundo no art. 5º, inciso II, deste diploma normativo, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Nesse sentido, ao particular é permitido fazer tudo aquilo o que a lei não proíbe. Já, segundo MATHEUS CARVALHO (2016):

“O administrador público somente pode atuar conforme determina a lei, amplamente considerada, abarcando todas as formas legislativas, desde o próprio texto constitucional, até as leis ordinárias, complementares e delegadas. É a garantia de que todos os conflitos sejam solucionados pela lei, não podendo o agente estatal praticar condutas que considere devidas, sem que haja embasamento legal específico (...) não havendo previsão legal, está proibida a atuação do ente público e qualquer conduta praticada ao alvedrio do texto legal será considerada ilegítima”.

Por ferir de morte um dos pilares do Estado Democrático de Direito, que é o princípio da legalidade, e entendendo que a Constituição Federal de 1988 assegura à investigação criminal princípios e garantias fundamentais umbilicalmente ligadas a dignidade da pessoa humana, não se deve permitir que o Ministério Público, sendo parte processual, investigue sem um controle legal específico, se transformando assim em um órgão com “superpoderes” para investigar e ao mesmo tempo acusar, no atual estado de garantias em que vivemos isto é inconcebível.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após tudo o que foi exposto, embasados nos princípios e garantias constitucionais, fazendo uma interpretação teleológica da Constituição Federal e do Código de Processo Penal, é por bem afirmar que o Ministério Público tem importância singular como protetor da ordem jurídica brasileira, e por isso mesmo, a este órgão não lhe é deferido o direito de investigar criminalmente, tendo por consequência a instabilidade persecutória e processual, pois sendo o Ministério Público parte processual, se acaso fosse lhe deferido poderes investigatórios, este órgão absorveria mais poderes do que lhe quis atribuir a Constituição Federal, ferindo dentre outros princípios o da paridade das armas.

Apesar de vozes em sentido contrário, é majoritária a doutrina que defende que o Brasil adotou o sistema acusatório como fundamento da persecução penal. Esse sistema se distingue essencialmente em ter partes com atribuições distintas entre si, sendo assim, pensamos que a Constituição Federal atribuiu com preponderância ao Ministério Público as atribuições de fiscal da lei e dentro do processo penal a atribuição de acusar. E também, como consequência desse sistema, a Constituição Federal outorgou a polícia judiciária a atribuição exclusiva de investigar infrações penais, excetuadas as infrações militares. A polícia judiciária como não é parte na relação processual, gozaria de uma imparcialidade que não se pode atribuir ao Ministério Público. Por isso a investigação ministerial destoa do sistema acusatório, fazendo que o ordenamento jurídico retroage para um sistema inquisitivo que não garante os direitos fundamentais do acusado e não separa as partes com atribuições distintas para resguardar a imparcialidade que é tão perseguida pela Constituição Federal de 1988.

Para nós, esse conflito de atribuição vai muito além de regras processuais, infelizmente o ego das duas instituições atrapalha e muito na solução desse conflito. Ao invés da união de todos os órgãos públicos, para o objetivo comum da prestação efetiva da segurança pública e da justiça, o que vemos é a disputa interna e externa, por mais atribuições sendo relativizado toda a gama de direitos processuais conquistados até hoje e isso é muitas vezes, simplesmente para ver quem pode mais.

Por conta dessa “briga” de instituições, RENATO BRASILEIRO (2016) afirma que:

“Infelizmente, o Brasil tem se tornado, nos últimos anos, refém de disputas institucionais e corporativas entre a Polícia e o Ministério Público. Por conta disso, duas instituições que, em tese, deveriam trabalhar em conjunto com o objetivo de buscar uma persecução penal mais eficiente são colocadas em lados opostos, o que, de certa forma, acaba contribuindo para o aumento da criminalidade no país”.

Por tudo isso, a solução do problema passa pela edição de uma lei específica, que deixe bastante claro e evidencie o caráter acusatório do sistema penal brasileiro, além do mais é preciso uma interpretação conforme a constituição pelos tribunais superiores. Além disso tudo é necessário superar esse problema de atrito entre as instituições, é preciso entender que cada órgão tem sua atribuição principal, e que o respeito pela Constituição Federal e os direitos nela previstos, passa pelo respeito a essas atribuições e aos seus limites, não se admitindo que uma instituição interfira de modo extralegal nas atribuições de outra.

REFERÊNCIAS

AQUINO, José Carlos G. Xavier de; NALINI, José Renato. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1997.

BRASILEIRO, Renato de Lima. **Legislação Criminal Especial Comentada**. Edição 2016.

CARDOSO BARBOSA, Maria das Dores. **O acesso ao 4º poder: o ministério público um problema de divulgação**. http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9760&revista_caderno=9. Acesso em 15 de julho de 2016.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. Edição 2016.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **As reformas pontuais do Código de Processo Penal (LGL 1941\8)**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, setembro de 1997, nº 58. Edição especial, p. 7.

DI PIETRO, Maria Sylvia Di. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. **Controle Externo da Atividade Policial pelo Ministério Público**. Curitiba: Juruá, 2002.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

JARDIM, Afrânio da Silva. **Direito processual penal - Estudos e pareceres**. 3ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

LAUBADÈRE, André. **Traité de droit administratif**. 9. ed. Paris: LGDJ, 1984.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Teoria Geral da Prova no Processo Penal Direito Processual e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. v1.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **O Ministério Público 500 anos após o Descobrimento**. Disponível:<http://www.dhnet.org.br/6mp/mpublico/mp500.html>. Acesso em 21 de junho de 2016.

MARQUES, Frederico. **Tratado de direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 1980.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**. 5ª ed. revista, ampliada e atualizada à luz da Reforma do Judiciário (EC n. 45/04). São Paulo: Saraiva, 2005.

MISSIUNAS, Rafael de Carvalho. **Artigo: O controle externo da atividade policial pelo Ministério Público**. Link: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5964. Acesso em 17 de julho de 2016.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 2006.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório. A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3ª edição. Editora lumen juris. Rio de Janeiro, 2005.

SABINE George, H **“Historia de la Teoría Política”**. Fondo de Cultura Económica, Colombia 1992, p.143.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.

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

TORNAGHI, Tornaghi. **Instituições de processo penal**, v. II, p. 20/21. 2ª edição.

TUCCI, Rogério Lauria. **Persecução Penal, Prisão e Liberdade**. Saraiva, 1980.

ZANOBINI, Guido. **Corso di diritto amministrativo**. Bolonha: Il Molino, 1950.