

DA INCONSTITUCIONALIDADE DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DIRETA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Luciana Boiteux

Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Doutoranda em Direito Penal e Criminologia pela Universidade de São Paulo. Diretora do Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal. Advogada Criminal no Rio de Janeiro.

O presente artigo analisa a investigação criminal direta pelo Ministério Público e discute sua legalidade, por meio de seus aspectos normativos, jurisprudenciais e doutrinários, tema que nos foi sugerido pela Diretoria do Grupo Brasileiro da AIDP.

A importância e atualidade deste estudo estão na constatação que Promotores de Justiça vêm insistindo em proceder a tais tipos de investigação apesar de ainda estar em trâmite no Congresso Proposta de Emenda Constitucional (PEC 197/2003) que trata do tema, do entendimento contrário da jurisprudência, além da recente decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a inconstitucionalidade de tal atuação.

Assim, a questão aparentemente paradoxal que ora se coloca é a seguinte: ao mesmo tempo em que tramita discussão legislativa sobre a alteração da Constituição para conceder poderes ao Ministério Público de investigar diretamente crimes, o que pressupõe a inexistência de tal atribuição legal no sistema atual, Promotores de Justiça já vêm atuando, como se detivessem tais poderes, o que, pela lógica, seria uma atuação *contra legem*.

Diante disso, para tentarmos compreender esse paradoxo, inicialmente devemos pontuar a legislação brasileira sobre o tema, e depois discutir a interpretação jurisprudencial das normas para, finalmente, termos condições de definir se, de acordo com o sistema legal brasileiro atual, possui o *Parquet* fundamento legal para exercer tal função.

Com essa abordagem, procuraremos nos distanciar do tipo de argumentação normalmente utilizada pelos defensores dessa ampliação dos poderes ministeriais, que louvando a função e a dedicação dos Promotores, aduzem que a criminalidade está muito alta, e até reconhecem que expressamente a Constituição só

prevê como atribuição dos membros do Ministério Público a propositura da ação penal, mas entendem que a melhor forma de combater o crime seria dar mais poderes ao *Parquet*. E assim, com esse objetivo previamente fixado, realizam verdadeiro malabarismo de interpretação legislativa para flexibilizar direitos e garantias constitucionais, e assim dar roupagem jurídica à sua pretensão de ganhar mais poderes de investigar crimes, tal como se os fins justificassem os meios, numa maquiavélica interpretação.

Por não concordarmos com esse tipo de argumentação, e por não acreditarmos que a solução para a redução da criminalidade perpassa por um aumento da repressão, ou pela simples concessão de maiores poderes a uma autoridade em detrimento de outra, mas também por nos filiarmos a uma corrente garantista e constitucionalista, é que adotaremos uma postura de interpretar a norma constitucional e infra-constitucional de forma objetiva e legalista, como entendemos que deve ser feito especialmente quando estão em jogo direitos e garantias individuais.

Daí porque, metodologicamente, partiremos da interpretação da norma para a conclusão, e não o contrário, como têm sido feito por alguns, razão pela qual iniciaremos nossa abordagem com uma leitura do Código de Processo Penal Brasileiro em vigor, que em seu artigo 4º determina que “*a Polícia Judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria*”.

Sob a ótica de Processo Penal Constitucional devemos também analisar o que prevê o art. 144 da Constituição Federal: “*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: ... § 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 base em tais dispositivos, vemos que o inquérito, via de regra, é policial, isto é, elaborado pela Polícia Civil ou Federal, que investiga o fato e remete os elementos colhidos para o Ministério Público, que poderá determinar a continuidade das investigações caso seja necessário, devolvendo os autos à delegacia, ou pedir o arquivamento do inquérito, caso não dê início à ação penal por meio do oferecimento da

denúncia. Todavia, o parágrafo único do art. 4º do CPP menciona ainda que “a competência definida por este artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função”, o que nos permite concluir que para que seja atribuído a outras autoridades o poder de investigar, mostra-se necessário expressa previsão legal. Resta saber se há previsão legal concedendo tal atribuição ao *Parquet*.

Sobre esse tema, a doutrina de Fernando da Costa Tourinho Filho¹ aponta os seguintes exemplos de inquéritos extra-policiais: a) no caso de *crimes contra a saúde pública, e infrações ocorridas nas áreas alfandegárias* - as autoridades administrativas têm poderes para elaborar inquéritos que possam servir de alicerce à denúncia². Quando esta autoridade elabora um inquérito administrativo com o objetivo de apurar a responsabilidade de funcionário, caso constate a existência não de simples irregularidade funcional, mas de ilícito penal, deve fazê-lo chegar às mãos do Ministério Público para oferecimento de denúncia; b) *inquéritos policiais militares (IPM)* - são as investigações levadas a cabo pelas autoridades militares para apurar crimes de alçada da Justiça Militar; c) *inquéritos judiciais* - a investigação pode, ainda, ficar a cargo do próprio Juiz, tal como ocorre nos crimes falimentares³, nos quais há previsão legal de “inquérito judicial”. Neste inquérito, o falido, ou indiciado, pode contestar as arguições contra si e requerer o que julgar conveniente. Com base nesse inquérito, o Ministério Público pode oferecer denúncia por crime falimentar; d) *inquéritos parlamentares* - as Comissões Parlamentares de Inquérito, previstas na Lei 1.579/52, dispõem de poderes investigatórios, sendo que caso se constate a existência de crime comum, poderá o Ministério Público, com base no inquérito parlamentar, oferecer denúncia.

Há ainda a hipótese de *inquérito civil*, criado pela Lei n. 7.347/85, este sim presidido pelo órgão do Ministério Público, que tem por objetivo colher elementos para apurar ilícitos *civis* que envolvam interesses difusos, visando futura propositura de ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Neste procedimento civil específico, que vem a ser uma criação legislativa mais recente, não há outra autoridade com poderes investigatórios, razão pela

¹ *In Processo Penal*. São Paulo: Saraiva. v.1, 23ª ed., 2001, p. 189.

² Vide art. 33, alínea *a*, da Lei n. 4771/65

³ Conforme artigos 103 a 108 da Lei de Falências.

qual a lei concedeu aos Promotores de Justiça essa atribuição, conforme prevê expressamente a Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica do Ministério Público).

Já no caso de investigação de caráter criminal, de acordo com as normas vigentes, a atuação do Ministério Público é diferente, pois a Constituição reconheceu a atribuição das polícias para realizar investigações criminais, sendo que ao *Parquet* cabe requisitar à autoridade policial a instauração de inquérito e a realização das diligências necessárias para investigação de determinado fato em tese criminoso, tais como oitiva de pessoas, diligências, investigações, etc. Diante disso, nos cabe aqui concluir inicialmente que inexistente norma que conceda expressamente ao Ministério Público atribuição ou autorização para realizar pessoalmente diligências como procedimento preparatório para uma ação penal.

Não obstante, se tem notado na prática que o Ministério Público, especialmente em casos mais rumorosos, vem atuando em investigações diretas na área criminal, sob a justificativa de que seria possível e legítimo estender à esfera penal os poderes conferidos àquele órgão para instaurar inquérito *civil*, utilizando como base citações genéricas aos artigos 129, VI da Constituição Federal, e 26, I, alínea *a*, da Lei 8.625/93, ou seja, fazendo uso de dispositivos legais referentes ao *inquérito civil público*, exclusivamente para o qual a Lei concede ao Ministério Público poderes de expedir notificações e colher depoimentos.

Com a devida vênia dos doutrinadores que sustentam tal tese, entendemos que há uma grande diferença entre uma investigação civil e um inquérito criminal, no qual está em jogo a liberdade individual, não se mostrando possível suprir, por meio de uma interpretação extensiva e inconstitucional, a inexistência de norma que atribua tais poderes de investigação criminal ao *Parquet*. Senão vejamos.

Levando em conta inicialmente o disposto no art. 129, I da Constituição Federal, que indica como função institucional do Ministério Público “*promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei*” podemos concluir que promover a ação penal **não** é o mesmo que investigar crime.

Além disso, igualmente a Lei Orgânica do Ministério Público concede aos Promotores *exclusivamente* o poder de requisitar informações, sendo que a possibilidade legal de um Promotor de expedir notificações para ouvir pessoas está

restrita à esfera da *ação civil pública*, na qual não está em jogo a liberdade de um cidadão, como se constata dos termos da própria lei, *verbis*:

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

I – Instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los:

a) expedir notificações para colher depoimentos ou esclarecimentos...;

b) requisitar informações e exames periciais e documentos de autoridades...

III - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial... podendo acompanhá-los;...”

Assim, o legislador se refere, no primeiro inciso, à figura do inquérito civil público, exclusivamente em relação ao qual tem o Ministério Público poderes para expedir notificações e colher depoimentos, mas isso não ocorre no inquérito policial, que deve ser conduzido pela autoridade policial, conforme dispõe o inciso III deste mesmo artigo citado, cabendo ao Promotor apenas *requisitar diligências* à autoridade policial mas não realizá-las diretamente, ou, se quiser, “*acompanhá-los*” na delegacia. No mesmo sentido a Lei Complementar n. 75/93, que dispõe sobre o Ministério Público da União.

Deve ser ainda ressaltado, por ser extremamente relevante, que não está prevista na Constituição, como função institucional do Ministério Público, a investigação criminal direta, como se observa das palavras do emérito constitucionalista José Afonso da Silva que, ao comentar o artigo 129 da CF, enumera as seguintes funções do *Parquet* na seara criminal: *intervenção em procedimentos administrativos, controle externo da atividade policial, requisição de diligências investigatórias e de instauração de inquérito policial*.⁴ Dentro desta visão constitucionalista, mostra-se correta a visão dos propositores da PEC 197/2003, que visam através dos meios legítimos criar uma nova função institucional do Ministério Público, o que ainda deverá ser suficientemente debatido, para que se chegue a uma conclusão, por meio dos representantes do povo no Congresso Nacional.

Assim, em não havendo qualquer norma expressa que conceda ao Ministério Público poderes de investigar diretamente crimes, se mostra correto afirmar que a interpretação da sistemática processual brasileira não dá amparo à intenção ministerial de promover inquéritos *ministeriais* criminais, nem impõe qualquer

obrigação ao indivíduo de comparecer perante o Ministério Público para prestar depoimento sobre um fato tido como criminoso.

Uma vez constatado isso, nos resta avaliar se há base jurídica para se aumentar os poderes de determinado órgão, mesmo sem regra expressa prevista, a fim de permitir ao Ministério Público exercer as funções atribuídas à Polícia, na investigação de crimes.

No nosso entender, por se tratar de situação que envolve direitos individuais, que pode ter como conseqüência a restrição à liberdade de um cidadão, há que se ter muita cautela, e analisar as conseqüências concretas da ampliação do poder de um órgão como o *Parquet*, diante da doutrina constitucionalista da divisão dos poderes e dos freios e contrapesos. Sem dúvida alguma, trata-se de avaliação que deve ser feita com base nos postulados básicos do Estado de Direito e do Devido Processo Legal, especialmente no que diz respeito ao equilíbrio e a paridade de armas no Processo Penal.

Para tanto, analisaremos inicialmente os argumentos doutrinários daqueles que se posicionaram pela legalidade da investigação ministerial direta.

A base da formulação ministerial sobre esse tema está no pensamento do Procurador de Justiça Hugo Nigro Mazzili que afirma que: *“em matéria criminal, a iniciativa investigatória do Ministério Público constitui exceção ao princípio da apuração das infrações penais pela polícia judiciária... nesses casos a iniciativa investigatória do Ministério Público é de todo necessária, sobretudo nas hipóteses em que a polícia tenha dificuldade ou desinteresse em conduzir as investigações”*⁵.

Mostra-se interessante notar que o ilustre autor utiliza a expressão “exceção” para fundamentar essa outra atribuição que ele entende possível ser dada ao Ministério Público, assim como outros doutrinadores, como o Promotor Marcos Kac, em obra recentemente publicada⁶ citam a *“teoria dos poderes implícitos”*⁷, para justificar seu ponto de vista. Daí se conclui que para esses autores seria possível a criação de uma exceção implícita à norma constitucional para conceder mais poderes ao *Parquet*.

⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 22a. ed., 1993, p. 586.

⁵ MAZZILLI, Hugo. *Regime Jurídico do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, p. 386 e 387.

⁶ KAC, Marcos. *O Ministério Público na investigação penal preliminar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

⁷ Op. Cit., p. 189.

Com a devida vênia dos autores citados, tal conclusão seria definitivamente contrária a todo e qualquer princípio de interpretação constitucional! Afinal, a criação de uma exceção implícita, visto que não prevista expressamente na lei, para ampliar os poderes de investigação criminal de determinadas autoridades é algo preocupante e deve ser rechaçado pelo Poder Judiciário na qualidade de guardião da Constituição e dos direitos e garantias individuais.

Além de inconstitucional, tal “exceção” sustentada por alguns desnatura toda a estrutura do Processo Penal, pois se o Promotor de Justiça atuar também como policial, colhendo diretamente a prova, estar-se-ia diante de uma situação inusitada, como se tem visto em vários casos divulgados pela imprensa, pois o mesmo órgão que realiza a investigação seria aquele que se utilizaria posteriormente daquela prova produzida para postular uma acusação em Juízo. Isso poderia acarretar, inclusive, sérias dúvidas acerca da parcialidade dos depoimentos produzidos, visto que poderiam ser facilmente manipulados e parciais. Além disso, eventuais provas favoráveis à defesa poderiam ser simplesmente ignoradas.

A esse respeito, deve ser esclarecido que a princípio não se pode ter dúvidas da sinceridade, ética e competência dos Promotores de Justiça, mas não há como se esquecer que se trata de um acúmulo grande de poderes em um só órgão, o que poderia gerar conseqüências muito sérias em caso de abuso no exercício deste poder, com riscos à liberdade pessoal dos cidadãos.

Outro dado concreto: o sistema acusatório não exige do Ministério Público isenção ou imparcialidade, nem mesmo este órgão atua na esfera penal como “fiscal da lei”, pois, no Processo Penal o *Parquet* é parte, não se lhe exigindo, conforme entendimento já cristalizado pelos tribunais, que atue com a mais absoluta imparcialidade.

Isso sem mencionar a importante questão da paridade das armas, muito bem colocada pelo Ministro Nelson Jobim em recente julgamento perante o STF⁸, no sentido de que caso se conceda poderes de investigação ao Ministério Público, idêntico poder deve ser dado à defesa (tanto à Defensoria Pública quanto à advocacia privada), sob pena de se violar o princípio da igualdade no Processo Penal.

⁸ Questão levantada durante o julgamento da questão da inconstitucionalidade dos poderes atribuídos ao Juiz pela Lei n. 9.034, no Plenário do STF, em 12.02.2004.

Por partilhar destas mesmas considerações é que o Judiciário já se manifestou por diversas vezes reconhecendo a inconstitucionalidade da atuação do *Parquet* na investigação direta de crimes, especialmente diante da confusão de funções no mesmo órgão, conforme as palavras do ilustre Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Dr. Eduardo Mayr, que asseverou em seu voto condutor que:

“O que se questiona é a ingerência completa e exclusiva do MP em diligências de polícia judiciária. Parece evidente que se o MP age como autoridade policial, inclusive como agente provocador, e ato contínuo oferece denúncia e pretende atuar como titular da ação penal, estará ele comprometendo irremissivelmente a estrutura e o equilíbrio do processo penal e os demais postulados básicos do Estado de Direito. Agindo como policial, o Promotor de Justiça quebra o contraditório, e faz pender em seu favor a prova, em detrimento da defesa” (grifo nosso – HC 1916/2000 – 6ª Câmara Criminal do TJRJ).

Recentemente, inclusive, tal tema foi julgado no Supremo Tribunal Federal que decidiu expressamente que a Constituição Federal não permite ao Ministério Público realizar pessoalmente diligências e instaurar investigações diretas na área criminal, conforme se observa do acórdão relatado pelo Min. Nelson Jobim, no RHC 81.326-7:

“Recurso Ordinário em Habeas Corpus. Ministério Público. Inquérito Administrativo. Núcleo de Investigação Criminal E Controle Externo Da Atividade Policial/Df. Portaria. Publicidade. Atos De Investigação. Inquirição. Ilegitimidade.
... 2. *INQUIRÇÃO DE AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. ILEGITIMIDADE. A Constituição Federal dotou o Ministério Público do poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (CF, art. 129, VIII). A norma constitucional não contemplou a possibilidade do parquet realizar e presidir inquérito policial. Não cabe, portanto, aos seus membros inquirir diretamente pessoas suspeitas de autoria de crime, mas requisitar diligência nesse sentido à autoridade policial. Precedentes. O recorrente é delegado de polícia e, portanto, autoridade administrativa. Seus atos estão sujeitos aos órgãos hierárquicos próprios da Corporação, Chefia de Polícia, Corregedoria. Recurso conhecido e provido”* (RHC 81.326-7, 2ª Turma do STF, DJ 01.08.03).

No mesmo sentido, nossa mais alta Corte já havia se pronunciado anteriormente no RE 205.473-AL, relatado pelo Min. Carlos Velloso que concluiu que

“não cabe ao Ministério Público realizar, diretamente, tais investigações, mas requisitá-las à autoridade policial competente para tal (C. F. art. 144, § 1º e 4º)”.

Esta mesma questão já foi decidida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, naquele que é considerado como *leading case* no Estado, relatado pelo Des. Silvio Teixeira, cujo teor é, *verbis*:

“A função de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares, são privativas das polícias civis.

Ao Ministério Público, cabe o monopólio da ação penal pública, mas sua atribuição não passa do poder de requisitar diligências investigatórias e instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar.

Somente quando se cuidar de inquéritos civis é que a função do Ministério Público abrange também a instauração deles e de outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes, aqui incluídas as diligências investigatórias” (TJRJ, HC 615/96).

No corpo de tal acórdão, constata-se a preocupação do Judiciário Fluminense com a garantia do devido processo legal, e com os perigos de se confundirem as funções policiais, como se vê no seguinte trecho: *“é necessário que as funções fiquem bem delimitadas. Cada Poder, órgão ou membro de Poder com suas atribuições e competências bem definidas, sob pena de se descumprir a regra, também constitucional, do devido processo legal. Quando se define, estabelecem-se limites. Não deve haver funções ou atribuições superpostas. Se as há, ou serão conflitantes (devido processo legal ferido), ou serão desnecessárias (economia processual desprezada, com desgaste da máquina estatal)”.*

Além disso, ressaltou o douto Desembargador, ao questionar a legitimidade do Ministério Público para promover diretamente as investigações que:

“...da análise combinada dos arts. 127 e segts. e 144, § 4º, da Constituição Federal, bem como do art. 26 da Lei 8.625/93, tem-se a nítida impressão de que o Ministério Público está avançando além dos limites que a Constituição e a lei lhe impuseram.

E se, assim for – e parece a este relator que está sendo – o princípio do devido processo legal sofre arranhão inconcebível...”.

Também neste sentido, a Seção Criminal do TJRJ teve a oportunidade de se posicionar sobre a matéria, no acórdão relatado pelo Des. Eduardo Mayr:

“HABEAS CORPUS. INVESTIGAÇÃO PENAL. ATRIBUIÇÃO DA POLÍCIA JUDICIÁRIA. ORDEM CONCEDIDA...”

Ao Ministério Público cabe com exclusividade a iniciativa de propor a ação penal pública, mas sua atribuição, in poenalibus, não ultrapassa o poder de requisitar diligências investigatórias, e a instauração de inquéritos policial e penal militar.

Somente quando se cuidar de inquéritos civis é que além da sua instauração compete-lhe a efetivação das diligências investigatórias, com as medidas e procedimentos pertinentes.

Falece atribuição ao 2º Procurador-Geral de Justiça, na chefia da Assessoria de Investigações Penais do Ministério Público, “notificar” sob pena de condução coercitiva pessoa a quem nada se imputa, pelo fato de ser convivente com outrem indigitado como tendo praticado vários ilícitos, ainda em apuração. Ordem concedida” (TJRJ, HC 2.458/00, DJ 04.04.01).

E nesta mesma linha foi caminhando a jurisprudência das Cortes Federais, como se observa dos seguintes acórdãos do TRF 2ª Região: HC nº 97.02.09315-5, Rel. Des. Ney Fonseca, DJ 09.10.97; Recuso Criminal nº 99.02.036266-9, Rel. Des. Francisco Pizzolante, DJ 15.02.2001; HC nº 99.02.07263-1, Rel. Des. Benedito Gonçalves, DJ 15.03.01; HC 2002.02.02.005556-7, Rel. Des. Valmir Peçanha. Porém, em sentido contrário, podem ser citados: MS nº 99.02.275599-1, Rel. Des. Chalub Barbosa; HC 2001.02.01.022657-6, Rel. Des. Poul Erik Dyrland, DJ 02.04.03.

Por outro lado, nota-se que o Superior Tribunal de Justiça possui posicionamento contrário, por se mostrar favorável à investigação direta do Ministério Público, em diversos julgados, tendo sido, inclusive, editada uma Súmula de número 234⁹.

Enquanto isso, a doutrina mostra-se bastante dividida. Um dos primeiros artigos escritos sobre o tema foi da lavra do saudoso advogado Antônio Evaristo de Moraes, em artigo clássico sobre o “Ministério Público e o Inquérito Policial”, no qual manifestava sua preocupação com a matéria e questionava a legalidade da investigação criminal realizada diretamente pelo *Parquet*¹⁰. Outros autores também já se posicionaram nesta mesma linha, podendo ser citados Juarez Tavares¹¹,

⁹ “A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia”.

¹⁰ *In Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 5, n. 19, p. 105-110, jul./set. 1997.

¹¹ Em parecer, como Procurador Regional da República, no HC nº 96.02.35446-1, do TRF da 2a. Região, Rel. Silvério Cabral, DJ 05.09.97.

Luiz Guilherme Vieira¹², Nelio Seidl Machado¹³, Miguel Reale Jr. e Eduardo Reale Ferrari¹⁴ e José Carlos Fragoso¹⁵, dentre outros.

Por oportuno, não poderíamos deixar de citar aqui o pronunciamento recente do Conselho de Direção do Grupo Brasileiro da Associação de Direito Penal, pela inconstitucionalidade da investigação criminal direta pelo Ministério Público¹⁶.

São, no entanto, favoráveis à investigação direta ministerial Paulo Rangel¹⁷, Hugo Nigro Mazzili¹⁸, Afrânio Silva Jardim¹⁹, Julio Fabbrini Mirabete²⁰, Lenio Luiz Streck e Luciano Feldens²¹ dentre outros.

Diante do exposto, nossa conclusão é, em primeiro lugar, no sentido de reconhecer a inexistência de qualquer norma expressa que permita a investigação direta pelo Ministério Público, e constatar que a Constituição atribuiu expressamente à polícia tal função. Além disso, ainda que admitíssemos, apenas para argumentar, que artigos da Lei Orgânica do Ministério Público pudessem servir de fundamento, numa elástica interpretação com base em exceções implícitas, para o Ministério Público realizar a investigação sozinho, oferecer denúncia e ainda atuar durante a instrução processual, seríamos forçados a reconhecer sua inconstitucionalidade, por violação aos princípios constitucionais do Devido Processo Legal, do Contraditório e da Ampla Defesa, no mínimo.

Com relação ao inquérito policial, a atuação do Ministério Público como titular exclusivo da ação penal pública não o permite incorporar funções da

¹² Em texto apresentado na 149ª Reunião Ordinária do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, Brasília 19.11.03.

¹³ Notas sobre a investigação criminal, diante da estrutura do processo criminal no estado de direito democrático. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. 3, n. 5/6, p. 151-159, 1998.

¹⁴ Em “parecer elaborado em face dos Atos Normativos nº 314-PGJ/CPJ, de 27 de junho de 2003 e 324-CPJ/CGMINISTÉRIO PÚBLICO/CPJ, de 29 de agosto de 2003, editados pelo Ministério Público do Estado de São Paulo”, São Paulo, 21 de outubro de 2003.

¹⁵ In São ilegais os “procedimentos investigatórios” realizados pelo Ministério Público Federal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, v. 10, n. 37, p. 241/251.

¹⁶ O GBAIDP, juntamente com diversas entidades, assinou Manifesto pela inconstitucionalidade da investigação direta do Ministério Público.

¹⁷ *Investigação direta pelo Ministério Público: visão crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

¹⁸ *Op. Cit.*

¹⁹ *O Ministério Público e o Controle Externo da Atividade Policial*. In Livro de Estudos Jurídicos, no. 05, Rio de Janeiro, IEJ, 1992, p. 296.

²⁰ *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 1995, p. 77.

²¹ *Crime e constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2003

autoridade policial, cabendo ao *Parquet* tão somente requisitar diligências, bem como acompanhá-las, se quiser.

Data maxima venia das opiniões contrárias, consideramos que advogar a criação de “*exceção implícita*” (sic) a dispositivo constitucional que atinge direitos e garantias individuais é algo muito sério, especialmente quando se justifica a necessidade da investigação direta pelo Ministério Público, em suposto “desinteresse da polícia”. Ora, como detentor do controle externo da atividade policial, cabe ao *Parquet* tomar providências quanto a eventuais deslizes caso efetivamente ocorram, determinando a apuração de eventuais omissões ou crimes, e processando os policiais corruptos ou desleixados, mas nunca substituir-se à própria atividade policial sob este pretexto.

Por mais que se tenha notícia de países nos quais o Ministério Público realiza diretamente *investigações criminais*, o fato é que a legislação brasileira não prevê esta hipótese. Como aduz o ilustre processualista Antonio Scarance Fernandes “*entre nós, contudo, depende-se ainda de previsões específicas no ordenamento jurídico positivo, evitando-se incerteza a respeito dos poderes do promotor durante a investigação*”²².

Independente de considerações sobre possível alteração *de lege ferenda* na Constituição Federal, via PEC, o fato é que a Lei Orgânica do Ministério Público somente prevê a atuação de seus membros na colheita direta de prova em se tratando de atos preparatórios para uma ação civil pública, ou seja, especificamente no inquérito civil público.

O que não se pode admitir, sob pena de violação à Constituição, é a atuação à margem da lei de alguns operadores que insistem em proceder a tal tipo de investigação criminal direta. Para os que advogam pela necessidade de mudança legislativa, e pelo aumento dos poderes do *Parquet*, dentro de uma postura democrática e legalista resta aguardar a tramitação da Proposta de Emenda Constitucional nº 197/2003, cuja conclusão deve ser precedida do necessário debate legislativo.

Assim sendo, de acordo com a sistemática do direito brasileiro, resta claro que ao Ministério Público não foram atribuídos poderes para investigar

²² *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: RT, 1999, p. 245.

diretamente crimes ou para convocar diretamente pessoas através de notificações ou tomar depoimentos em seus gabinetes.

A instauração de procedimento ministerial direto de investigação contraria não só a Constituição Federal como também regras básicas do devido processo legal, pois a função de instaurar inquéritos e investigar crimes cabe à autoridade policial. Qualquer outra conclusão causaria um claro desequilíbrio aos pesos e contrapesos previstos pela Constituição na divisão dos poderes de investigar, sendo certo que dentro de um Estado Democrático de Direito o respeito aos princípios constitucionais deve sempre prevalecer, não se reconhecendo nenhuma *teoria de poderes implícitos*, sob pena de quebra da ordem constitucional e de insegurança jurídica. Afinal, todo e qualquer procedimento investigatório que envolve direitos individuais de liberdade deve estar devidamente previsto em lei, com suas etapas e poderes previamente determinados.

Por mais que se reconheça as boas intenções dos Promotores de Justiça empenhados em aumentar seu poder, entendemos que a melhor solução ainda é a manutenção do inquérito policial, e a implementação de um efetivo controle externo da Polícia por parte do Ministério Público, do que se substituir este àquele, nas mesmas funções. Até porque, como fica o controle sobre os excessos do Ministério Público?

Nossa esperança é que toda a controvérsia referente a este tema possa ser exercida a nível legislativo, respeitando-se o ordenamento jurídico vigente, que não prevê este tipo de investigação pretendida por alguns, por considerarmos que a existência de regras prévias, claras e atribuições bem definidas constituem essência do devido processo legal de um Estado de Direito, não se podendo admitir improvisações, poderes implícitos ou exercício arbitrário especialmente quando a liberdade de um ser humano, em relação ao qual prevalece a presunção de inocência, está em jogo.