

A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E O SISTEMA ACUSATÓRIO

Bruna Leon de Abreu¹
Carolina Belasquem de Oliveira²

RESUMO: O presente estudo pretende abordar a discussão a respeito do poder investigatório do Ministério Público a partir da análise do sistema acusatório. Para isso é realizada uma breve explanação acerca das modalidades de sistemas processuais penais, qual o adotado no ordenamento jurídico brasileiro, bem como qual sua previsão na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Procedese ainda uma sucinta análise acerca do que se entende por investigação criminal, e de maneira exemplificativa, abordam-se quais os princípios a ela inerentes, tal como seu papel na *persecutio criminis*. Após é realizado um breve estudo acerca do que vem a ser o Ministério Público, suas funções, garantias, características e princípios institucionais. Posteriormente, é realizado confronto dos argumentos contrários e favoráveis à legitimidade do poder investigatório ministerial, sendo estes baseados nas hipóteses em que o legislador não foi claro ao expressar sua verdadeira intenção, deixando margem ao surgimento de diversas interpretações.

Por fim, procede-se ao exame dos posicionamentos jurisprudenciais, os quais vem aumentando ante o expressivo avanço da discussão acerca do presente estudo, bem como do Projeto de Emenda Constitucional 37 de 2011, que atualmente aguarda julgamento no Plenário da Câmara dos Deputados.

Palavras-chave: Sistema Acusatório – Ministério Público – Investigação Criminal.

INTRODUÇÃO

1 Advogada. Graduada pela Universidade Católica de Pelotas (UCPel). Email: bruna-leonabreu@hotmail.com

2 Advogada. Aluna Especial do Mestrado em Direito e Justiça Social da Universidade Federal de Rio Grande (FURG). Pós Graduada em Direito Civil e Direito do Trabalho e Processo do Trabalho na instituição de Ensino Luis Flávio Gomes (LFG). Email: Carol-b-o@hotmail.com

A discussão em torno da legitimidade ou não do poder conferido ao Ministério Público investigar infrações penais, mediante adoção de procedimento investigatório próprio, é questão polêmica que vem dividindo opiniões na comunidade jurídica brasileira. A matéria deve observar a garantia constitucional da segurança jurídica do indivíduo em equilíbrio com a ordem social, pois, são preceitos de extrema importância, não só para o Estado Democrático de Direito, mas também para o sistema processual penal acusatório, adotado no ordenamento jurídico brasileiro.

Desta controvérsia é possível extrair-se a sintetização de duas correntes:

A primeira afirma não haver previsão constitucional que autorize a investigação criminal por parte do Ministério Público, através de procedimento próprio. Sendo ilegítimo e inconstitucional o desempenho de tal atividade pelos membros do *Parquet*, vez que a Carta Magna concedeu à Polícia Judiciária as atribuições inerentes às investigações criminais, consoante se denota no artigo 144, §4º da Constituição Federal.

Já a segunda alega decorrer, naturalmente, do papel institucional reservado ao Ministério Público pela Constituição Federal a função de conduzir a investigação criminal quando entender necessário, mediante procedimento administrativo próprio, sem estar obrigado a requisitar à autoridade policial as diligências investigatórias ou a instauração de inquérito. Tal argumento advém da previsão do artigo 129 da Constituição Federal, que concede ao Ministério Público a prerrogativa de expedir notificações em procedimentos administrativos de sua atribuição, requisitando documentos e informações para instruí-los, o que não deixa de ser uma investigação, dispondo, ainda, que cabe ao órgão ministerial exercer outras funções, desde que haja compatibilidade com a finalidade da instituição.

Desta forma, o presente estudo visa analisar, através da exposição dos argumentos doutrinários e jurisprudenciais, qual das alegações supracitadas é a mais adequada à efetivação do sistema processual penal acusatório, adotado no Brasil pela Carta Magna de 1988.

1. SISTEMAS PROCESSUAIS

De acordo com a evolução histórica, são três os sistemas processuais penais:

1.1. SISTEMA INQUISITÓRIO

Com origem no Direito Romano, o sistema inquisitório, regido pelo princípio do inquisitivo e com procedimento predominantemente escrito e sigiloso, caracteriza-se, principalmente, pela concentração de poder nas mãos de uma única pessoa, o juiz, que além de acusar, defender, e julgar o réu (não tendo este último direito ao contraditório e a ampla defesa), ainda realiza a produção de provas.

Segundo tal sistema, o interesse do indivíduo, seus direitos e garantias fundamentais, não podem prevalecer perante o interesse coletivo, motivo pelo qual, se admitia a prática da tortura como meio para se obter a confissão, considerada como elemento suficiente para a condenação do acusado.

O sistema inquisitório, com o decorrer dos anos, segundo entendimento de Aury Lopes Jr. “foi desacreditado – principalmente por incidir em erro psicológico: crer que uma mesma pessoa possa exercer funções tão antagônicas como investigar, acusar, defender e julgar”³, o que o levou ao declínio com o advento da Revolução Francesa.

1.2. SISTEMA ACUSATÓRIO

Advindo do Direito Grego, o sistema acusatório baseia-se no princípio do dispositivo, onde as funções de julgar, defender e acusar são conferidas a pessoas distintas, garantindo-se assim a imparcialidade do juiz, que aprecia a prova pelo sistema do livre convencimento motivado.

Aqui a prerrogativa da gestão da prova deixa de ser do juiz (como ocorre no sistema inquisitorial) e passa a ser das partes, que têm ampla liberdade para a sua produção.

O réu, por ser tratado como sujeito de direitos, e não mais como objeto de investigação, possui suas garantias individuais (constitucionais) respeitadas, imperando a liberdade de defesa, a igualdade de direitos e obrigações entre as partes e a vigência do contraditório e da ampla defesa, como garantia político - jurídica do cidadão, tendo-se como regra a liberdade do acusado antes da condenação.

A forma acusatória é, inegavelmente, a mais democrática de se conduzir o processo, cuja iniciativa cabe à parte acusadora, que pode ser o ofendido, seu

3 (LOPES Jr, Aury, 2007 apud TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues, 2012, p.40).

representante legal, qualquer cidadão do povo ou um órgão do Estado (Ministério Público). Sendo o processo oral ou escrito e público, ou seja, fiscalizável aos olhos do povo.

1.3. SISTEMA MISTO

Também conhecido como sistema acusatório formal, o sistema misto, surgiu após a Revolução Francesa, tendo como marco legal o Code D'Instruction Criminelle francês de 1808.

Caracteriza-se por unir as virtudes dos dois sistemas anteriores, dividindo o processo em duas grandes fases: a primeira de instrução preliminar, com elementos do sistema inquisitivo, na qual se procede uma investigação prévia (a cargo da polícia judiciária) e uma instrução probatória (patrocinada pelo juiz instrutor), com procedimento secreto, escrito, a cargo do juiz e sem contraditório. E a segunda de julgamento, com a predominância do sistema acusatório, onde se faz um juízo de contraditório, admitindo-se o exercício da ampla defesa e a livre apreciação de provas, estando presentes também as características de oralidade, publicidade e de concentração das provas processuais.

1.4. O SISTEMA ADOTADO NO BRASIL

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 adota o sistema acusatório no processo penal.

Porém, segundo entendimento dos doutrinadores Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, deve-se frisar:

Que não adotamos o sistema acusatório puro, e sim o não ortodoxo, pois o magistrado não é um espectador estático na persecução, tendo, ainda que excepcionalmente, iniciativa probatória, e podendo, de outra banda, conceder *habeas corpus* de ofício e decretar prisão preventiva, bem como ordenar e modificar medidas cautelares.⁴

4 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues, *Curso de direito processual penal*. 7ª Ed., Salvador: Juspodvm, 2012. p.41.

Esse é também o entendimento da Relatoria da Comissão do Projeto do Código de Processo Penal.

Já para o doutrinador Guilherme de Souza Nucci: “O sistema adotado no Brasil, embora não oficialmente, é o misto”.⁵

A afirmação do referido doutrinador advém do fato de que, em nosso ordenamento jurídico temos tanto traços do sistema acusatório, quanto do sistema inquisitivo, podemos perceber isto analisando o texto da Constituição Federal de 1988, onde estão presentes princípios que regem o sistema acusatório, bem como o conteúdo do Código de Processo Penal de 1941, que foi elaborado com base inquisitiva, trazendo diversos princípios que conduzem o sistema inquisitivo.

Os defensores do sistema misto utilizam como principal argumento para a defesa de tal sistema o fato de no processo penal brasileiro existirem duas fases, uma formada pelo inquérito policial (baseado no sistema inquisitório) e outra formada pela ação penal (baseada no sistema acusatório). Consta que a existência do inquérito policial, conforme preconizam os doutrinadores Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar: “(...) não descaracteriza o sistema acusatório, pois se trata de uma fase pré-processual, que visa dar embasamento à formação da *opinio delicti* pelo titular da ação penal (...)”.⁶

Tanto que, quando se está diante de produção de provas que não seja passível de repetição em juízo, deve-se observar que o inquérito policial deixa de ser puramente inquisitivo, visto que, neste caso, compete à autoridade policial assegurar a participação do indiciado, conferindo, assim, efetividade aos direitos fundamentais. Portanto, embora o Código de Processo Penal seja inspirado em princípios inquisitivos, deve ser interpretado conforme a Constituição Federal, que como já dito, adota o sistema acusatório, diante de tal fato, torna-se incabível a argumentação dos defensores do sistema misto.

A adoção do referido sistema no ordenamento jurídico brasileiro resta também evidenciada com análise jurisprudencial acerca do tema. É o que se

5 NUCCI, Guilherme de Souza, *Manual de processo penal e execução penal*. 6ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.117.

6 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Op. Cit. p.42.

depreende do julgamento do HC nº 70003938974, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgado em 24 de abril de 2002.

**processual penal. “habeas corpus”. sistema acusatório.
prova. gestão. prova testemunhal produzida de ofício pelo juiz.
ilegitimidade.**

**- NULO É O ATO PROCESSUAL EM QUE RESTAM AGREDIDOS OS
MANDAMENTOS CONSTITUCIONAIS SUSTENTADORES DO SISTEMA
PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO.**

**- A OFICIOSIDADE DO JUIZ NA PRODUÇÃO DE PROVA, SOB AMPARO
DO PRINCÍPIO DA BUSCA DA “VERDADE REAL”, É PROCEDIMENTO
EMINENTEMENTE INQUISITÓRIO E AGRIDE O CRITÉRIO BASILAR DO
SISTEMA ACUSATÓRIO: A GESTÃO DA PROVA COMO ENCARGO
ESPECÍFICO DA ACUSAÇÃO E DA DEFESA.**

- LIÇÃO DE JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO.

- ORDEM CONCEDIDA, POR UNANIMIDADE.⁷

Da mesma forma, ressaltamos a decisão da 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, proferida na Correição Parcial 70014869697.

**CORREIÇÃO PARCIAL. DECISÃO EX OFFICIO. BAIXA DOS
AUTOS À DP PARA EFEITOS DE RECONHECIMENTO DO RÉU.
VIOLAÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO.**

**O Juiz não pode, sob pena de ferir o sistema acusatório consagrado na
Constituição Federal de 1988, determinar diligências policiais,
especialmente reconhecimento do acusado pelas vítimas. No sistema
acusatório o réu é tratado como sujeito de direitos, devendo ter,
portanto, suas garantias individuais (constitucionais) respeitadas. A
regra é clara e comum: O Estado acusador, através do agente
ministerial manifesta a pretensão ao agente imparcial que é o Estado-
juiz. Essa imparcialidade que se apresenta mais nítida agora, com a
definição constitucional dos papéis processuais, é a plataforma na**

7 Habeas Corpus Nº 70003938974, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 24/04/2002

construção de uma ciência processual penal democrática, vedando a iniciativa *ex officio* na produção da prova. Correição acolhida, por maioria.⁸

Por conseguinte, após uma breve análise da doutrina e da jurisprudência fica claramente demonstrada a adoção, pelo ordenamento jurídico brasileiro, do sistema processual acusatório, não restando qualquer dúvida acerca do assunto. Passamos assim a estudar a aplicação de tal sistema na Constituição Federal e no Código de Processo Penal.

1.4.1. Previsão na Constituição Federal

A Constituição Federal de 1988 deixou nítida sua escolha pelo sistema acusatório ao instaurar, como função privativa do Ministério Público a promoção da ação penal, em seu art.129, I, *in verbis*: “São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”. Através do referido artigo podemos perceber claramente a intenção da Carta Magna de assegurar a imparcialidade do juiz (característica fundamental de tal sistema), que assim, fica a salvo de qualquer comprometimento psicológico prévio.

A adoção do aludido sistema, fica evidente também, no fato da fase investigatória ficar a cargo da policia civil, sob controle externo do Ministério Público, com isso, a autoridade judiciária, se mantém distante e imparcial, não atuando como sujeito ativo da produção da prova. É o que se depreende dos art.129, VII, CF e 103, XIII, “a” a “e” da Lei Complementar 734/93.

O sistema acusatório pressupõe, ainda, as seguintes garantias constitucionais:

a) O **tratamento igualitário das partes**, que decorre do princípio da isonomia, o qual pode ser observado no artigo 5º, I, CF:

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

8 Correição Parcial Nº 70014869697, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aramis Nassif, Julgado em 21/06/2006

e à propriedade, nos termos seguintes: I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

De acordo com o princípio supracitado as partes devem ser tratadas com igualdade baseando-se na bilateralidade da audiência, garantindo-se assim que as partes sejam igualmente tratadas no curso do processo, a fim de evitar a concessão de benesse em favor de uma delas.

b) A **inafastabilidade da tutela jurisdicional**, também conhecida como direito de ação ou princípio do livre acesso ao judiciário, dispõe, segundo o inciso XXXV do artigo 5º, CF que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Referido princípio pode ser também percebido no inciso LXXIV do artigo 5º do texto constitucional, conforme o qual “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Através deste fica assegurado a todo aquele que se sentir lesado ou ameaçado em seus direitos, o acesso aos órgãos judiciais.

c) A **garantia do juiz natural**, segundo a qual “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”, possui previsão no artigo 5º, LIII, CF. Diante do referido princípio, o autor da infração só poderá ser processado e julgado perante órgão a que a Constituição Federal atribui competência para julgamento.

d) O **devido processo legal**, consagrado no artigo 5º, LIV, CF, segundo o qual “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, é o princípio mais relevante do texto constitucional, vez que assegura todos os demais princípios previstos na Carta Magna de 1988.

e) O **princípio do contraditório**, pode ser encontrado nos seguintes incisos do artigo 5º do texto constitucional:

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.

LVI – são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

(...)

LXII – a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.

É um dos mais importantes princípios do sistema acusatório, vez que assegura a **ampla defesa** do acusado.

f) A **presunção de inocência**, onde conforme o inciso LVII do artigo 5º, CF “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, protege o acusado que cometer uma infração penal de uma possível sanção antecipada, ou seja, veda qualquer tipo de sanção sem prévio julgamento justo, conforme o devido processo legal e fundamentado no contraditório e na ampla defesa.

g) A **publicidade dos atos processuais**, de acordo com o inciso LX do artigo 5º da CF “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”. Tal princípio pode ser também constatado na redação do artigo 93, IX, CF, *in verbis*:

Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Portanto, conforme se depreende dos referidos artigos, podemos perceber que o princípio da publicidade estabelece a possibilidade de restrição, mas não eliminação a informação dos atos processuais, que devem ser públicos.

1.4.2. Previsão no Código de Processo Penal

Apesar do sistema processual adotado pela Constituição Federal de 1988, ser o acusatório, o Código de Processo Penal, por datar de 1941, ainda mantém em seu texto, mesmo com as constantes reformas que têm sofrido, diversos dispositivos que trazem à luz o sistema inquisitório, a esse respeito, podemos citar, a título de exemplo, alguns artigos do Código de Processo Penal:

a) Art. 5º - “Nos crimes de ação pública o *inquérito policial* será iniciado: (...) II - *mediante requisição da autoridade judiciária* (...)” (grifos nossos).

Segundo entendimento do doutrinador Paulo Rangel “(...) não há dúvida de que a possibilidade do juiz requisitar a instauração do inquérito policial (...) não foi recepcionada pela Constituição Federal”.⁹

Tal assertiva do referido doutrinador ocorre vez que a hipótese do aludido artigo fere o sistema acusatório, pois não distancia o juiz da persecução penal, ao contrário, autoriza que o inquérito policial seja por ele iniciado, não mantendo sua imparcialidade, prerrogativa principal do sistema adotado pela Carta Magna.

Para que o sistema acusatório fosse efetivamente cumprido, o juiz deveria, ao tomar conhecimento de fatos que admitem a persecução penal, aplicar o disposto no artigo 40 do Código de Processo Penal, remetendo tais informações ao Ministério Público, para que este adote as providências necessárias. Desse modo, seria totalmente respeitado o sistema acusatório, vez que o juiz ficaria afastado da persecução penal, só participando desta para decretar medidas cautelares, para analisar o requerimento de arquivamento do inquérito policial, ou para realizar o juízo de admissibilidade da denúncia oferecida pelo *Parquet*.

b) Art. 13 - “*Incumbirá ainda à autoridade policial: (...) II - realizar as diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público*” (grifos nossos).

Conforme preconiza o artigo 2º do Código de Processo Civil “Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais”, ou seja, se não há provocação da jurisdição não deve haver intervenção do Estado-juiz. Neste caso, portanto, não pode o juiz interferir na fase de investigação policial requisitando diligências, pois, para que o sistema acusatório seja respeitado, deve manter sua imparcialidade, agindo apenas quando provocado.

c) Art. 39 - “(...) § 4º *A representação, quando feita ao juiz ou perante este reduzida a termo, será remetida à autoridade policial para que esta proceda a inquérito*” (grifos nossos).

Segundo tal artigo, se a representação do ofendido for endereçada ao juiz, este pode determinar a instauração de inquérito policial, hipótese que fere o sistema acusatório. Neste caso, assim como no caso previsto no artigo 5º,II, do Código de Processo Penal, para que o sistema adotado em nosso ordenamento jurídico seja

9 RANGEL, Paulo. *Investigação criminal direta pelo ministério público: visão crítica*. 4ª Ed., São Paulo: Atlas, 2012. p.195.

respeitado, deve o juiz, ao receber a manifestação de vontade do ofendido, remetê-la ao Ministério Público, para que este tome as providências cabíveis, sendo garantida, assim, a imparcialidade da autoridade judicial.

d) Art. 155 - “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

Apesar da reforma do referido artigo, introduzida pela Lei 11.690/08, de acordo com o entendimento de Guilherme de Souza Nucci:

(...) continua a ser permitido ao julgador basear sua decisão final em elementos colhidos na investigação, embora não possa fazê-lo com exclusividade. Ademais, pode levar em consideração as provas cautelares em geral, advindas, também, da fase investigatória.¹⁰

Em outras palavras, apesar de já terem ocorrido reformas no atual Código de Processo Penal, este mantém em seu texto características do sistema inquisitório, vez que permite ao juiz fundamentar sua decisão com base em elementos colhidos na fase investigatória, a qual não assegura o contraditório e ampla defesa, ou seja, não respeita os direitos e garantias fundamentais, contrariando, ainda, o disposto no texto constitucional.

e) Art. 156 - “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao *juiz de ofício*: 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; II – *determinar*, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a *realização de diligências* para dirimir dúvida sobre ponto relevante” (grifos nossos).

Tal artigo também foi alvo de reforma pela Lei 11.690/08, porém, ainda não atendeu ao disposto na Constituição Federal, vez que continua autorizando o poder instrutório do juiz, permitindo que este determine a produção de provas na fase investigatória.

10 NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit. p. 119.

f) Art. 211 - “Se o *juiz*, ao pronunciar sentença final, reconhecer que alguma testemunha fez afirmação falsa, calou ou negou a verdade, *remeterá cópia do depoimento à autoridade policial para a instauração de inquérito*” (grifos nossos).

Neste artigo, conforme afirma Paulo Rangel “o código deixa claro que à época em que foi elaborado (1941) o juiz possuía forte poder inquisitivo determinando a instauração de inquérito policial com sério comprometimento de sua imparcialidade”.¹¹

Tal artigo deixa evidente a necessária reforma pela qual o Código de Processo Penal precisa passar para se adequar ao texto constitucional, que, prevê, em seu artigo 129, VIII ser função institucional do Ministério Público: “requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais”. Portanto, tal prerrogativa conferida pelo Código de Processo Penal ao juiz, contraria as disposições da Carta Magna e, conseqüentemente, o sistema processual acusatório.

g) Art. 311 – “*Em qualquer fase da investigação policial* ou do processo penal, *cabará a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício*, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial” (grifos nossos).

Embora o referido artigo tenha sido alvo de reforma pela Lei 12.403/11, ainda não está de acordo com o texto constitucional, nem com o sistema acusatório, pois permite que o juiz decrete a prisão preventiva *ex officio*, durante a fase investigatória, momento em que ainda não houve a provocação da jurisdição, ou seja, ainda não teve autorização para intervir (cf. artigo 2º, CPC).

Tais dispositivos fomentam ainda mais a discussão doutrinária quanto ao sistema processual adotado no Brasil, pois na Carta Magna temos inúmeros princípios que regem o sistema acusatório, enquanto no Código de Processo Penal, como podemos perceber com os artigos supracitados, são várias as possibilidades do juiz agir de ofício, caracterizando o sistema inquisitório, o que vai contra o texto constitucional.

Um exemplo disto é o entendimento do doutrinador Guilherme de Souza Nucci, o qual entende que: “(...) apesar de haver alteração no Código de Processo

11 RANGEL, Paulo. Op. Cit. p. 198.

Penal, continua ele com o seu caráter misto, numa formação *inquisitivo - garantista*¹².

Já Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, resolvem tal problemática, afirmando que:

(...) embora o Código de Processo Penal brasileiro seja inspirado preponderantemente em princípios inquisitivos – conquanto existam dispositivos inseridos pelas sucessivas reformas que prestigiam o sistema acusatório -, a sua leitura deve ser feita à luz da Constituição, pelo que seu modelo de processo deve se adequar ao **constitucional acusatório**, corrigindo os excessos inquisitivos (interpretação conforme a Constituição).¹³

Não nos resta dúvida de que o sistema processual adotado no Brasil é o acusatório, porém, tendo em vista os princípios inquisitivos presentes no Código de Processo Penal, para que tal sistema tenha efetividade, enquanto ainda não há uma verdadeira reforma do Código Processual com vista a adequá-lo ao texto constitucional e ao sistema por este adotado, devemos interpretá-lo à luz da Carta Magna para que tenha a maior eficácia possível.

2. **A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E OS SISTEMAS PROCESSUAIS**

A investigação criminal pode ser definida segundo o artigo 1º da Lei 49/2008, *in verbis*:

A investigação criminal compreende o conjunto de diligências que, nos termos da lei processual penal, se destinam a averiguar a existência de um crime, determinar seus agentes e a sua responsabilidade e descobrir e recolher as provas no âmbito do processo.

Nestes termos, podemos concluir que se trata um processo de reconstrução histórica do fato criminoso, uma das mais importantes e complexas atividades prestadas pelo Estado. Através desta o investigador busca obter informações e determinar a autoria, a materialidade e as circunstâncias do evento criminoso,

12 NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit. p.119.

13 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Op. Cit. p.42.

agrupando, assim, elementos para formação da *opinio delicti* do órgão acusatório, qual seja, o Ministério Público.

2.1. PRINCÍPIOS RELATIVOS AO PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO CRIMINAL

a) PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE – a publicidade dos atos e das atividades estatais, consagrada pela Carta Magna como direito e garantia fundamental, é a regra em nosso ordenamento jurídico (artigo 5º, inciso LIX, c/c artigo 37, caput, c/c artigo 93, IX, todos da Constituição Federal c/c artigo 792 do CPP), tendo o cidadão direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo, sob pena de responsabilidade, conforme dispõe o artigo 5º, XXXIII, primeira parte, CF.

Porém, o sigilo dos atos da administração pública, é exceção, aplicável quando “imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”, conforme a redação do artigo 5º, XXXIII, parte final, CF, bem como para a preservação da intimidade, honra e imagem das pessoas (artigo 5º, X e XII, CF), sendo aplicável também, quando necessário para o melhor esclarecimento do fato (artigo 20, caput, CPP).

A autoridade investigante deve expor os motivos pelos quais entende necessário o sigilo da investigação. Caso este seja decretado, pode ser questionado através de mandado de segurança ou até mesmo de habeas corpus, dependendo das conseqüências decorrentes da falta de acesso às informações.

Referido sigilo não se estende ao Ministério Público e tampouco a autoridade judiciária.

b) PRINCÍPIO DA DISCRICIONARIDADE – conforme Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, “a fase pré-processual não tem o rigor procedimental da persecução em juízo”¹⁴, portanto, por não haver determinação legal específica a respeito da necessidade de obediência de uma sequência de atos investigatórios, a autoridade competente pode conduzir as investigações a seu critério, isto é, da forma que achar mais adequada.

Porém, no auto de prisão em flagrante (artigo 304, CPP), no interrogatório (artigo 6º, V, CPP), e no reconhecimento (artigo 226, CPP), a autoridade competente

14 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Op. Cit. p.105.

deve observar aos requisitos e as formalidades previstas em lei. O mesmo ocorre com as restrições à liberdade do acusado, a quebra de seu sigilo fiscal, bancário, telefônico, de comunicações e de correspondência, onde a autoridade investigante deve respeitar as previsões de legalidade.

c) PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E IMPESSOALIDADE – a investigação criminal, quando da prática de infração penal, visa à colheita de elementos quanto à autoria e a materialidade do fato, portanto, em razão do princípio da moralidade, deve sempre buscar a verdade, através do esclarecimento dos fatos, pouco importando se a suspeita sobre o investigado irá se confirmar ou não.

Portanto, a autoridade investigante deve agir independentemente de seus interesses privados, de forma impessoal, sem intenção de beneficiar ou prejudicar o investigado ou a vítima.

d) PRINCÍPIO DA OFICIALIDADE – mesmo que a titularidade da ação penal seja atribuída ao ofendido, a investigação criminal deve ser presidida por autoridade constituída em órgão oficial do Estado.

e) PRINCÍPIO DA OFICIOSIDADE – nos casos de ação penal pública incondicionada, conforme prevê o artigo 5, I, CPP, a autoridade investigante, ao tomar conhecimento da prática de infração penal, deverá, obrigatoriamente, agir de ofício, ou seja, independentemente de provocação ou autorização, instaurando o inquérito e apurando os fatos. Excetua-se a esta regra, os casos de ação penal pública condicionada e ação penal privada (artigo 5º, §§ 4º e 5º, CPP), onde se faz necessária a prévia autorização da vítima para que a autoridade investigante possa atuar.

f) PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE – após a instauração da investigação, não pode a autoridade investigante dela dispor livremente, não podendo arquivá-la, segundo expressa o artigo 17 do CPP.

3. LEGITIMIDADE DA INVESTIGAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO: respondendo ao debate sobre a PEC 37/11.

3.1. MINISTÉRIO PÚBLICO

De acordo com o doutrinador Aury Lopes Jr. “(...) o Ministério Público foi uma parte fabricada para possibilitar o sistema acusatório e garantir a imparcialidade do

jugador”¹⁵, tal afirmativa advém do fato do *Parquet* ter sido criado na transição entre o sistema inquisitório e acusatório, o que proporcionou a separação das funções de acusar e julgar, assegurando, assim, a imparcialidade do juiz e a eficácia do sistema processual adotado no Brasil.

O Ministério Público é conceituado, no artigo 127 da Constituição Federal, como uma “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, que possui estrutura de acordo com a Lei 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público).

3.1.1. Princípios institucionais

Com a leitura do artigo 127, §§ 1º e 2º da Constituição Federal, podemos extrair os seguintes princípios:

UNIDADE – segundo o qual os membros do Ministério Público fazem parte de órgão só, independentemente de onde estejam localizados, sob a mesma chefia (Procurador-Geral da República ou Procurador-Geral de Justiça) e exercendo a mesma função.

INDIVISIBILIDADE – de acordo com o referido princípio os componentes do Ministério Público não agem no processo em nome próprio, mas sim em nome da instituição, o que permite que seus membros possam ser substituídos, uns pelos outros, no curso do processo.

INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL E ADMINISTRATIVA – tal princípio dispõe que os representantes do Ministério Público, mesmo hierarquizados, mantêm sua independência e autonomia no exercício das suas funções, podendo atuar livremente, desde que dentro da lei.

Os membros do órgão ministerial, portanto, não se submetem as decisões de outros poderes ou instituições e tampouco a atuação dos demais integrantes da instituição supracitada. Porém, tal princípio não exclui a subordinação administrativa dos representantes do *Parquet*, que podem sujeitar-se a fiscalizações, correições, e até mesmo punições do órgão hierarquicamente superior.

15 LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 9ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2012. p.731.

3.1.2. Organização

Conforme previsão do artigo 128 da Carta Magna, o *Parquet* envolve:

- O **Ministério Público da União**, composto pelo Ministério Público Federal, Ministério Público do Trabalho, Ministério Público Militar e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Tal órgão é chefiado pelo Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente da República, dentre os integrantes da carreira, maiores de 35 anos, após aprovação do nome pelo Senado Federal, por maioria absoluta, como mandato de dois anos, permitida uma recondução – artigo 128,§1º do texto constitucional.

- E o **Ministério Público dos Estados**, que assim como o Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios, é chefiado pelo Procurador-Geral de Justiça, escolhido pelo Governador, dentre integrantes da carreira cujo nome conste em lista tríplice, com mandato de dois anos, permitida uma recondução – artigo 128,§3º da Constituição Federal.

Com a Emenda Constitucional 45 de 2004, foi incluído no texto constitucional, o artigo 130-A, o qual criou o Conselho Nacional do Ministério Público, órgão controlador da atuação financeira e administrativa do *Parquet*.

3.1.3. Funções

A Constituição Federal, atribuiu-lhe, no artigo 129, I, a função de propor, com exclusividade, a ação penal pública, condicionada ou não, excetuando a esta regra o disposto no artigo 5, LIX, que confere ao ofendido, em caso de inércia do órgão ministerial, a titularidade da ação penal privada subsidiária da pública. Ainda no artigo 129 da Lei Maior, estão previstas as funções do *Parquet* de exercer o controle externo da atividade policial (inciso VII do referido artigo), e de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (inciso VIII do mesmo artigo). Além das supracitadas funções o artigo 257 do Código de Processo Penal traz, ainda, a previsão de que cabe ao Ministério Público, fiscalizar a execução da lei, agindo como *custus legis*, nas ações penais privadas.

Diante da observância das referidas funções atinentes ao *Parquet*, podemos perceber, que este, além de ser sujeito da relação processual, ao lado do juiz e do acusado, é também parte do processo penal. Porém, não é possível negar o caráter

de parte imparcial do Ministério Público, pois conforme preceitua Manuel Sabino Pontes:

Mesmo acusando crimes, o promotor não deixa de ser um fiscal da lei, apenas lhe sendo lícito promover denúncia se estiver convencido da criminalidade, bem como da existência de lastro probatório mínimo para fundamentar a acusação, assim como, obtendo prova da inocência do acusado ou discordando da pena imposta pelo juiz, por exemplo, tem o dever de atuar no processo em benefício do réu, buscando a correta aplicação da lei.¹⁶

Isto decorre do dever do órgão ministerial de defender os interesses da sociedade, fiscalizando a aplicação e a execução das leis.

3.1.4. **Garantias e vedações**

Visando assegurar a imparcialidade do Ministério Público, a Constituição Federal, conferiu a seus membros algumas garantias e vedações, quais sejam:

São garantias dos representantes do Parquet, de acordo com os artigos 128, §5º, I, CF, 38 da Lei 8.625/93 e 17 da Lei Complementar 75/93:

- **VITALICIDADE** – confere ao membro do Ministério Público, após dois anos de exercício da função, a impossibilidade de perder seu cargo, senão por sentença judicial transitada em julgado.

- **INAMOVIBILIDADE** – segundo a qual os integrantes do *Parquet* só podem ser removidos compulsoriamente de seus cargos, por razões de interesse público e mediante decisão do órgão colegiado competente, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, desde que assegurada à ampla defesa.

- **IRREDUTIBILIDADE DE SUBSÍDIO** – que segundo o artigo 39, §4º da Carta Magna é fixado em parcela única.

Segundo o artigo 128, §5º, II da Constituição Federal, as vedações aos membros do Ministério Público, ressalvadas exceções previstas em lei, são as seguintes:

16 PONTES, Manuel Sabino. Investigação criminal pelo Ministério Público: uma crítica aos argumentos pela sua inadmissibilidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1013, 10 abr. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8221>>. Acesso em: 3 jun. 2013.

- receber honorários, percentagens ou custas processuais;
- exercer a advocacia;
- participar de sociedade comercial;
- exercer qualquer outra função pública, salvo uma de magistério;
- exercer atividade político-partidária;
- receber auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas.

Conforme explicita o §6º do artigo 128 da Carta Magna, também se aplica aos integrantes do Ministério Público, o disposto para os magistrados no artigo 95, parágrafo único, inciso V, do texto constitucional, o qual impede o exercício da advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo, aposentadoria ou exoneração.

3.1.5. Impedimento e suspeição do membro do Ministério Público

De acordo com o artigo 258 do Código de Processo Penal “os órgãos do Ministério Público não funcionarão nos processos em que o juiz ou qualquer das partes for seu cônjuge, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive”.

Ademais estendem-se aos membros do Ministério Público, no que for aplicável, as hipóteses de impedimento e suspeição previstas aos magistrados (artigos 252 e 254 do Código de Processo Penal).

Contudo, conforme se depreende da Súmula 234 do Superior Tribunal de Justiça, a qual dispõe que “a participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia”, é importante ressaltar, que o promotor que participa da investigação policial não se torna impedido nem suspeito para oferecer denúncia.

Depois de verificarmos em que consiste a instituição Ministério Público, bem como o modo como se organiza, os princípios pelos quais é guiada, as funções que deve exercer, as prerrogativas, impedimentos e suspeições de seus membros, cabe-nos agora trazer à tona a grande discussão acerca da possibilidade da investigação direta realizada pelo referido órgão, citando tanto os argumentos contrários quanto os argumentos favoráveis a sua investigação.

3.2. ARGUMENTOS CONTRÁRIOS A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL REALIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Em primeiro lugar, trazemos os principais argumentos contrários à investigação pelo *Parquet*, para posteriormente fazermos um contraponto destes com as alegações que se mostram favoráveis à investigação presidida por tal órgão.

3.2.1. Função exclusiva da polícia judiciária

O principal argumento dos defensores da não investigação pelo Ministério Público advém da redação do artigo 144,§1º, IV, da Constituição Federal, o qual dispõe como atribuição da Polícia Federal “exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União”, bem como do §4º do supracitado artigo, que prevê incumbir a Polícia Civil “ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”.

Através dos referidos dispositivos a corrente doutrinária contrária à investigação ministerial afirma ser a investigação criminal uma **função exclusiva da polícia judiciária** (polícia federal e polícia civil), não cabendo a qualquer outra autoridade a realização de tal tarefa.

3.2.2. Ferimento dos princípios da paridade de armas e do processo igualitário

Guilherme de Souza Nucci ao afirmar que “o sistema processual penal foi elaborado para apresentar-se equilibrado e harmônico, não devendo existir qualquer instituição superpoderosa”¹⁷, traz a luz outro argumento contrário à investigação ministerial, que diz respeito ao possível **ferimento dos princípios de paridade de armas e do processo igualitário**, segundo os quais deve haver igualdade de forças entre os sujeitos ativo e passivo da investigação. Explicitam os defensores de tais argumentos que, se a investigação criminal ficasse a cabo do *Parquet*, o suspeito investigado teria uma grande desvantagem em relação ao acusador, pois este estaria com muito poder à disposição.

3.2.3. Ferimento aos princípios da imparcialidade e impessoalidade

17 NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit. p.147.

Outro argumento bastante levantado contra a investigação do *Parquet* é o **ferimento aos princípios da imparcialidade e impessoalidade** do mesmo, podemos citar como exemplo o entendimento do advogado Nelio Roberto Seidl Machado ao expor que

(...) o Ministério Público, assim procedendo, na seara do processo criminal, estaria como que assumindo o papel de parte não justaposta, nem paritária, mas sim o de parte privilegiada, em detrimento do sistema acusatório, prejudicando, visceralmente, a tarefa de valoração dos elementos de investigação coligados no inquérito policial, até porque estaria a estimar e avaliar conduta própria, fora por completo dos contornos e limites estabelecidos no art.144 da Constituição Federal.¹⁸

Como se depreende do exposto, para os protetores deste argumento, o Ministério Público, ao realizar a investigação, buscaria apenas indícios para fundamentar a acusação a ser realizada contra o investigado, agindo de acordo com os seus interesses pessoais na busca pela condenação do suspeito, e não conforme o interesse da sociedade.

Guilherme de Souza Nucci demonstra que a Carta Magna não previu a possibilidade do Ministério Público investigar, ao analisar o disposto nos incisos III, VII, VIII do artigo supracitado, que permitem ao órgão ministerial “elaborar inquérito civil, mas jamais inquérito policial”, exercer o controle externo da atividade policial, “o que não significa a substituição da presidência da investigação, conferida ao delegado de carreira”, bem como requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, “o que demonstra não ter atribuição para instaurar o inquérito e, sim, para requisitar a sua formação pelo órgão competente”.¹⁹

Portanto, segundo tal entendimento, não pode o *Parquet* realizar a investigação criminal diretamente, por não estar explícita sua previsão no artigo 129.

3.2.4. Inaplicabilidade do princípio da paridade de armas

18 (MACHADO, Nelio Roberto Seidl, 1988 apud RANGEL, Paulo, 2012, p. 164).

19 NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit. p. 146-147.

Conforme elucida Mauro Fonseca Andrade

(...) a igualdade pretendida pela corrente doutrinária que combate a investigação ministerial, de há muito não existe na fase prévia ao processo, não havendo como tal desigualdade passar a existir em razão do simples deferimento ao Ministério Público da possibilidade investigatória.²⁰

Tal afirmativa do referido doutrinador advém do fato de que durante a persecução penal, o Estado, inevitavelmente, possui larga vantagem sobre o investigado, presidindo o Ministério Público ou não a investigação, vez que dispõe de diversos meios de investigação, além de um enorme número de agentes à disposição para apurar o delito. Constata-se, portanto, que independentemente da investigação ser realizada diretamente pelo Ministério Público ou pela Polícia Judiciária não há quebra da igualdade de armas, vez que esta se demonstra utópica e inexistente na prática cotidiana do processo penal.

3.2.5. Teoria dos poderes implícitos

De acordo com a teoria em comento, popularmente conhecida como **quem pode o mais, pode o menos**, a Constituição Federal confere expressamente poderes e competências a órgãos e autoridades, conferindo, implicitamente, todos os instrumentos necessários para a plena viabilização dessas atribuições. Portanto, se o Ministério Público é o titular da ação penal (o que seria o mais), também poderá ele fazer suas próprias investigações, colhendo diretamente as provas necessárias (o que seria o menos).

Para o doutrinador Paulo Rangel

O sistema acusatório exige (...) que o Ministério Público faça a imputação de um fato certo e determinado com arrimo em provas seguras de autoria e materialidade da infração penal, podendo e devendo, se for o caso, colhê-las diretamente²¹.

20 ANDRADE, Mauro Fonseca. Op. Cit. p. 122.

21 RANGEL, Paulo. Op. Cit. p. 155.

Dessa forma, para que a denúncia possa ser oferecida com segurança, sem que se pratique qualquer injustiça, é necessário suporte probatório mínimo quanto à culpabilidade, tipicidade e ilicitude do fato.

Quanto ao assunto Aury Lopes Júnior entende que

O modelo atual está em crise e não cumpre satisfatoriamente com a sua função. Desagrada à defesa, por seu marcado caráter inquisitivo e a prepotência policial; aos juízes, porque o material proporcionado é imprestável (tanto sob o ponto de vista de valor probatório como, também, de fonte de informação); e, por fim, também desagrada ao destinatário final – Ministério Público –, pois a demora, as deficiências e o descompasso, entre o que realiza a polícia e o que necessita o promotor, acabam por prejudicar seriamente a atividade acusatória.²²

Prossegue o autor afirmando que “é inegável que melhor acusa quem por si mesmo investiga (ou comanda a investigação), da mesma forma que é mais bem conduzida a investigação por quem vai acusar”²³.

Portanto, como se pode perceber, segundo os defensores desta tese, por ser o Ministério Público o titular da ação penal, pode ele realizar a investigação criminal e colher diretamente as provas, assegurando que elas sejam seguras, lícitas e idôneas, garantindo ao acusado acesso a todos os meios legítimos de defesa, bem como a eficácia do sistema acusatório.

3.2.6. Artigo 129 da Constituição como cláusula de abertura

Os doutrinadores favoráveis a investigação criminal pelo *Parquet* rebatem as alegações de que o rol de funções institucionais trazido pelo artigo 129 da Constituição Federal seria taxativo, aduzindo que este dispositivo constitucional apresenta-se como uma **cláusula de abertura**, vez que permite ao Ministério Público, conforme seu inciso IX, o exercício de “outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com a sua finalidade”.

22 LOPES Jr., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Op. Cit. p. 244.

23 Idem. Ibidem. p.244.

Nesse sentido, o artigo 128,§5º da Carta Magna dispõe que “leis complementares da União e dos Estados”, “estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público”, com a combinação destes dois dispositivos do texto constitucional se demonstram vigentes, eficazes e válidas as Leis 8.625/1993 e Lei Complementar 75/1993, que legitimam a investigação pelo Ministério Público.

É o que se extrai do artigo 8º da Lei Complementar 75/93, ao afirmar que “para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, *nos procedimentos de sua competência: (...) V - realizar inspeções e diligências investigatórias*” (grifos nossos), bem como do artigo 26 da Lei 8.625/93 ao dispor que “no exercício de suas funções, o Ministério Público poderá: I - instaurar inquéritos *civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los: (...) c) promover inspeções e diligências investigatórias*” (grifos nossos).

Assim sendo, conforme os que seguem tal argumento, não há que se falar em previsão taxativa do artigo 129 e, portanto, inconstitucionalidade da investigação do Ministério Público, vez que o próprio dispositivo constitucional combinado com o artigo 128,§5º, autoriza a criação de leis complementares que estabeleçam as funções da instituição ministerial, deste modo, a investigação pelo *Parquet*, prevista nos artigos 8º da Lei Complementar 75/93 e 26 da Lei 8.625/93, demonstra-se plenamente constitucional.

3.3. A INCONVENIÊNCIA DA PEC/37 FRENTE À EFETIVAÇÃO DO SISTEMA ACUSATÓRIO

No dia 8 de junho de 2011 foi feita a proposição no Congresso Nacional, pelo Deputado Lourival Mendes, do Projeto de Emenda Constitucional nº 37/2011, o qual visa acrescentar um §10º no texto do artigo 144 da Constituição Federal, com o fim de definir a competência privativa para a investigação criminal pelas polícias federal e civis.

Vejamos a proposta de texto da PEC 37/11:

O Congresso Nacional decreta:

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º, do art. 60, da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O art. 144 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte § 10:

“Art. 144

.....

§ 10. A apuração das infrações penais de que tratam os §§ 1º e 4º deste artigo, incumbem privativamente às polícias federal e civis dos Estados e do Distrito Federal, respectivamente.

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua promulgação.²⁴

A PEC 37/11 já teve parecer pela sua admissibilidade por parte da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados e atualmente aguarda julgamento no Plenário.

Consta que, o supracitado Projeto de Emenda Constitucional despontou grande discussão entre os órgãos da Polícia Judiciária e do Ministério Público, que levantam diversos argumentos (citados nos pontos 3.2 e 3.3 do presente trabalho) quanto a sua admissibilidade ou não, porém aludidas alegações não passam de uma verdadeira briga política entre tais instituições, para se determinar a quem cabe à investigação criminal.

Contudo, conforme se extrai texto publicado pelo Promotor de Justiça de Santa Catarina, Jádél da Silva Júnior “a concentração em único sujeito dessa tarefa tem revelado sérios riscos ao sistema acusatório e ao próprio acesso a justiça”²⁵.

24 BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Emenda Constitucional Nº37/11. Proposta em 08 jun. 2011. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=72997BA5C42264D72102A6C10843FAC2.node2?codteor=969478&filename=PEC+37/2011> Acesso em: 02 jun. 2013.

25 JÚNIOR, Jádél da Silva. A PEC 37 e a investigação criminal. Disponível em: <<http://6promotoriadejusticabc.blogspot.com.br/2013/04/artigo-sobre-pec-37-otima->

Nesse mesmo contexto podemos citar o exposto na Nota Técnica do Conselho Nacional do Ministério Público sobre a PEC 37/11, ao dizer que esta,

ao invés de estimular a cooperação e a complementariedade dos esforços na elucidação dos atos criminosos, estabelece verdadeira relação de exclusão e, por conseguinte, de distanciamento entre os órgãos públicos competentes.²⁶

Ainda sobre o tema, Alexandre de Moraes ressalta que,

Para o bem da República, devemos substituir a estéril discussão sobre diminuição de mecanismos de defesa da sociedade (PEC 37) por uma melhor disciplina normativa sobre o tema, que permita efetivamente um avanço institucional. (...) Não há dúvidas da necessidade de aprimoramento na regulamentação normativa desse importante papel investigativo do Ministério Público. (...) O objetivo não deve ser cerceá-lo, mas discipliná-lo.²⁷

Com a análise dos supracitados posicionamentos, bem como com o estudo do Projeto de Emenda Constitucional 37/11, podemos concluir que esta se demonstra inconveniente e desnecessária, pois visa restringir a investigação criminal à Polícia Judiciária, retirando tal prerrogativa do Ministério Público, o que é um absurdo jurídico e um grave retrocesso ao sistema processual adotado no Brasil, pois este se preocupa em assegurar as garantias individuais dos cidadãos, o que é mais viável com a investigação podendo ser realizada por ambos os órgãos e não apenas por um destes.

Portanto, muito mais importante do que decidir quem vai realizar a investigação criminal (Polícia Judiciária ou Ministério Público), que é o objetivo da PEC 37/11, é definir como esta será realizada, para que se garanta a imparcialidade

leitura.html> Acesso em: 02 jun. 2013.

26 SANTOS, Roberto Monteiro Gurgel. Nota Técnica nº1 de 2012. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/nota-tecnica-cnmp-pec-37-29512.pdf>> Acesso em: 02 jun. 2013.

27MORAES, Alexandre de. Que modelo de combate a corrupção queremos? Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 19 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-19/justica-comentada-modelo-combate-corrupcao-queremos-pais2>> Acesso em: 02 jun. 2013.

do juiz e verdadeira efetivação do sistema acusatório, o que dependerá de uma significativa reforma no Código de Processo Penal visando sua adequação ao sistema processual vigente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com a evolução histórica, verificamos serem três os modelos de sistema processual penal existentes:

- O sistema inquisitório, que entrou em declínio com a Revolução Francesa, restando superado, vez que conferia as funções de julgar, defender e acusar a uma mesma pessoa.

- O sistema misto, defendido pela doutrina minoritária, através do qual o processo penal se dividiria em duas partes, sendo na primeira, de investigação criminal, adotado o sistema inquisitório e na segunda, da instrução criminal, o sistema acusatório.

- E o sistema acusatório, no qual as funções de julgar, defender e acusar são conferidas a pessoas distintas, sendo este o sistema processual penal adotado no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição Federal de 1988, conforme a análise da jurisprudência e da doutrina majoritária sobre o tema.

Foi com a adoção do sistema acusatório que surgiu a figura do Ministério Público, ficando este encarregado da acusação no processo penal, afastando tal prerrogativa do juiz, e garantindo, assim, a sua imparcialidade. Consta que, o Código de Processo Penal, por datar de 1941, ainda mantém traços do sistema inquisitório, autorizando o juiz a interferir na investigação criminal, ferindo, portanto, a Constituição Federal.

Por ser a investigação criminal, fase essencial da *persecutio criminis*, através da qual se buscam elementos de convicção capazes de justificar ou não o processo, evitando-se, assim, acusações infundadas, é que surge a discussão acerca da possibilidade de investigação direta pelo *Parquet*.

Segundo a doutrina contrária, a Carta Magna em nenhum momento autoriza que o órgão ministerial realize investigações, alega, ainda, que por ser este o órgão encarregado da acusação, não poderia conduzir as investigações, pois não saberia separar tais funções, tornando-se imparcial. Ocorre que o Ministério Público não é obrigado a realizar a acusação, tal órgão só o fará se encontrar indícios suficientes de materialidade e autoria do evento delituoso, portanto, ninguém melhor que o

próprio *Parquet*, para colher as informações, formando um suporte probatório mínimo para oferecer a denúncia com total segurança, garantindo-se, desta forma, que não hajam injustiças. Quanto à previsão constitucional, conforme analisado no curso do trabalho, o próprio artigo 129 do texto da Carta Magna autoriza que o Ministério Público realize “outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade”.

Diante de tal discussão, foi proposta no Congresso Nacional, no dia de junho de 2011 a Proposta de Emenda Constitucional nº 37/11, a qual visa acrescentar o parágrafo décimo no artigo 144 da Constituição Federal, estipulando ser a investigação criminal função exclusiva da Polícia Judiciária.

Ocorre que, o que deve ser buscado é a efetividade do sistema acusatório, mantendo-se a imparcialidade do juiz, através de um processo penal justo, com colheita de provas que assegurem a formação da *opinio delict* pelo órgão ministerial, que, de acordo com as provas colhidas, poderá ou não oferecer a denúncia. Diante disto, a PEC/37 demonstra-se inconveniente frente ao sistema acusatório, vez que não passa de uma briga política entre os órgãos estatais, onde um quer ser mais poderoso que o outro. Não é retirando o poder de investigação de um destes órgãos que o processo penal vai se tornar mais adequado, ao contrário, o que deve ocorrer é uma verdadeira reforma no Código de Processo Penal, para que este se adeque a Constituição Federal, e desta forma, ao sistema acusatório, por esta adotada. Só assim a investigação criminal será eficaz e justa, possibilitando o acesso de todos a justiça.

Portanto, deve ser mantida a investigação criminal por parte do *Parquet*, obviamente com uma devida regularização, para que, a Polícia Judiciária continue realizando as investigações criminais, sendo, nos casos de grande complexidade, auxiliada pelo Ministério Público, que possui mais condições, vez que é este órgão o encarregado de oferecer a denúncia, o que não prejudica sua investigação, por se tratar de órgão imparcial, pois só é obrigado a oferecer acusação nos casos em que ficar comprovada a autoria e a materialidade do fato, caso contrário, se o órgão ministerial obtiver prova da inocência do acusado ou discordar da pena imposta pelo julgador, terá o dever de atuar no processo em benefício do réu, buscando a correta aplicação da lei.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, Mauro Fonseca. *Ministério Público e sua Investigação Criminal*. 2ª Ed., Curitiba: Juruá, 2006.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 18ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2011.
- FURASTÉ, Pedro Augusto. Normas técnicas para o Trabalho Científico: explicações das normas da ABNT. 16ª Ed., Porto Alegre: Dáctilo Plus, 2012.
- JÚNIOR, Jádel da Silva. A PEC 37 e a investigação criminal. Disponível em: <<http://6promotoriadejusticabc.blogspot.com.br/2013/04/artigo-sobre-pec-37-otima-leitura.html>> Acesso em: 02 jun. 2013.
- LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 9ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2012.
- LOPES Jr., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 5ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2013.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 12ª Ed., São Paulo: Atlas, 2001.
- MORAES, Alexandre de. Que modelo de combate a corrupção queremos? Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 19 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-19/justica-comentada-modelo-combate-corrupcao-queremos-pais2>> Acesso em: 02 jun. 2013.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 6ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- PONTES, Manuel Sabino. Investigação criminal pelo Ministério Público: uma crítica aos argumentos pela sua inadmissibilidade. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1013, 10 abr. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8221>>. Acesso em: 3 jun. 2013.
- PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- RANGEL, Paulo. *Investigação criminal direta pelo ministério público: visão crítica*. 4ª Ed., São Paulo: Atlas, 2012.
- SANTOS, Roberto Monteiro Gurgel. Nota Técnica nº1 de 2012. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/nota-tecnica-cnmp-pec-37-29512.pdf>> Acesso em: 02 jun. 2013.

STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. *Crime e constituição: a legitimidade da função investigatória do ministério público*. 3ª Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 7ª Ed., Salvador: Juspodvm, 2012.

Sites consultados:

www.stf.jus.br

www.stj.gov.br

www.trf2.jus.br

www.tjrs.jus.br

www.tjsp.jus.br

www2.camara.leg.br