

3

A PRÁTICA DO “DIREITO PENAL DO AUTOR” NAS INVESTIGAÇÕES CRIMINAIS DO MP DESAFIANDO AS GARANTIAS DEMOCRÁTICAS

Doorgal Gustavo Borges de Andrada

Longe se ser apenas uma controvérsia processual e constitucional, a duvidosa possibilidade legal do MP proceder investigações criminais, sem que percebamos, é matéria que nos obriga e remete ao estudo da evolução do direito penal e sua prática desde os regimes totalitários e que deve ser visto também sob a ótica humanista e ética.

Nos parece também desafiar um estudo maior dos Direitos e Garantias Fundamentais inscritos na Carta Magna de 1988, pois quase criam um modelo de processo penal/penal inexistente por legislação, ofendendo estrita previsão legal própria da área do direito criminal.

Vale ainda ressaltar que – no nosso modesto entendimento – a denominação de Procedimento Investigatório (adotado pelo MP) materialmente equivale ao Inquérito Policial, pois visam o mesmo objetivo. Portanto, legalmente são similares e sinônimos.

Diz a lei que, tão logo o Ministério Público (também o Juiz) tenha conhecimento de fatos, em tese criminoso, por força do artigo 129, da Constituição Federal (prevê as funções institucionais do *parquet*), deve requisitar à autoridade policial a instauração de inquérito, na forma do CPP.

Noutra linha, o nosso sistema judicial-criminal concentra toda a investigação criminal nos órgãos de segurança pública, como a polí-

cia civil e a polícia federal, tudo em conformidade com o artigo 144, incisos I e IV, da Carta Magna. Ou seja, somente o Poder Executivo, através de seus órgãos, tem autorização do constituinte para investigação penal no Brasil.

Assim, diz a Constituição Federal:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado (...) 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:

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;

§ 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. (grifamos)

Visto, portanto, que o poder de investigação penal com o Ministério Público usurpa a função exclusiva do Poder Executivo de exercer a segurança pública, furtando a investigação do controle do Poder Judiciário.

A Constituição Federal trouxe os limites de atuação do Ministério Público em seu artigo 129, VIII. *In verbis*:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

VIII – requer diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais; (grifamos).

Outra agravante é que o MP ao iniciar um Procedimento Administrativo Investigativo com força de Inquérito Policial sequer obedece às regras do Código de Processo Penal afetas ao Inquérito Policial, pois, via de regra, não interroga o réu e nem solicita ao juiz a prorrogação do prazo para a investigação, conforme artigo 10, parágrafo 3º, do CPP.

A DEMOCRÁTICA TRIPARTIÇÃO DE PODERES

O texto constitucional e a lei processual foram sábios ao não dar o poder de polícia e atribuições de investigação ao Ministério Público, pois, a tripartição de poderes no Brasil é muito clara, diferentemente dos países parlamentaristas, nos quais não há uma nítida divisão de poderes.

A centenária tradição constitucional brasileira, reafirmada na Assembleia Nacional Constituinte em 1988, sempre foi a de uma República Federativa Presidencialista, definindo bem a função dos três poderes, diferentemente do continente europeu onde em vários países o Ministério Público e a Magistratura são uma só carreira e é dada ao juízo de instrução a faculdade de investigar os crimes.

Cumprir dizer que, nos Estados Unidos da América, por exemplo, o Ministério Público ainda é órgão vinculado do Poder Executivo e, portanto, em diversas oportunidades a lei lhe concede autorização para proceder à investigação criminal, tal como as polícias.

Data venia, as interpretações que se fazem tendentes a atribuir ao MP o poder de polícia judiciária surgem da minoritária corrente chamada de “direito alternativo” ou, em decorrência também, da politização interna ou concentração de poderes, sendo que nenhuma das linhas de pensamentos entendemos que seja prudente o judiciário se curvar.

Convém lembrar que, no alto da hierarquia legislativa, predomina, soberana, a Lei Magna, a Constituição do Brasil, com domínio geográfico e domínio de competência sobrepostos aos domínios de todas as demais leis. Contra a Constituição Federal, nenhuma lei prevalece, nenhuma impera. (Telles Júnior, Godofredo. Iniciação na ciência do direito. São Paulo: Saraiva, 2001, citado por Führer, Maximilianus Cláudio Américo. Manual de direito público e privado. – 16. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.)

O CÓDIGO DE PROCESSO

No mesmo sentido, o Código de Processo Penal, em seu artigo 4º, é claro e autoriza somente à autoridade judiciária presidir o inquérito policial sob o controle do Poder Judiciário, conforme o parágrafo primeiro do artigo 10.

Em nenhum momento, a Constituição Federal ou o CPP concedem autorização ao Ministério Público para investigar ilícitos penais. Aliás, esse trabalho de investigação técnica requer preparação, treinamento, criminalística, e estudos apropriados oferecidos somente nas academias das polícias civil e federal.

Alguns argumentam que, se o Órgão Ministerial pode denunciar, pode então fazer o “menos” que é investigar. Se fôssemos neste raciocínio desconexo e sem fundamento técnico-jurídico, também afirmaríamos que se o magistrado pode receber a denúncia (o “menos”), pode o “mais”, ou seja, denunciar, o que seria um absurdo sustentar.

Se o MP é autor do Inquérito Policial, podemos então imaginar um magistrado requisitando do Ministério Público a abertura de inquérito e investigações criminais tal qual determina o Código de Processo Penal em relação à autoridade policial?

Ademais, poderá o cidadão deixar de ir à delegacia de polícia para se dirigir às promotorias de justiça e requerer a abertura imediata da investigação pelo MP para todos os crimes, como fazem as autoridades policiais? Estará o Ministério Público obrigado a instaurar procedimento investigatório (Inquérito Policial) de ofício ante toda *notitia criminis*, como os delegados de carreira são obrigados?

A garantia do cidadão de ver respeitados os seus direitos determina os limites da investigação e é um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Do contrário, continuaremos a assistir nos noticiários que entidades públicas e particulares, tais como a ABIN (Agência Nacional de Inteligência), a PM (Polícia Militar), detetives particulares, Ministério Público, Corregedorias, permanecerão exercendo funções de investigações criminais contra cidadãos comuns, autoridades, magistrados, governantes, etc. Portanto, o Poder Judiciário tem o dever e a obrigação de fazer prevalecer os limites estabelecidos na Constituição Federal e os preceitos do Código de Processo Penal.

Considerando-se, ainda que de forma aqui intencionalmente simplificada, o Estado de Direito não no sentido meramente formal, isto é, como “governo das leis”, mas, sim, como ‘ordenação integral e livre da comunidade política’ (esta a formulação de H.-P. Schneider, in: REP n. 7, 1979, p. 23.), expressão da concepção de

um Estado material de Direito, no qual, além da garantia de determinadas formas e procedimentos inerentes à organização do poder e das competências dos órgãos estatais, se encontram reconhecidos, simultaneamente, como metas, parâmetro e limites da atividade estatal, certos valores, direitos e liberdades fundamentais, chega-se fatalmente à noção – umbilicalmente ligada à idéia de Estado de Direito – de legitimidade da ordem constitucional e do Estado. (Sarlet, Ingo Wolfgang – A eficácia dos direitos fundamentais. 7. ed. rev. atual e ampl. – Porto Alegre: Livraria do advogado ED., 2007.)

HIERARQUIA DAS LEIS

No mesmo sentido, reforçando todo o arcabouço jurídico nacional que não concede direito ao MP de presidir a investigação criminal, fora apresentado o Projeto de Decreto Legislativo n. 128/2007, de relatoria do Deputado Marcelo Itagiba, no sentido de sustar a aplicação do dispositivo constante na ilegal Resolução n. 20/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público, CNMP, a qual prevê a instauração do procedimento investigatório referente a ilícito penal ocorrido no exercício da atividade policial, sendo que tal matéria deve, *data venia*, ser tratada em lei, jamais por Resolução.

Guardadas as devidas proporções, se entendermos como constitucional a Resolução n. 20/2007 do CNMP, que regulamentou a atuação do Ministério Público no Processo Penal, concedendo-lhe poderes que a Constituição Federal não previu, seria o mesmo que admitir uma Resolução do Comando da Polícia Militar regulamentando a participação dos policiais militares nas investigações criminais comuns.

Tal projeto pugna pelo afastamento do referido diploma, por entender que o Conselho Nacional do MP, ao editar atos normativos dispendo sobre o poder investigatório do Ministério Público, estaria usurpando funções dos demais poderes, em nítida afronta aos ditames constitucionais. *In verbis*:

No entanto, a despeito do limite claramente posto pelo constituinte, em grave ofensa ao regime jurídico vigente, mormente quanto às competências exclusivamente reservadas às polícias, extrapola-as avocando-as para si, por resolução de seu Conselho,

a competência para a instauração de inquéritos policiais e o controle interno das polícias. (...)

(...) Está clara, pois, no Texto Constitucional, a competência exclusivamente reservada à polícia para a instauração de inquéritos policiais, configurando excesso normativo, mormente por regramento de natureza secundária, estender esta competência aos órgãos do Ministério Público. Ainda mais em se tratando de ato normativo editado pelo próprio órgão ministerial. (...)

(...) O dispositivo questionado, fácil ver, inova a ordem jurídica, ilegitimamente, pois cria direito novo ao estabelecer prerrogativa inexistente na lei a membros do Ministério Público, em detrimento de competências constitucionais reservadas aos órgãos policiais, ofendendo vários dispositivos constitucionais, entre os quais – o Princípio da Separação dos Poderes.

Fere o princípio segundo o qual só a lei formal pode criar direitos e impor obrigações, positivas ou negativas (CF, art. 5º, inciso II), assim como, despreza o Princípio da Legalidade ao qual o Ministério Público também deve obediência (art. 37, caput), por se tratar de Princípio da Administração Pública. Ademais, usurpa a competência do Poder Legislativo (CF, art. 2º, caput), ao legislar mediante resolução, incorrendo em abuso do poder regulamentar pelo Executivo com graves implicações no plano jurídico-constitucional. (grifamos)

Acrescentamos que essa matéria em debate (investigação penal) é própria do CPP e não pode ser regulamentada fora desse diploma legal, sob pena de inconstitucionalidade. Assim como a Lei Organica da Magistratura Nacional (LOMAN) não pode, por exemplo, tratar dos requisitos da sentença, pois é tema do CPP.

INQUÉRITO E AÇÃO PENAL

A ação penal não pode ser considerada prolongamento do inquérito. Outrossim, a Constituição Federal dá ao Ministério Público autorização apenas para dirigir a ação penal, conforme artigo 129, I, *in verbis*:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

Neste sentido, trazemos precedentes de julgados :

PCO – CRIME CONTRA PREFEITO – INSTAURAÇÃO DE PROCESSO CRIMINAL – PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO E INVESTIGAÇÕES PROMOVIDAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO – ILEGITIMIDADE. Tendo em vista que não há no ordenamento jurídico norma expressa que atribua ao ‘Parquet’ competência para promover investigações preliminares na área criminal, e ante os inconvenientes que esse procedimento acarreta, impõe-se o reconhecimento da ilegitimidade do Ministério Público para deflagrar o processo criminal com base em expedientes produzidos pelo referido órgão no âmbito administrativo. (Data da publicação 15/02/2006, Relator Des. Paulo César Dias).

PROCESSO-CRIME DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA – DENÚNCIA OFERECIDA COM BASE EM INVESTIGAÇÃO PROCEDIDA PELO PRÓPRIO MINISTÉRIO PÚBLICO – ILEGITIMIDADE – ASSUNÇÃO DE ATIVIDADES POLICIAIS EM CRIMES PRATICADOS POR PREFEITOS MUNICIPAIS – VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL – DENÚNCIA REJEITADA. No texto da Carta Política nada há que possa ensejar premissa para que o “Parquet” assuma atribuições de natureza policial. Quando assim procede, assume o órgão de acusação postura que compromete sua isenção, até mesmo na perspectiva de fiscal da lei, porque estaria como que a avaliar sua própria conduta, prejudicando suas atribuições, notadamente as assentadas no art. 129 da Constituição Federal. (Data da publicação: 11/07/2006, Relator Erony da Silva).

Coadunando os entendimentos acima referidos, os julgados PCO n. 1.0000.06.435910-2/000, PCO n. 1.0000.03.402919-9/000, PCO n. 1.0000.08.475007-4/000, do Tribunal de Justiça de MG.

É até dado ao Ministério Público o direito de oferecer a denúncia dispensando o inquérito policial, mas desde que tenha elementos suficientes para isso. O inquérito policial é privativo da carreira de Delegado de Polícia, como prevê de modo claro a Constituição Federal de 1988.

Lembramos ainda, que, ao se deparar com fato criminoso num inquérito civil, há que ser investigado o fato nos termos dos Códigos Processuais.

NOSSA TRADIÇÃO CONSTITUCIONAL

Desde a primeira Constituição Federal da nossa República, de 1891, o Ministério Público é “parte” em toda a estrutura jurídico-penal e, assim sendo, não é moral e nem razoável atuar como “parte” e presidente das investigações a um só tempo.

Há grande debate, não se encontrando uniformidade na legislação, em torno da autoridade que deve dirigir a investigação criminal. (...).

(...) À polícia cabe, em um ou outro sistema, a incumbência de realizar os atos da investigação, agindo sob a direção do juiz ou do promotor. O Brasil, que desde o Império entregou à polícia o poder de investigar, caminhou em sentido inverso ao da inclinação mundial que coloca nas mãos do Ministério Público a supervisão da atividade investigatória. (Fernandes, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional* – 2. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.)

A Assembleia Nacional Constituinte através de sua soberania legitimou a existência do Poder Judiciário e é nela que estão os limites de atuação dele.

A mesma Constituição de 1988, desde a sua promulgação há 21 anos atrás, recepcionou integralmente o nosso Código de Processo Penal e não houve qualquer Emenda Constitucional que abolisse da autoridade policial as suas atribuições ou que estendesse ao Ministério Público o poder de polícia judiciária. Além da polícia judiciária, temos autorizados pela Constituição Federal apenas as investigações criminais pela CPI, IPM e TCO.

Nesse sentido, o estudo do renomado Antonio Scarance Fernandes, em seu *Processo Penal Constitucional*, 2000, p. 243/244:

(...) em síntese, a Constituição atribuiu à polícia a função de investigar as infrações penais, mas, na linha da tendência universal, previu o seu controle pelo Ministério Público e, por outro lado, restringiu, em parte, seus poderes de polícia em prol de maior garantia às pessoas presas ou submetidas a inquérito.

O novo panorama descortinado pelo texto constitucional tem suscitado avanço do Ministério Público na fase investigativa (...)

Não se trata, contudo, de atividade que substituiria integralmente a atividade de polícia judiciária, exercida pela autoridade policial, prescindindo-se do inquérito policial. Pela própria Constituição Federal, sem exclusividade, incumbiu-se aos delegados de carreira exercer a função de polícia judiciária (art. 144, §4º). Não foi a norma excepcionada por outro preceito constitucional. O que permitiu o art. 129, inc. VII, é acompanhamento do inquérito policial pelo promotor de justiça.

O avanço do Ministério Público em direção à investigação representa caminho que está em consonância com a tendência mundial de atribuir ao Ministério Público, como sucede em Portugal e Itália, a atividade de supervisão da investigação policial. 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.

A VOLTA DO “DIREITO PENAL DO AUTOR”

O direito moderno evoluindo desde a Revolução Francesa de 1789 e, sobretudo, com a derrocada do fascismo e do nazismo na primeira metade do século XX, não admite que investigações policiais sejam feitas em desrespeito aos princípios constitucionais da impessoalidade e moralidade, sem falar que o direito deve caminhar lado a lado com a ética e a transparência.

Lamentavelmente, as investigações trazidas pelo Ministério Público (em sua quase unanimidade), *permissa venia*, violam o Estado Democrático. Preceitua o direito penal e processual penal para as investigações criminais que o Estado deve agir de ofício e obrigatoriamente ao receber uma *notitia criminis*. Porém, o Ministério Público quando investiga não observa a impessoalidade e passa a escolher as pessoas ou autoridades que lhe interessa investigar.

Ainda que pudesse o Ministério Público substituir a Autoridade Policial, se escolhe de modo não impessoal e não imparcial quais pessoas deseja investigar, afasta-se da previsão processual penal de investigar de ofício e de forma vinculada as *notitias criminis* que lhe chegam, ingressando na seara do “direito penal do autor” e se afastando perigosamente do “direito penal de fatos”, que é uma garantia de todos os cidadãos brasileiros em face da Constituição.

Esse modelo jurídico e essa prática crescente de atuação do Ministério Público, *data venia*, deturpam o sistema judiciário brasileiro, desprezando garantias asseguradas nos regimes democráticos. Isso porque o Ministério Público age sem limite e sem barreiras legais, já que não existe previsão específica para investigar e também se nega a observar a lei do inquérito policial (CPP).

Ora, vivendo a humanidade no alvorecer do 3º milênio não é concebível que o Judiciário brasileiro permita que a sociedade fique submetida a práticas jurídicas com resquícios e caprichos que renovam as tristes lembranças do “direito penal do inimigo” que vigorava no direito penal na era soviética, na legislação da Alemanha nazista e nos tempos de Mussolini na Itália. O Estado escolhia pessoas, e ignorava fatos, para investigar e processar.

A respeito do “direito penal do autor”, o Juiz Federal Nivaldo Brunoni (Revista e Doutrina do TRF da 4ª Região. “Ilegitimidade do Direito Penal de Autor à luz do princípio de culpabilidade”. Publicação: 19/12/2007) nos ensina que

por ser inferiorizado e perigoso, como nas hipóteses do sujeito nocivo para o povo e do delinquente habitual, o autor deve ser punido ou neutralizado porque representa um perigo à sociedade. Neste sentido, o direito penal de autor foi acunhado de direito penal de ânimo.

O Estado deve agir com todos da mesma forma, pois todos são iguais perante a lei. No mesmo raciocínio contrário à permissão de o Estado escolher algumas pessoas que mereçam ser processadas e punidas, de forma discricionária e não impessoal, são os ensinamentos de Raúl Zaffaroni e José Enrique Pierangeli (Manual de Direito Penal Brasileiro, Ed. RT, 1997, p. 124)

sabemos que, na prática, o sistema penal e seu regime de filtros fazem com que o direito penal de ato não se realize plenamente em nenhum país. Sem embargo, uma coisa é constar esse dado de realidade, e outra, muito diferente, é sustentar teorias que não só não tratem de conter ou controlar a deformação do direito penal de ato (...).

A GRAVE PONDERAÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS

Nos alerta o ilustre Ministro do STF Eros Grau, no artigo publicado na Revista “Justiça e Cidadania” (Edição 108, julho de 2009),

sobre os perigos decorrentes da ponderação entre princípios constitucionais:

interpretar o direito é formular juízos de legalidade, ao passo que a discricionariedade é exercitada mediante a formulação de juízos de oportunidade. Juízo de legalidade é atuação no campo da prudência, que o intérprete autêntico desenvolve contido pelo texto. Ao contrário, juízo de oportunidade comporta uma opção entre indiferentes jurídicos, procedida subjetivamente pelo agente. Uma e outra são praticadas em distintos planos lógicos.

(...) A interpretação do direito é inicialmente produção de normas jurídicas gerais. A ponderação entre princípios apenas se dá posteriormente, quando o intérprete autêntico decidir o caso, então definindo a solução que a ele aplica. A atribuição de peso menor ou maior a um ou a outro princípio é, então, opção entre indiferentes jurídicos, exercício de discricionariedade, escolha subjetiva estranha à formulação, anterior, de juízos de legalidade.

(...) Daí que os juízos de ponderação entre princípios de direito extirpam seu caráter de norma jurídica. Pretendo afirmar, com isso, que os princípios de direito não podem, enquanto princípios, ser ponderados entre si. Apenas valores podem ser submetidos a essa operação.

(...) Juízes, especialmente os chamados juízes constitucionais, lançam mão intensamente da técnica da ponderação entre princípios quando diante do que a doutrina qualifica como conflito entre direitos fundamentais. Como, contudo, inexistente, no sistema jurídico, qualquer regra ou princípio a orientá-los a propósito de qual dos princípios, no conflito entre eles, deve ser privilegiado, essa técnica é praticada à margem do sistema, subjetivamente, de modo discricionário, perigosamente. A opção por um ou outro é determinada subjetivamente, a partir das pré-compreensões de cada juiz, no quadro de determinadas ideologias. Ou adotam conscientemente certa posição jurídico-teórica, ou atuam à mercê dos que detém o poder e do espírito do seu tempo, inconscientes dos efeitos de suas decisões, em uma espécie de “voo cego”, na expressão de RÜTHERS. Em ambos os casos, essas escolhas são perigosas.

O que há em tudo de mais grave é, no entanto, a incerteza jurídica aportada ao sistema pela ponderação entre princípios. É bem verdade que a certeza jurídica é sempre relativa, dado que a interpretação do direito é uma prudência, uma única interpretação correta sendo inviável, a norma sendo produzida pelo intérprete. Mas a vinculação do intérprete ao texto – o que excluiria a

discricionariedade judicial – instala no sistema um horizonte de relativa certeza jurídica que nitidamente se esvai quando as opções do juiz entre princípios são praticadas à margem do sistema jurídico. Então a previsibilidade e calculabilidade dos comportamentos sociais tornam-se inviáveis e a racionalidade jurídica desaparece.

(...) A submissão de todos nós a essa tirania é tanto mais grave quanto se percebe que os juristas – em especial os juizes –, quando operam a ponderação entre princípios, fazem-no, repito, para impor os seus valores, no exercício de pura discricionariedade. (grifamos)

SOBRE A TRAMITAÇÃO DA ADIN N. 4271-8

Valiosas são também as manifestações da Advocacia-Geral da União (na ADIn n. 4271-8) recém protocoladas no STF em 18/08/2009 pelo então advogado-geral da União, Dr. José Antônio Dias Toffoli (atual Ministro do STF) que repudia a tese de o Ministério Público presidir ação penal.

Colacionamos alguns trechos:

(...) A redação dada pelo Constituinte originário aos transcritos dispositivos não deixa dúvidas de que o mesmo, ao tempo em que concedeu atribuição institucional ao Ministério Público para promover procedimentos investigatórios e inquisitórios na proteção de direitos difusos e coletivos – todos de natureza civil –, outorgou às polícias Federal e Civil dos Estados a competência para as atividades de polícia judiciária.

Ao fazer menção à lição de Álvaro Lazzarini, a fim de diferenciar os conceitos de “polícia administrativa” e “polícia judiciária”, Maria Sylvia Zanella di Pietro afirma que “a linha de diferenciação está na ocorrência ou não de ilícito penal. Com efeito, quando atua na área do ilícito paramamente administrativo (preventiva ou repressivamente), a polícia é administrativa. Quando o ilícito penal é praticado, é a polícia judiciária que age”.

Observa-se, pois, que as funções de polícia judiciária se preordenam à apuração – para fins de repressão – dos ilícitos penais. Nesse ponto, o texto Constitucional é taxativo ao afirmar que esta função de apuração de infrações penais é dos órgãos elencados no art. 144, da Carta Magna. [...]

Ora, partindo-se do limite interpretativo imposto pela literalidade do texto dos citados arts. 129 e 144 da Carta Maior, revela-se evidente que não se pode considerar implícita uma competência quando a Constituição a outorgou – *de modo explícito* – a outro órgão.

Noutras palavras, o que se pretende afirmar é que não é lícito sustentar a prevalência da tese segundo a qual “quem pode o mais, pode o menos”, em um campo em que o Constituinte declarou a sua vontade e consignou, diretamente a outro órgão, a atribuição que o Ministério Público pretende ver englobada.

A esse respeito, faz-se oportuna a referência ao interessante e minucioso artigo de Luis Guilherme Vieira:

Não é pelo fato de o Ministério Público poder o mais (controle externo das atividades da polícia judiciária e legitimidade ativa para promover os processos de natureza penal pública) que o legislador, implicitamente (“teoria dos poderes implícitos”), lhes conferiu poder o menos (investigar crimes), em virtude de limitações legais (explícita limitação àqueles argumentos sofistas). São singelas regras, demarcadas por claras linhas divisórias, que hão de ser respeitadas em uma República que se pretende oxigenada. Nos países democráticos, cada cidadão exerce sua missão na sociedade, com independência funcional, mas dentro dos hígidos parâmetros constitucionais e legais, não se permitindo que um invada as funções do outro. Devem, todos, sim, trabalhar como um time, com vista a atingir o fim almejado: salvaguardar o Estado de Direito Democrático. (sem destaques no original). [...]

Não obstante as considerações doutrinárias e as referências jurisprudenciais a respeito do tema, cabe consignar que, no âmbito do Congresso Nacional, já houve Proposta de Emenda Constitucional (PEC n. 197/2003 – Dep. Antonio Carlos Biscaia) que pretendia alterar a redação, no texto da Lei Maior, do inciso VIII, do art. 129, incluindo entre as atribuições do Ministério Público a possibilidade de realizar investigação criminal.

Afigura-se importante a menção a tal proposição legislativa, pois a intenção de modificar o texto da Carta Magna, a fim de incluir a aludida atribuição ao Ministério Público, revela bem que a atual conformação constitucional não legitima que o exercício dessa competência seja exercida pelo *Parquet*.

O controle externo das atividades da polícia judiciária é incumbência constitucional do Ministério Público. Da mesma maneira, na condução do inquérito policial, a função ministerial pública assume extrema relevância, pois através dela é que se processa esse controle sobre a atividade de investigação, realizada pela polícia judiciária. À autoridade judiciária cabe apenas o poder de aceitar – ou não – o pedido de arquivamento do inquérito policial conduzido pela autoridade policial, sob controle do Ministério Público (CPP, art. 28). Nas hipóteses de competência do chefe do Ministério Público (Procurador-Geral de Justiça ou Procurador-Geral da República), ou mesmo nos casos em que essa autoridade ratifica a manifestação de arquivamento anteriormente consignada, o pedido deve ser acatado pelo órgão judiciário.

Afigura-se pertinente destacar que são funções do Ministério Público o controle e a fiscalização da atividade policial, não se apresentando legítimo que esse órgão controlador assumira as atribuições do órgão controlador a fim de realizá-las. Nesse caso, a atividade ministerial estaria a salvo de qualquer controle externo, o que não se compactua com a estrutura do Estado Democrático de Direito.

Acresça-se que o acerto do perfil constitucional acerca da investigação criminal – de natureza acusatória – que destina à polícia judiciária a condução de tal tarefa, possui também relação estreita com a manutenção da imparcialidade do membro titular da ação penal, no caso, o órgão ministerial público. Acerca do tema, vale consignar, uma vez mais, as lições precisas – e incisivas – de Maurício Zanóide de Moraes:

(...) Não pode o Ministério Público proceder a diligências preliminares e diretamente conduzidas e executadas por ele para, ao final de seu trabalho, julgar se este seu próprio trabalho (investigativo), sua própria atividade foi boa ou ruim, ou seja, se os seus atos de investigação produziram ou não elementos de convicção suficientes e legitimadores de uma acusação com justa causa. Parece um tanto difícil ao ser humano reconhecer que um trabalho por ele mesmo empreendido não seja bom o suficiente para ele próprio iniciar uma ação penal. (...) (grifamos)

Os paralelos que se pretendem fazer com os sistemas jurídicos europeus, que atribuem ao Ministério Público a função de investigar crimes, desconsideram que a estrutura orgânica da persecução penal

do velho continente tem por base o sistema dos *juizados de instrução*, figura jurídica estranha ao perfil acusatório existente na estrutura jurídico-criminal pátria. A respeito da sistemática alienígena, esclarecedoras as palavras de Luis Guilherme Vieira:

Como se vê, ainda que inquisidor no Velho Mundo, não resta o público ministério senhor absoluto do procedimento; as provas que colhe na sua atividade investigatória são submetidas a juiz e se estabelece contraditório antes mesmo da instauração do processo, ao contrário do que vem fazendo em terras patricias, onde a promotoria instaura o procedimento, decide que diligências e inquirições realizar (e as realiza ao seu talante), mantém a defesa técnica ao largo da investigação e, ao fim e ao cabo, oferece denúncia com base unicamente nesse inquérito ministerial secreto (por eles batizado de procedimento investigatório ou administrativo criminal, como se o eufemismo fosse capaz de suavizar o escopo precípua, que é a promoção, às avessas, do inquérito policial), com cores da Inquisição e de Kafka, temperado à moda de ditadura militar nacional, do qual, durante o andamento, a ninguém dá satisfações.

Embora haja substanciosas manifestações doutrinárias nacionais em favor da sistemática dos *juizados de instrução* – e até propostas legislativas nesse sentido –, não se pode desconsiderar que *legem habemus*, respaldando todo o sistema persecutório acusatório. Nessa estrutura são inconfundíveis as funções de investigação, acusação e julgamento, devendo ser repelidas quaisquer tentativas de inversão em tal sistemática.

Isto demonstra que o legislador federal entendeu que os mecanismos atacados estão perfeitamente englobados no sentido de controle externo da atividade policial imposta pela Lei fundamental, ou seja, atendem perfeitamente a intenção do constituinte no sentido de impor um sistema de freios e contrapesos sobre essas atividades.

Assim, objetivando o controle externo da atividade policial, com vistas à implementação de um sistema de freios e contrapesos, fica afastada a alegação da requerente no sentido de que os incisos I e II do art. 9º da Lei Complementar nº 75, de 1993, provocariam “incontroláveis conflitos com o Poder Executivo, ao qual são subordinadas as polícia federal, dos Estados e do Distrito Federal”.