

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO: PARA ALÉM DA QUESTÃO DA (IM)POSSIBILIDADE¹

Mario Azambuja Neto²

Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais - PUC-RS;
Advogado

RESUMO: A questão da investigação criminal preliminar pelo Ministério Público transcende do enfoque corrente na dogmática pátria. Contudo, num primeiro momento, a questão da possibilidade ou não do exercício de tal método investigativo deve ser abordada, pois, conquanto contestada por parte da doutrina e jurisprudência, se se aferir a temática sob um enfoque hermenêutico, bem como considerando a necessidade de tutela de direitos fundamentais, inexoravelmente a conclusão será positiva. Evidentemente esta primeira questão deve ser analisada sob o âmbito da proporcionalidade, ou seja, será legítima a investigação criminal pelo Ministério Público se houver o respeito aos direitos e garantias fundamentais, evitando-se excessos que os agridam. Embora pertinente e necessária à abordagem do tema, esta primeira questão não o limita. Para além da possibilidade ou não da investigação pelo Parquet, está-se diante de uma outra questão: como deve ser realizada essa espécie de persecução. Buscando rever alguns conceitos ainda majoritários acerca da investigação criminal, o presente texto apresenta algumas hipóteses de solução ao problema, bem como algumas propostas para estabelecer-se a forma pela qual serão conduzidas as investigações pelo Ministério Público. Tem-se, por finalidade, assim, a apresentação de um modelo investigativo sem totalidades, confrontado pelo controle extrainstitucional do Ministério Público, na busca da adequação com o que se espera de uma investigação criminal preliminar ideal ao Estado democrático de direito.

PALAVRAS-CHAVE: Ministério Público. Investigação preliminar criminal. Direitos e garantias fundamentais. Princípio da proporcionalidade.

1 Noções introdutórias à compreensão do tema

Trata-se o tema a ser abordado no presente artigo da investigação preliminar criminal exercida pelo órgão do Ministério Público. Embora seja este o titular exclusivo da ação penal pública (artigo 129, I, da CF), a possibilidade do exercício da persecução preliminar criminal é um tema assaz controvertido nos âmbitos acadêmico, doutrinário e jurisprudencial. O problema central (conquanto existam outros) de tamanha divergência é o fato de não haver, no ordenamento jurídico, autorização “expressa” de tal função, tampouco regulamentação para tanto.

Enquanto em ordenamentos jurídicos como o italiano e o alemão, a figura do promotor investigador é a regra, no Brasil o exercício de tal atividade é subsidiário, pois enfrenta muita resistência pela doutrina e jurisprudência, acostumadas com o modelo tradicional de inquisição pela polícia. Assim, o tema é proposto de modo a romper esse primeiro paradigma, ao optar pela possibilidade da investigação criminal

¹ Enviado em 18/8, aprovado em 27/9, aceito em 25/10/2010.

² E-mail: mario.azambuja@acad.pucrs.br.

pelo Ministério Público, diante de um critério de proporcionalidade, para que, dessa maneira, possa-se enfrentar uma outra questão, talvez mais relevante: como deve ser realizada esta investigação. Portanto, estrutura-se o texto de modo a responder dois problemas: o da possibilidade da investigação criminal pelo Ministério Público, condicionando a sua legitimidade ao respeito das garantias do imputado; bem como o do modo pelo qual deve ser realizado tal método de persecução.

Para tanto, por meio de uma análise bibliográfica e documental, enfrentar-se-ão tais problemas da seguinte maneira: num primeiro momento, analisar-se-á a investigação criminal no Brasil e suas modalidades; após, vislumbrar-se-á a investigação criminal preliminar no Direito alienígena; por conseguinte, enfrentar-se-á o primeiro problema, qual seja, a possibilidade ou não da investigação criminal pelo Ministério Público, com fulcro nos direitos fundamentais e no princípio da proporcionalidade; assim, respondida essa questão preliminar, abordar-se-ão algumas sugestões de como deve ser realizada essa investigação, bem como quais seriam os mecanismos de controle.

Por óbvio que a inclusão da possibilidade investigativa criminal pelo Ministério Público não irá resolver os problemas do sistema. Ora, tais problemas transcendem o jurídico, recaindo na esfera política, por falta de investimento na infraestrutura da polícia, bem como nas técnicas de investigação. Contudo, pretende-se discorrer de modo a encontrar algumas melhorias no sistema, propondo algumas alterações. Ou seja: impõe um primeiro passo, mesmo que no âmbito jurídico. Então, para além de se tratar da temática num âmbito anacrônico de (im)possibilidade da investigação pelo Ministério Público, o objetivo que ora se propõe, embora sinteticamente diante da curta dimensão desse trabalho, é apontar algumas soluções para que se tenha uma investigação criminal eficaz e sem totalidades, isto é, uma investigação que respeite os direitos fundamentais e se compatibilize com o ideal de um Estado democrático de direito.

2 A investigação criminal preliminar: conceito e aportes fundamentais

A investigação criminal é instrumento pré-processual destinado à colheita de elementos que indiquem a (in)existência de um delito – conduta ofensora de bens jurídicos –, bem como a aferição de sua autoria. Colhem-se, portanto, na investigação, todos os elementos de convicção para a aferição de: a) se a conduta praticada pelo sujeito passivo da investigação está tipificada como crime (materialidade); b) se foi realmente o mencionado sujeito que perpetrou a conduta penalmente ilícita (autoria). Ato contínuo, concluída a persecução criminal, todo o álbum de elementos com potencial probatório, devidamente documentado em um expediente (de investigação criminal), é levado ao conhecimento do membro do Ministério Público – titular exclusivo da ação penal pública – competente, a fim de que este dê início ou não ao processo penal (apresentando a denúncia ou opinando pelo arquivamento), ou ainda solicite, à autoridade policial, novas diligências.

Dessa forma, conclui-se que a finalidade³ da investigação criminal é consubstanciar a convicção (formação da *opinio delicti*) do membro do Ministério Público competente para o ajuizamento da ação penal pública, sendo, pois, necessária uma análise desse importante instrumento pré-processual, bem como de suas modalidades clássicas, para que, posteriormente, possa-se verificar a problemática que envolve a persecução promovida pelo Parquet.

Com efeito, vale trazer à baila a conceituação de investigação criminal elaborada por Aury Lopes Júnior (2006, p. 40), que, partindo da análise de definições legais, assevera:

[...] podemos conceituar investigação preliminar⁴ como o conjunto de atividades realizadas concatenadamente por órgãos do Estado; a partir de uma notícia-crime ou atividade de ofício; com caráter prévio e de natureza preparatória com relação ao processo penal; que pretende averiguar a autoria e as circunstâncias de um fato aparentemente delitivo, com o fim de justificar o exercício da ação penal ou o arquivamento (não processo).⁵

Nessas perspectivas, afirma-se que a investigação criminal nada mais é, em síntese, do que a atividade pré-processual, por meio da qual se procede à colheita de elementos de convicção (evidências de prova), acerca da materialidade e autoria do fato delituoso - bem como de outros elementos pertinentes (causas de justificação, excludentes, etc.). Com isso, tem-se que tal atividade preliminar de colheita de elementos de convicção abrange uma série de atos, como, por exemplo, a inquirição de pessoas, a apreensão de documentos ou objetos, a realização de prova pericial, entre outras (o artigo 6º do Código de Processo Penal traz alguns exemplos de investigação). Observa-se, assim, que não são colhidos, nesta fase, tão só elementos para a formação da *opinio delicti*, mas, também, “outras informações relevantes acerca da materialidade e autoria de um fato criminoso”, ou seja, “diligências no sentido de localizar uma testemunha que [a autoridade investigante] pretenda ouvir”; bem como no sentido de obter todos os dados das pessoas envolvidas, sobretudo dos investigados. Entretanto, não se pode conceber como finalidade da investigação criminal a produção ou colheita de elementos que *provem* a existência de um ilícito, visto que, se assim fosse, desconsiderar-se-ia todo *elemento que apontasse para sentido oposto*; destarte, verifica-se como finalidade da persecução oportunizar subsídios ao Estado (no caso de ação penal de iniciativa pública, o Ministério Público) ou ao particular (no caso de ação penal de iniciativa privada, o ofendido), a fim de exercer o direito subjetivo de ação, bem como impossibilitar a acusação de forma temerária, infundada e fadada ao insucesso (CALABRICH, 2007, p. 51-60).

³ É evidente que, do jeito que as coisas estão - ou seja, com a permanência do instrumento de investigação nos autos do processo após sua formação - os elementos colhidos na investigação irão contaminar o juiz. Assim, muito pouco melhoraria a inserção da figura do juiz garante, eis que o juiz do processo também terá contato com elementos não confrontados pelo contraditório. Dessa maneira, impõe-se a opção de uma de duas possíveis soluções: ou se exclui o procedimento de investigação após a formação do processo ou se permite o contraditório nessa fase pré-processual.

⁴ Para fins de elucidação terminológica, Lopes Júnior (2006, p. 38) salienta que “[...] no Brasil, é tradicional o emprego de investigação criminal. A doutrina brasileira prefere utilizar investigação, reservando instrução para a fase processual. A nosso juízo [prosseguir o autor], o termo instrução pode ser utilizado, desde que acompanhado ao adjetivo preliminar, evitando assim qualquer confusão com a instrução definitiva realizada na fase processual” (grifo no original).

⁵ Em sentido semelhante: “Estando entre as funções do Estado a proteção de direitos fundamentais e a promoção da Justiça, a notícia da prática de um ilícito penal faz surgir para este o dever de, por meio de seus órgãos constitucional e legalmente legitimados, apurar o fato, de modo a confirmá-lo ou não, e de promover a ação penal correspondente, se for o caso” (CALABRICH, 2007, p. 50).

Ora, seria inconcebível, na constância de um Estado democrático de direito, a possibilidade de se expor ao constrangimento gerado pelo Processo Penal determinado indivíduo, sem que, para tanto, houvesse elementos robustos, passíveis de consubstanciar convicção acusatória por parte do titular da ação (Ministério Público ou particular).

Quanto à natureza jurídica⁶ da investigação criminal preliminar, deve ser levada em conta a análise da função, da estrutura e do órgão por ela encarregado. Ou seja: para se classificar a natureza jurídica da investigação preliminar (se é administrativa ou judicial), impõe-se aferir os atos que nela são predominantes. Exemplifica-se: embora o inquérito policial seja um procedimento inegavelmente administrativo, haverá, em determinados casos – possíveis restrições a direitos fundamentais (prisão preventiva) –, práticas de atos jurisdicionais. Tais circunstâncias, entretanto, não retiram a natureza administrativa do referido expediente investigatório policial (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 40-41). No Brasil, a tendência é que as investigações criminais ostentem a natureza administrativa. Assim, impõe-se uma análise, mesmo que superficial, de algumas das modalidades de investigação preliminar adotadas em nosso ordenamento.

2.1 As modalidades de investigação criminal preliminar aceitas pelo Direito brasileiro

Transpassadas essas questões conceituais, em relação à classificação dos procedimentos de investigação criminal, diz-se que há uma dicotomia, pois podem tais procedimentos ser divididos em: inquéritos policiais – de incumbência da Polícia Civil ou Judiciária, na denominação adotada pelo Código de Processo Penal (CPP) – e extra-policiais (TOURINHO FILHO, 2006, p. 64-65). Estes últimos são procedimentos levados a cabo por autoridades públicas distintas da policial, no âmbito dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Dessa forma, a fim de esclarecer as especificidades de cada método investigativo adotado pelo ordenamento jurídico pátrio, ir-se-á proceder à análise de cada um deles, de forma distinta.

2.1.1 O inquérito policial: uma síntese pertinente

As diretrizes e determinações acerca da procedimentalidade e instrumentalidade do inquérito policial, em suma, estão previstas nos artigos 4º a 23 do CPP, sendo que outros dispositivos esparsos do referido diploma também fazem menção àquele expediente investigatório. Na Constituição Federal, a única referência ao inquérito policial é feita no artigo 129, VII, no que assenta ser função institucional do Ministério Público

⁶ Lopes Júnior aduz que são duas as correntes principais a tratar da natureza jurídica da investigação preliminar, que a consideram como: a) *procedimento administrativo pré-processual*: quando a investigação estiver a cargo de um órgão estatal não vinculado ao Poder Judiciário, sendo presidida, pois, por agente não revestido de jurisdição – exemplifica-se como tal procedimento o inquérito policial, bem como, no Brasil, a investigação levada a cabo pelo Ministério Público, isto porque tal instituição tem vinculação (meramente administrativa) ao Poder Executivo brasileiro; b) *procedimento judicial pré-processual*: “quando a investigação preliminar está a cargo de um órgão que pertence ao Poder Judiciário e dirige a investigação com base na *potestas* que emana ao de pertencer ao Poder Judiciário [...]” – por exemplo, têm-se os modelos italiano e português, nos quais a investigação preliminar é incumbência do Ministério Público, constitucionalmente vinculado ao Poder Judiciário. (2006, p. 41-43, grifo do autor)

requisitar a sua instauração. Assim, pode se referir que o “inquérito policial é autêntico procedimento *administrativo*, presidido pela autoridade policial, com objeto e destinatário próprios” (FELDENS; SCHIMIDT, 2007, p. 14, grifo do autor).

Outrossim, havendo elementos suficientes para o embasamento da *opinio delicti* do titular da ação penal (Ministério Público), pode-se dispensar a instauração do inquérito policial, consoante os artigos 39, § 5º, e 46, § 1º, ambos do CPP. Todavia, tal premissa não significa que a autoridade policial tenha discricionariedade em instaurar ou não o referido expediente investigatório, visto que, ao tomar conhecimento de um ilícito criminal, lhe é obrigatória a sua instauração, não lhe cabendo qualquer juízo acerca de exclusão de ilicitude ou de causas de extinção da punibilidade, circunstâncias em que serão impositivas as interferências (deliberações) do Ministério Público e Poder Judiciário (ibid., p. 17-18).

2.1.2 Os inquéritos extrapoliciais (procedimentos de investigações criminais não policiais)

Os métodos de diligências ditos extrapoliciais têm como fulcro subsidiar a convicção do órgão do Ministério Público, para a oferta ou não da denúncia (ajuizamento da ação penal pública). Assim, quando aportados ao Parquet, podem eles receber a designação genérica de *notitia criminis* ou mesmo de peças de informação - não vinculando, sob nenhuma hipótese, a atuação do mencionado órgão (ibid., p. 57).

Especificamente, no âmbito do Poder Executivo, pode ser citada a investigação realizada pela Receita Federal, que, além de tal mister, ainda realiza operações de repressão a delitos, como, por exemplo as chamadas “barreiras” montadas para a repressão dos crimes de contrabando e descaminho. No mais, durante a ocorrência de delitos de sonegação fiscal, verifica-se a “representação fiscal para fins penais”, direcionada ao Ministério Público, como meio investigativo utilizado pelo mencionado órgão do executivo, no qual são veiculadas informações atinentes a movimentações financeiras do contribuinte-investigado, que visam a comprovar a materialidade do referido crime. Existe, por conseguinte, o Conselho de Coordenação de Atividades Financeiras, que, na esfera do governo, é responsável por ações no fito de combater crimes de “lavagem de dinheiro”, realizando, de seu modo, diligências investigatórias criminais. Não se encerram neste íterim as possibilidades de investigação criminal no âmbito do Poder Executivo (referem-se ainda aos procedimentos realizados na Corregedoria-Geral da União), mas pode-se ter noção das diversas modalidades investigativas existentes no Brasil (STRECK; FELDENS, 2006, p. 88-89).

Quanto ao Poder Legislativo, tem-se como exemplo a Comissão Parlamentar de Inquérito, erigida no § 3º do artigo 58 da CF88, sendo o CPP o instrumental normativo utilizado ao seu funcionamento, conforme dispõe o artigo 36, parágrafo único, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados⁷ (ibid., p. 90-91). Tal modalidade investigativa não fica adstrita ao âmbito da União, podendo, em face do princípio federativo, ser abrangida

⁷ Artigo 36: “A Comissão Parlamentar de Inquérito poderá, observada a legislação específica: [...] Parágrafo único. As Comissões Parlamentares de Inquérito valer-se-ão, subsidiariamente, das normas contidas no Código de Processo Penal.” (REGIMENTO INTERNO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, Resolução nº 17/1989).

aos Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, sendo que, por evidente, as limitações jurídicas de atuação nos referidos entes serão as previstas na Constituição Federal. É consectário lógico que a limitação do poder de investigação da Comissão Parlamentar de Inquérito, afora a hipótese de reserva de jurisdição, é a mesma prevista às modalidades investigativas nos âmbitos dos demais poderes, em especial a inerente à vinculação do juiz. Ademais, tal método investigativo tem autonomia no que respeita aos atos investigativos, prescindindo de autorização prévia do Poder Judiciário, podendo, inclusive, haver condução coercitiva de testemunha, bem como a determinação do afastamento do sigilo bancário dos investigados (FELDENS; SCHIMIDT, 2007, p. 64-68).

Para Streck e Feldens (op. cit., p. 92-93), ao Poder Judiciário compete - jamais à polícia - a persecução criminal diante da prática de crimes por magistrados - exegese do artigo 33 da Lei Complementar nº 35/79 (Lei Orgânica Nacional da Magistratura). O artigo 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal dispõe que "ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito." Não se pode confundir, entretanto, tais possibilidades investigativas com a possibilidade de coleta de provas pelo juiz no âmbito da investigação criminal - ou ação penal -, conforme dispõem os artigos 156 e 209, ambos do CPP, visto que nas primeiras a investigação é presidida por membro de Judiciário, enquanto nas segundas tais atribuições são de caráter subsidiário e facultativo (FELDENS; SCHIMIDT, 2007, p. 63-64). Aliás, estas últimas hipóteses, a nosso ver, devem ser revistas num crivo de constitucionalidade, pois carregam uma carga da inquisição, sendo passíveis de repriminar algumas indesejáveis situações de abusos e decisionismos, incompatíveis com o atual sistema constitucional (acusatório).

Por fim, vale esclarecer que, conforme estabelece o artigo 27 do CPP, qualquer pessoa do povo poderá provocar iniciativa do Ministério Público (a fim de providências criminais - ajuizamento da ação penal pública, por exemplo), entregando-lhe documentos, informações escritas ou demais evidências de prova que possam indicar a existência de um fato delituoso, com a indicação de tempo, local e demais elementos de convicção. No mais, há a possibilidade de investigação criminal presidida por membro do Ministério Público, conforme o artigo 18, II, parágrafo único, da Lei Complementar nº 75/93, em crimes cometidos por agentes ministeriais. As demais possibilidades de persecução criminal por membro do Ministério Público serão analisadas a seguir.

3 Investigação criminal preliminar e Ministério Público: uma análise do Direito alienígena

Antes de verificar a investigação criminal preliminar sucedida pelo Ministério Público no Brasil e toda a controvérsia em torno dela, pertinente é traçar alguns comentários sobre esse modelo de persecução pré-processual em outros ordenamentos. Escolheu-se discorrer sobre os paradigmas de investigação da Itália e Alemanha, eis que, nesses casos, embora não os únicos,⁸ a investigação é realizada pelo órgão acusador: o Ministério Público.

⁸ Optou-se por analisar somente esses dois ordenamentos primeiro, porque têm algumas semelhanças com o caso brasileiro; segundo, porque guardam algumas formalidades que poderiam ser utilizadas no Brasil (a pena de *inutilizzabilità*, italiana, por exemplo); terceiro, pelo curto espaço reservado nesse trabalho.

3.1 A investigação criminal preliminar na Itália

Com o objetivo de superar os resquícios inquisitoriais da fase de instrução preliminar, o *Codice di Procedura Penale* italiano de 1989, que substituiu o chamado *Codice Rocco*, de 1930, extirpou a figura do juiz investigador, passando tal atribuição ao órgão do Ministério Público.⁹ Essa modalidade investigativa, cunhada *indagini preliminari*, teve como inspiração o modelo alemão e adota como regra expressa, no artigo 358, que o Ministério Público, além dos elementos destinados à acusação, também busque elementos favoráveis ao acusado (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 262-263).

O Ministério Público italiano dispõe diretamente da polícia judiciária, sendo esta obrigada a comunicar por escrito os elementos essenciais já coletados àquele órgão, que poderá complementar, conforme o artigo 370.1 do Código de Processo Penal italiano, pessoalmente as atividades investigativas, valendo-se do auxílio da autoridade policial (delegado). Há, no modelo italiano, situações que podem ser enquadradas como investigações paralelas, as quais acontecem quando, mesmo após a entrega de elementos de investigação ao Ministério Público pela polícia, esta continuará investigando a existência de outros dados, novas fontes, etc., entregando-os, após conclusas, ao órgão ministerial (SANTIN, 2007, p. 114-115).

Já a Constituição italiana, no artigo 107, refere que os magistrados se dividem por suas funções, quais sejam: julgadora e postuladora - o Ministério Público seria responsável por esta última. Inclusive, aos órgãos do Ministério Público italiano são outorgadas todas as garantias destinadas aos juízes - isto é, o Parquet integra o Poder Judiciário italiano, apesar de carecer de poder jurisdicional (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 263-264). Noutras palavras, a magistratura italiana é composta por magistratura requerente (Ministério Público) e magistratura judicante (juízes) - *giudice per le indagini preliminari* (SANTIN, 2007, p. 114). A estes juízes garantes não são atribuídas funções de investigação, mas, tão só de efetivação das garantias processuais ao acusado, controlando quaisquer medidas restritivas de direitos fundamentais deste último (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 265).

Embora existam, em alguns casos, condições de procedibilidade para a instauração do processo penal (ajuizamento da ação penal) pelo Ministério Público italiano - a saber, *a querela*, *a istanza* e a *richiesta*¹⁰ -, esse sistema de investigação fortalece muito o referido órgão público (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 164). Ainda nos crimes que têm condição de procedibilidade para o exercício do *ius persecucionis*, há um prazo (decaencial) de seis meses para o ajuizamento da ação, contados da inscrição do nome do indiciado no registro de notícias de crime; nos crimes em que haja associação criminosa, bem como no caso de flagrante obrigatório (artigo 405 e 407 do Código de Processo Penal italiano), o prazo é de um ano (SANTIN, 2007, p. 116). Assim, se o Ministério Público não agir dentro desses prazos (propor a ação penal ou solicitar arquivamento), aplica-se a

⁹ ITALIA, *Codice di Procedura Penale*, del 24 ottobre 1989. Disponível em <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=2011>>. Acesso em: 15 maio 2010. É o que se tem do artigo 326: "Finalità delle indagini preliminari. 1. Il pubblico ministero e la polizia giudiziaria svolgono, nell'ambito delle rispettive attribuzioni, le indagini necessarie per le determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale." Tradução livre: "Finalidade da investigação preliminar. 1. O Ministério Público e a polícia desempenham, dentro de suas competências, as investigações necessárias para a determinação do exercício da ação penal".

¹⁰ Para maiores detalhes sobre as condições de procedibilidade, v. Lopes Júnior (2006, p. 264).

chamada pena de inutilizabilidade, sendo que os atos investigativos não mais poderão ser utilizados (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 267).¹¹

3.2 A investigação criminal preliminar na Alemanha

Conforme o § 160 do Código de Processo Penal alemão (*Strafprozeßordnung*), na Alemanha incumbe ao Ministério Público o encargo de investigar quando obtiver o “anúncio da suspeita da existência de um crime”.¹² Tem-se ainda, conforme o mesmo dispositivo, que as investigações não devem ser direcionadas apenas à colheita de circunstâncias que indiquem a existência do delito: deve-se estendê-las, também, a todos os elementos dos fatos ocorridos e suas consequências jurídicas, de modo que, para tanto, o Ministério Público possa se utilizar de auxílio (autorização) judicial.

Impende tal autorização judicial sempre que as medidas a serem tomadas pelo promotor alemão restrinjam direitos fundamentais, principalmente as que afetem a liberdade (exemplos: §§ 65, 114, 126.a, 161.a, todos do *Strafprozeßordnung*). As atividades investigativas do promotor alemão são variadas: pode obrigar o suspeito/investigado a se fazer presente, examinar documentos, sequestrar bens, etc. – para a execução de algumas medidas, deverá ter autorização judicial. Contudo, quando se tratar de medidas urgentes, poderá o Ministério Público efetuar-las sem autorização judicial, dependendo a sua validação de ratificação posterior pelo juízo (LOPES JÚNIOR, 2006, p. 270-272).

Além disso, o Ministério Público alemão é o titular exclusivo da ação penal pública, incumbindo-lhe o controle e direção da polícia judiciária. Além desses dois órgãos estatais (Ministério Público e Polícia), há ainda a figura do juiz na investigação. Trata-se de juiz garante e não instrutor, ao qual incumbe analisar da legalidade das medidas adotadas pelo promotor. Não lhe assiste, contudo, o poder de verificar a conveniência da posição adotada pelo órgão do Ministério Público, no juízo de admissibilidade da ação penal.

4 Investigação criminal preliminar procedida pelo Ministério Público brasileiro: uma questão de respeito aos direitos fundamentais

Questões que envolvem a atuação do Ministério Público têm alcançado na atualidade considerável espaço nos debates públicos. Como órgão autônomo e comprometido com a efetivação do Estado democrático de direito, o Ministério Público deve direcionar o seu agir a um enfoque mais condizente com as realidades da sociedade brasileira.

¹¹ É o que se tem também do artigo 407.3 do Codice di Procedura Penale: “Termini di durata massima delle indagini preliminari. [...] Salvo quanto previsto dall’articolo 415-bis, qualora il pubblico ministero non abbia esercitato l’azione penale o richiesto l’archiviazione nel termine stabilito dalla legge o prorogato dal giudice, gli atti di indagine compiuti dopo la scadenza del termine non possono essere utilizzati”. Tradução livre: “Ressalvado o disposto no artigo 415-bis, se o promotor não processar ou arquivar, no prazo fixado por lei ou prorrogado pelo tribunal, as etapas de investigação tomadas após o prazo, estas não poderão mais ser utilizadas.

¹² No original: “Sobald die Staatsanwaltschaft durch eine Anzeige oder auf anderem Wege von dem Verdacht einer Straftat Kenntnis erhält, hat sie zu ihrer Entschliebung darüber, ob die öffentliche Klage zu erheben ist, den Sachverhalt zu erforschen. 2) Die Ermittlungen der Staatsanwaltschaft sollen sich auch auf die Umstände erstrecken, die für die Bestimmung der Rechtsfolgen der Tat von Bedeutung sind. Dazu kann sie sich der Gerichtshilfe bedienen” (*Strafprozeßordnung*, 1987).

Nesse escopo de reestruturação institucional, diante da nova roupagem que lhe foi dada pela CF88, o Parquet propôs-se a proceder, de forma direta e independente, à investigação criminal, causando grande controvérsia na prática forense.

Com base em diversos argumentos que questionam a legitimidade ministerial para tal desiderato, foram propostas ações diretas de inconstitucionalidade¹³ bem como impetrados diversos *habeas corpus*¹⁴ perante o Supremo Tribunal Federal, buscando exaurir a possibilidade da persecução criminal pelo Ministério Público. Igualmente, muitos trabalhos científicos foram produzidos a fim de dirimir a controvérsia.

Embora o impasse acerca da possibilidade ou não permaneça no campo dogmático-científico, o problema maior não aí reside. A questão fundamental não é se o Ministério Público pode investigar, mas, sim, como deverá se proceder tal investigação, na medida em que não há regulamentação legal para tanto. Portanto, a legitimidade da investigação criminal pelo Ministério Público radica na forma como ela será realizada, e não mais em sua implementação. Sendo assim, somente alcançará tal *status* de legitimidade se houver o respeito às garantias e aos direitos fundamentais do investigado.

De toda a sorte, vale perquirir alguns argumentos doutrinários acerca da discussão primária (se pode ou não o Ministério Público investigar), a fim de subsidiar uma resposta à questão secundária (de que forma será realizada a investigação).

4.1 Da legitimidade do poder investigativo do Ministério Público brasileiro: uma análise crítica dos postulados doutrinários - possibilidade *versus* impossibilidade

O embate doutrinário acerca do tema, principalmente nos últimos anos, ganhou grande relevância. Os argumentos que sustentam ambas as teses são firmes e consistentes, e merecem uma análise dialética. Por uma questão didática, bem como pelo que se pretende com esse trabalho, abordar-se-ão apenas alguns dos argumentos suscitados pela doutrina: primeiro expõe-se uma tese denegatória do poder investigativo do Ministério Público; logo após, delinea-se sua respectiva antítese - e assim por diante, para, ao fim, chegar-se a uma conclusão passível de subsidiar a abordagem ora pretendida.

A primeira questão a ser suscitada pela doutrina contrária à investigação do Ministério Público aponta para o fato de que o Poder Constituinte e o legislador infraconstitucional regulamentaram topograficamente o espectro da atuação ministerial. Assim, concluir-se-ia que os dispositivos constitucionais/legais não permitem o entendimento de que o Ministério Público possua poderes investigativos, visto que o ordenamento jurídico pátrio define, com clareza, as atribuições daquele órgão na *persecutio criminis*, sendo tais atribuições restritas à prerrogativa - dever - de:

¹³ Em várias ações diretas de inconstitucionalidade, está sendo discutida, mesmo que de forma incidental, a investigação criminal pelo Ministério Público. Em especial, tem-se a ADI nº 3836, que ataca a Resolução nº 13/2006, que regulamenta a investigação pelo Parquet, oriunda do Conselho Nacional do Ministério Público. Os argumentos de todas as ações estão disponíveis em: <<http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/pesquisarPeticaoInicial.asp>>.

¹⁴ O *leading case*, que está sob votação, com dois votos já proferidos (do relator ministro Marco Aurélio, que votou contra o poder investigatório, e do ministro aposentado Sepúlveda Pertence, a favor) é o HC nº 84.548. Fonte: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?IdConteudo=111285&caixaBusca=N>>.

[...] a) requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, fundamentando, sempre e cumpridamente, a respectiva proposição; b) acompanhar a tramitação da *informatio delicti*, realizada pela autoridade policial; e, c) exercer o controle externo da atividade policial, na forma determinada em diploma legal pertinente (TUCCI, 2004, p. 75-78).

Nesse prisma, entende-se que o texto do artigo 129 da CF88 não prevê o poder investigatório do Ministério Público, pois extrair “interpretação em sentido contrário do rol contido no dispositivo constitucional referido [artigo 129] seria *legislar* sobre matéria que o constituinte *deliberadamente* não o fez”. Conclui-se que o Parquet, como ente público que é, ficaria adstrito ao controle do princípio da legalidade (BITENCOURT, 2007, p. 241).¹⁵

Como se observa frente a tais assertivas, bem como pelo fato de a CF88, no artigo 37, *caput*, evidenciar como princípio inerente à administração pública – vinculativo, pois, aos órgãos estatais (incluindo-se o Ministério Público, por óbvio) – a legalidade, ou seja, que somente será viabilizado o agir administrativo mediante a lei prévia, tem-se expressa, pelo texto constitucional (ou pela vontade do Constituinte originário), a impossibilidade de investigação criminal pelo Ministério Público diante de tal omissão legal.

Por outro lado, refutando os argumentos acima, alguns doutrinadores referem haver um “equivoco” interpretativo (incorrido pelos que tendem a “retirar” o poder investigatório do Ministério Público) que incidiria, basicamente, ao fato de que os poderes investigatórios criminais seriam intrínsecos à atuação ministerial, bastando uma minuciosa análise do texto constitucional/legal para se retirar tal conclusão, máxime ao se considerar a concepção atribuída a esse órgão com a insurgência do Estado democrático de direito, modelado pela CF88.¹⁶

Com efeito, no artigo 129 da Constituição, que dispõe sobre as “funções institucionais do Ministério Público”, há dois incisos que demonstrariam claramente a possibilidade de sua investigação criminal: inciso I, que impõe a obrigatoriedade de “promover, privativamente, a ação penal pública”; e IX, que possibilita o exercício de “outras funções”, desde que compatíveis com sua finalidade institucional. Verifica-se que a “norma constitucional sob apreço qualifica-se como uma cláusula de abertura – legalmente concretizável – ao exercício, pelo Ministério Público, de ‘outras funções’” (STRECK; FELDENS, 2006, p. 76-78), como, por exemplo, a investigação criminal. No campo legal, a legitimidade de tal função extrai-se dos artigos 8º, II e V, da Lei Complementar nº 75/93.¹⁷ Dessa feita, resulta nítida a relação *meio-fim* resultante da conformação entre

¹⁵ Nesse sentido, cabe referir que “[...] como na questão de competência dos órgãos jurisdicionais, é evidente que por força do princípio reitor (legalidade), as atribuições aqui também são exclusivas e, de consequência, excludentes, até para efeito de responsabilidade” (COUTINHO, 1994, p. 450).

¹⁶ Para se ter, ao menos, uma pequena noção da importância institucional do Ministério Público brasileiro após a Constituição Federal de 1988, basta um perpassar de olhos sobre o que refere o artigo 127, *caput*, da referida Carta: “O Ministério Público é 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”. Além disso, Streck e Feldens referem que: “Agora, alçado à condição análoga a um poder de Estado, o Ministério Público figura, em face das responsabilidades que lhe foram acometidas, no epicentro dessa transformação do tradicional papel do Estado e do Direito. Os princípios e as funções institucionais que lhe dão vida afiguram-se consagrados em uma Constituição democrática, a qual, afastando-o do Poder Executivo, tornou-lhe, em uma consideração programática, *esperança social*” (2006, p. 41, grifo do autor). Sendo assim, o Ministério Público deve ser concebido e praticado levando-se em conta suas funções inerentes de transformador social, utilizando-se de seus meios jurídicos para o exercício de suas atribuições, sempre objetivando a garantia dos direitos fundamentais, para o fim de que, realmente, seja erigido como guardião do Estado democrático brasileiro (RITT, 2002, p. 21-23).

¹⁷ Artigo 8º: “Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência: [...] II - requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta; [...] V - realizar inspeções e diligências investigatórias; [...] Parágrafo 2º Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido.” (BRASIL, *Lei Complementar nº 75, 1993*).

os dispositivos legais e constitucionais, sendo que a obrigatoriedade da promoção da ação penal pelo Ministério Público (inciso I do artigo 129 da CF) e a possibilidade de investigação (nos procedimentos de sua competência - artigo 8º, V, da Lei Complementar nº 75/93), dão acolhida à condicionante “outras funções” - inciso IX do artigo 129 da Constituição Federal (STRECK; FELDENS, op. cit., p. 81). Assim, concebe-se a investigação criminal pelo Ministério Público como função (poder) intrínseco ao próprio “ser” institucional conformado pela CF88.

Um segundo embargo levantado à investigação criminal pelo Ministério Público seria a historicidade. Afirma-se que, em toda discussão sobre a matéria, o legislador - constitucional/infracostitucional - optou por rechaçar tal hipótese de exercício no âmbito das atribuições do Parquet. Nesse intento, vale citar Luís Roberto Barroso:

No Brasil, historicamente, a competência para realizar as investigações preparatórias da ação penal sempre foi da Polícia. Em várias ocasiões, tentou-se modificar esse regime, mas as propostas foram rejeitadas. Isso foi o que aconteceu quando, em 1935, se procurou instituir juizados de instrução, proposta apresentada pelo então Ministro da Justiça, Vicente Ráo. O mesmo se passou em várias ocasiões, quando se tentou conferir atribuições investigatórias ao *Parquet*; propostas nessa linha foram rejeitadas na elaboração da Constituição de 1988, nas discussões que deram origem à lei complementar relativa ao Ministério Público, em 1993, e também nos debates que envolveram propostas de emendas constitucionais discutidas em 1995 e 1999. (BARROSO, 2003, p. 220)

No mesmo sentido, Diaulas Costa Ribeiro (2003, p. 185-186) destaca que o surgimento do intento ministerial, em alocar poderes investigatórios na Constituição Federal, deu-se com anteprojeto da Comissão Afonso Arinos, o qual havia por regulamentar o controle externo, pelo Ministério Público, da atividade policial. Nesse sentido, referindo-se a atribuições ministeriais, “o primeiro projeto da Comissão de Sistematização fez referência [...] à competência para ‘promover a instauração de inquéritos, requisitar investigações criminais, podendo acompanhá-las e efetuar a correição na Polícia Judiciária, sem prejuízo de permanente correição judicial’” (grifo do autor). No entanto, o autor aduz que, com o advento da Emenda nº 2T01579-8, optou o Constituinte, tão somente, pela atribuição ministerial de requisitar à polícia diligências investigatórias e instaurar o inquérito policial.

Observa-se, pois, que a vontade do Poder Constituinte Originário restou limitada ao reconhecimento, em se falando de investigação criminal, da faculdade requisitória do Ministério Público, sem que a este órgão fosse permitida a aferição, direta, dos elementos de convicção a consubstanciar a ação penal pública. Por tal motivo, restou silente a CF88 quanto à persecução penal preliminar realizada pelo Parquet.

Entretanto, advertem Lenio Luiz Streck e Luciano Feldens (2006, p. 109-110) que:

[...] toda e qualquer interpretação acerca da função investigatória do Ministério Público deve ser feita com os olhos voltados àquilo que o constitucionalismo contemporâneo nos legou: um Direito e um Estado com novos perfis. Ou seja, os modelos de Estado e de Direito da década de 40, que forjaram a tradição de “legitimidade

investigatória policial”, são absolutamente discrepantes dos atuais modelos jurídicos-estatais. O processo constituinte de 1986-88, que complementa a transição do regime autoritário ao regime democrático, passa a ser um marco interruptivo nesse modelo de investigação policial e de direito processual penal. *Por isto, a problemática relacionada à função investigativa do Ministério Público assume um viés nitidamente constitucional.* Fazer o contrário é reduzir o problema ao plano (inferior) da infraconstitucionalidade. É como se, em vez de interpretarmos as leis em conformidade com a Constituição, passássemos a interpretar a Constituição em conformidade com as leis e, quiçá, com leis anteriores à Constituição, o que implicaria fazer uma leitura inconstitucional da própria Constituição! (STRECK; FELDENS, 2006, p. 109-110, grifo dos autores).

Portanto, conclui-se que, ao se suscitar questões sobre as funções institucionais do Ministério Público “sem recorrer às teorias do Estado e do Direito, ínsitas a qualquer teoria da Constituição”, bem como de que, ao se utilizar da interpretação histórica, como pressuposto para aferição da impossibilidade da realização de diligências investigatórias criminais por aquele órgão, estar-se-ia por contrariar o ordenamento constitucional vigente, ferindo-se a Democracia Estatal (STRECK; FELDENS, 2006, p. 109-110).

Ademais, não se podem compreender as novas funções institucionais do Ministério Público, se apartadas desse novo caráter constitucional que lhe foi imposto. Deve-se também levar em conta as transformações que vem sofrendo o Direito Penal, bem como o avanço das condutas criminosas, em face da evolução social e tecnológica, o que impõe uma *filtragem constitucional* na legislação penal e processual penal, a fim de se obter a possibilidade da persecução criminal pelo referido ente (CLÈVE, 2007, p. 5). Assim, entende-se que uma possível decisão que obste a função investigatória do Parquet, mesmo exarada pela Corte denominada guardiã da Constituição Federal, estaria eivada de inconstitucionalidade.

Como visto, a controvérsia doutrinária sobre o tema é de altíssimo nível. Contudo, essa discussão, embora ainda relevante, restou um pouco desgastada diante do pronunciamento do STF em alguns casos paradigmáticos recentes, dando a impressão de que firmará entendimento definitivo sobre a matéria. Impende, assim, analisar, ao menos sumariamente, o entendimento “novo” do Supremo acerca do tema, elaborando possíveis críticas à fundamentação, já que ela peca em alguns aspectos.

4.2 O entendimento “atual” do Supremo Tribunal Federal sobre a investigação criminal realizada pelo Ministério Público: seriam consistentes os fundamentos?

Embora já tenha entendido diversamente (Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 81.326-7-DF), a tendência é o Supremo Tribunal Federal vir a firmar o entendimento acerca da legitimidade da investigação criminal pelo Ministério Público. Isso porque, em alguns julgamentos recentes, por unanimidade, posicionou-se nesse sentido, enfrentando muito bem a temática. Pragmatismo ou não - vale lembrar que um entendimento contrário levaria ao cabo uma infinidade de processos criminais já instaurados e uma gama infindável de investigações em andamento -, o entendimento da Suprema Corte revelou-se paradigmático.

Destarte, impende no momento uma breve análise à decisão do Supremo Tribunal Federal (dispensada no HC nº 89.837/DF) - em especial, nos seus fundamentos - a fim de que se possa constatar o grau de comprometimento com a matéria. Ora, a fundamentação é a condição de possibilidade para a legitimidade de uma decisão, sendo inconcebível uma qualquer fundamentação - ou seja, exige-se uma fundamentação que tenha substrato constitucional.¹⁸ A referida decisão está assim ementada:¹⁹

HÁBEAS CORPUS - CRIME DE TORTURA ATRIBUÍDO A POLICIAL CIVIL - POSSIBILIDADE DE O MINISTÉRIO PÚBLICO, FUNDADO EM INVESTIGAÇÃO POR ELE PRÓPRIO PROMOVIDA, FORMULAR DENÚNCIA CONTRA REFERIDO AGENTE POLICIAL - VALIDADE JURÍDICA DESSA ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA - CONDENAÇÃO PENAL IMPOSTA AO POLICIAL TORTURADOR - LEGITIMIDADE JURÍDICA DO PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - MONOPÓLIO CONSTITUCIONAL DA TITULARIDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA PELO "PARQUET" - TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS - CASO "McCULLOCH v. MARYLAND" (1819) - MAGISTÉRIO DA DOUTRINA (RUI BARBOSA, JOHN MARSHALL, JOÃO BARBALHO, MARCELLO CAETANO, CASTRO NUNES, OSWALDO TRIGUEIRO, v.g.) [...].

Conforme se observa, embora consistentes os argumentos da decisão do Supremo, sustentou-se a existência, além dos poderes constitucionalmente auferidos, de "poderes implícitos" do Ministério Público. É o que se extrai, também, do voto do ministro Celso de Mello (2009, p. 34), na referida decisão:

Impende considerar, no ponto, em ordem a legitimar esse entendimento, a formulação que se faz em torno dos poderes implícitos [...], cuja doutrina - construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no célebre caso "McCULLOCH v. MARYLAND" (1819) - enfatiza que a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos.

Tal argumento é deveras temerário, visto que sustentar a existência de poderes implícitos a órgãos estatais para que cumpram melhor (ou adequadamente) seu desiderato pode resultar em uma série de ambiguidades, e até arbitrariedades. Esse conceito pode abarcar uma série de situações que fogem dos critérios estabelecidos pela Constituição. Ora, se é direito fundamental do cidadão que o Estado somente possa agir sob o manto da legalidade, a instituição de tal teoria poderia, para justificar alguns fins (ilegais), driblá-lo. E isso seria inconcebível.

A função investigatória do Ministério Público emana do ordenamento constitucional, amparado pela legalidade (conforme se sustentou acima), e não de uma teoria

¹⁸ Ora, em primeiro lugar, vale aduzir que: se a Constituição condiciona todos os órgãos estatais, e se ela depende de sua força normativa para cumprir esse desiderato - ou seja, não há uma ordem jurídica supraconstitucional ou uma coação supraestatal para se determinar o seu cumprimento -, deve haver um equilíbrio consistente na obediência voluntária, por todos os órgãos estatais, à Lei Fundamental. Assim, a ideia de um "guardião da Constituição", como é o Supremo Tribunal Federal, que se situe à margem ou acima desse equilíbrio, provocaria, além da desestabilidade no ordenamento constitucional vigente, uma série de erros na aplicação/interpretação da própria Constituição, refutando a possibilidade de "solução adequada" (HESSE, 2009, p. 8-12). Destarte, passaria o Supremo Tribunal Federal, do status de "guardião da Constituição" à principal malfeitor dela, pois é o órgão estatal encarregado de sua interpretação/aplicação adequada.

¹⁹ Transcrever-se-ão somente os trechos da ementa que se pretende questionar à luz da Constituição, visto que ela é deveras extensa. Para conferir a íntegra, v. HC nº 89.837. relator: min. Celso de Mello. Brasília, DF, 20/10/2009. Disponível em: < [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(HC\\$.SCLA.%20E%2089837.NUME.\)%20OU%20\(HC.ACMS.%20ADJ2%2089837.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(HC$.SCLA.%20E%2089837.NUME.)%20OU%20(HC.ACMS.%20ADJ2%2089837.ACMS.)&base=baseAcordaos) >. Acesso em: 26 abr. 2010.

que tudo (ou quase tudo) pode abarcar. Assim, a assertiva de “quem pode o mais pode, também, o menos”, não serve de critério interpretativo, pelo menos num Estado dito democrático de direito que se estruture sem totalidades.

Ademais, mesmo que se entenda ser possível a investigação criminal pelo Ministério público - ou seja, respondida a questão preliminar se pode o Ministério Público investigar criminalmente -, deve-se enfrentar outra indagação, talvez até mais importante: de que forma seria realizada essa investigação? Parece óbvio (mas não o é) que essa questão tenha como premissa lógica o respeito das garantias e direitos fundamentais. Todavia, em muitas hipóteses, essa premissa é relativizada com um argumento - temerário - de que a fase de investigação seria de matiz inquisicional, não havendo, assim, espaço para o contraditório e a ampla defesa. Sem pretensão de adentrar na discussão sobre o sistema processual penal adotado pelo Brasil (inquisitivo, acusatório ou misto), vale deixar claro que a investigação criminal (mesmo se concebida no âmbito do sistema inquisitivo) não é um *locus* ausente do mundo. Ou seja, não é uma realidade fora do sistema e, portanto, deve sofrer influxos da Constituição Federal - aliás, uma filtragem constitucional nesse instante pré-processual é condição de possibilidade à sua legitimidade. Nesse prisma, debruçar-se-á o enfrentamento da temática.

5 A legitimidade da investigação criminal preliminar pelo Ministério Público em face do princípio da proporcionalidade: a fixação de alguns parâmetros

Quanto à possibilidade ou não da investigação preliminar criminal pelo Ministério Público, como visto, concluiu-se afirmativamente. Contudo, essa assertiva demanda uma outra questão, que pode ser traduzida com a seguinte premissa: é legítima a investigação criminal preliminar pelo Ministério Público se for realizada de modo a respeitar os direitos e garantias fundamentais. Ainda, o problema insere-se no como será realizada tal investigação.

Diante disso, pode se inserir como fio condutor da atividade investigativa ministerial o princípio da proporcionalidade em seu duplo viés - proibição de excesso e proibição de insuficiência de proteção. Em verdade, esse entendimento tem como pressuposto o fato de que os direitos fundamentais são ambivalentes, funcionando como direitos de defesa (negativos) e imperativos de tutela (positivos). Enquanto imperativos de tutela, os direitos fundamentais exigem a atuação do Estado de modo a protegê-los suficientemente, o que fundamentaria a investigação pelo Ministério Público; já enquanto direitos de defesa, tais direitos impedem que o Estado aja excessivamente em tal desiderato, o que permearia essa função do Ministério Público a não relativização das garantias constitucionais individuais.

Assim, vale discorrer, sinteticamente, sobre os temas referidos.

5.1 Os direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade

5.1.1 A multifuncionalidade dos direitos fundamentais

Tradicionalmente, aos auspícios do iluminismo, os direitos fundamentais ficaram consignados diante da necessidade de ruptura com o absolutismo. Eram concebidos

como os direitos do indivíduo em face do Estado – mais especificamente, conforme aduz Sarlet (2006, p. 55-56), os direitos de defesa, de não intervenção do Estado perante a esfera individual (perspectiva negativa).

Com a evolução do Estado liberal para modelos de Estado social e, por conseguinte, de Estado democrático de direito, além da referida perspectiva negativa (funcionando como direitos de defesa – indivíduo *versus* Estado), os direitos fundamentais passaram a operar como valores objetivos e, em decorrência disso, como imperativos de tutela, exigindo a proteção eficiente diante de ações do legislador e de terceiros (pessoas – jurídicas e físicas) (FELDENS, 2008a, p. 419-421).²⁰

Em outras palavras, além de protegerem a esfera de existência individual dos cidadãos em face do Estado, assegurando os direitos humanos individuais e civis, os direitos fundamentais passam a implicar um impulso de orientação protetiva contra terceiros, ao impor a atuação positiva pelo Estado nas esferas administrativa, legislativa e jurisdicional nesse desiderato. Com isso, as duas funções dos direitos fundamentais atuam com caráter complementar – ou seja, uma não anula a outra (HESSE, 2009, p. 34 et seq.).

Assim, considerando ter o Estado o monopólio da força, os direitos fundamentais como imperativos de tutela, em âmbito penal e processual penal, exigem também uma atuação positiva: a) como Poder Legislativo, o Estado deve elaborar leis destinadas à sua tutela; b) como Poder Judiciário, o Estado deve destinar a jurisdição à sua proteção; e c) como Poder Executivo ou Ministério Público,²¹ o Estado deve imprimir as investigações necessárias a elucidar os fatos que envolvem a lesão (ou colocação em perigo) daquelas entidades jurídicas (FELDENS, op. cit., p. 426).

5.1.2 A dupla face do princípio da proporcionalidade

A utilização clássica do princípio da proporcionalidade como mecanismo de sopeso à ação estatal em face do indivíduo encontrava-se vinculada a um cariz estritamente proibitivo de excessos – ou seja, o *Übermassverbot*.²² Quando, pois, se evidenciavam excessos por parte do Estado na intervenção na esfera individual, exsurgia este princípio, facetado por meio da proibição de excesso, para condensar os arbítrios daquele (Estado). Dito de outro modo, a proporcionalidade era deflagrada a fim de se evitarem atos estatais, quando eram desproporcionais ao fim a ser atingido, acarretando a restrição de um direito fundamental (individual) de determinado cidadão.

²⁰ Vale referir que o impulso na seara internacional para o reconhecimento da dupla perspectiva dos direitos fundamentais foi realizado, com fundamento na Lei Fundamental alemã de 1949, pela decisão proferida em 1958 pela Corte Federal Constitucional da Alemanha, no caso *Luth*. No Brasil, contudo, o tema ainda não foi objeto de grandes estudos, obtendo, assim, tímida, mas crescente, aplicação (SARLET, 2006, p. 141-143). Sobre outros desdobramentos possíveis no âmbito de sua chamada “dimensão jurídico-objetiva”, remete-se o leitor para Sarlet (2006, p. 142 et seq.). Já sobre as funções (a multifuncionalidade) dos direitos fundamentais (proibições de intervenção/ deveres de proteção – *Schutzpflichten* – e imperativos de tutela), v. Sarlet (2006) e seguintes. E, ainda, v.: Feldens (2008b, p. 58 et seq.). Em relação ao dever de proteção do Estado, pode-se citar Streck (2008, p. 6-8).

²¹ Isso porque o Ministério Público é vinculado, tão somente, administrativamente ao Poder Executivo, o que há de explicar a separação dos órgãos no texto.

²² Nesse ponto, em face da proibição de excesso, cabe referir que “[...] a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (*Abwägung*) entre os fins e meios [...]” (STRECK, 2004, p. 254). Da mesma forma, Sarlet (2004, p. 98-100) refere que “para aferição de seu dever de proteção, o Estado – por meio de um dos seus órgãos ou agentes – pode acabar por afetar de modo desproporcional um direito fundamental (inclusive o direito de quem esteja sendo acusado da violação de direitos fundamentais de terceiros).” Quando tal violação, nessa forma excessiva, por parte do Estado ocorre, está legitimada a utilização do princípio da proibição de excesso. O autor prossegue, referindo que a proporcionalidade, na sua dupla faceta (proibição de excesso e proibição de insuficiência), vincula “todos os órgãos estatais, de tal sorte que a problemática guarda conexão direta com a intensidade da vinculação dos órgãos estatais [inclusive o Ministério Público] aos direitos fundamentais [...]”.

Já o termo *Untermassverbot* (proibição de proteção deficiente ou insuficiente) teria sido utilizado pela primeira vez por Claus-Wilhelm Canaris, em *Grundrechte und Privatrecht*, de 1984, que ganhou, posteriormente, em âmbito criminal, importância na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, a partir da segunda decisão sobre o aborto, ou *Aborto II* (BverfGE 88, 203) - cf. Silva (2002, p. 27).

Na doutrina pátria, os precursores e principais expoentes da chamada “dupla face da proporcionalidade” são Lenio Luiz Streck, Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Feldens. Tem-se, quanto à proibição de insuficiência de proteção, conforme o primeiro autor, que:

[...] a proporcionalidade possui uma dupla face: *de proteção positiva e de proteção de omissões estatais*. Ou seja, [...] a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição e tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador (STRECK, 2004, p. 254).

Conclui-se assim que, ao considerar o Ministério Público um órgão estatal comprometido com a garantia e efetivação do compromisso constitucional, bem como estruturado de forma adequada para essa incumbência, tem-se por legítima a sua investigação criminal, diante da necessidade de proteção penalmente efetiva dos direitos fundamentais. Já a baliza da atuação daquele órgão dar-se-á no âmbito de um controle de proporcionalidade, a ser aferido pelo juiz. Noutras palavras: enquanto a proteção positiva de direitos fundamentais funciona, por meio da proporcionalidade (na via da proibição de insuficiência de proteção), como suporte de fundamentação da possibilidade da investigação criminal pelo Ministério Público, a proteção negativa dos direitos fundamentais (como direitos de defesa contra o Estado), por meio da proporcionalidade (na via de proibição de excesso), funciona como mecanismo de controle (exercido pelo juiz) de possíveis abusos do Parquet durante essa investigação. Ou seja, neste último caso, a investigação somente será legítima se procedida proporcionalmente, respeitando-se os direitos e garantias fundamentais.

Como se verá, o controle na fase inquisitorial pelo juiz das atividades investigativas - quiçá a serem exercidas pelo juiz de garantias - é condição de possibilidade para que se tenha um procedimento investigativo adequado ao ideal de um Estado democrático de direito. Assim, procederá, o juiz, à análise do caso concreto, mediante um juízo de proporcionalidade, anulando atos investigativos excessivos.

De outra banda, tão importante quanto à possibilidade de investigação pelo Ministério Público, está a forma pela qual será realizada esta investigação. É sobre este ponto que nos debruçaremos neste momento.

5.2 A investigação criminal preliminar pelo Ministério Público: como deve ser?

A busca de um “modelo ideal” de investigação não é um debate “popular” no Brasil. Não o é porque tanto a doutrina clássica como a jurisprudência abordam a temática superficialmente, sequer adentram em alguns pontos fundamentais. A questão da legitimidade da investigação criminal pelo Ministério Público não é diferente. Para além do tema da possibilidade, encontra-se o tema da forma: como deve ser essa espécie de investigação.²³ Esta é uma questão em aberto, pois não há legislação que regulamente tal atividade. Aliás, tem-se por insuficiente, como aporte de regulamentação, a Resolução nº 13/2006, oriunda do Conselho Nacional do Ministério Público, a qual estabelece regras para a atividade investigativa desse órgão (é questionável também a constitucionalidade de se regulamentar a matéria por meio de resolução²⁴). Portanto, é imprescindível e urgente criar uma lei que regulamente a atividade de investigação pelo Ministério Público.

Contudo, tentar-se-á, neste momento, apontar algumas diretrizes de como deve ser realizada a investigação pelo Ministério Público.

6 Uma análise do contraditório e da ampla defesa

É corrente na doutrina a argumentação de que a investigação preliminar é instrumentalizada por *procedimento* (e não processo) administrativo para apuração de ilícito criminal, o que induziria a não aplicação do artigo 5º, LV, da CF 1988. Ou seja: não haveria incidência dos princípios do contraditório e da ampla defesa, máxime pelo fato de inexistir possibilidade, nessa fase pré-processual, de qualquer finalidade sancionadora, sem qualquer imputação de penalidade ao agente. Conclui dessa maneira a doutrina pelo fato de ser o referido expediente investigativo inquisitorial. Aduz-se que não haveria o impedimento da participação do investigado ou seu defensor – circunstâncias que, em determinados casos, seriam pertinentes –, mas, sim, que a inobservância notadamente do contraditório não poderia induzir à nulidade das investigações (FELDENS; SCHIMIDT, 2007, p. 14-16).

Esse entendimento, para que detenha assento constitucional, deve se reduzir às circunstâncias de necessidade de sigilo nas investigações, ou de investigações ainda não concluídas. Diga-se: somente em relação aos elementos e documentos ainda não juntados ao expediente, por não terem sido concluídas as investigações que lhes deram origem. Ou seja, somente nestas circunstâncias seria viável a “relativização” do contraditório e da ampla defesa, sob pena de nulidade dos elementos colhidos nessa fase.

²³ Para um estudo mais aprofundado dessa temática, ver Lopes Júnior (2009, p. 325-336).

²⁴ Nesse sentido: “As resoluções que podem ser expedidas pelos aludidos Conselhos [Conselho Nacional de Justiça e Conselho Nacional do Ministério Público] não podem criar direitos e obrigações e tampouco imiscuir-se (especialmente no que tange à restrições) na esfera dos direitos e garantias individuais ou coletivas. O poder ‘regulamentador’ dos Conselhos esbarra, assim, na impossibilidade de inovar. As garantias, os deveres e as vedações dos membros do Poder Judiciário e do Ministério Público estão devidamente explicitados no texto constitucional e nas respectivas leis orgânicas. Qualquer resolução que signifique inovação será, pois, inconstitucional. E não se diga que o poder regulamentar (transformado em ‘poder de legislar’) advém da própria EC nº 45. Fosse correto este argumento, bastaria elaborar uma emenda constitucional para ‘delegar’ a qualquer órgão (e não somente ao CNJ e CNMP) o poder de ‘legislar’ por regulamentos. E com isto restariam fragilizados inúmeros princípios que conformam o Estado democrático de direito” (STRECK; SARLET; CLEVE, 2005, p. 23-24).

Conquanto se tenha criticado anteriormente a decisão do STF proferida no HC nº 89.837, tem-se que ela acertou - e muito - ao considerar que o Ministério Público em suas investigações não poderá:

[...] desrespeitar o direito do investigado ao silêncio (*nemo tenetur se detegere*), nem lhe ordenar a condução coercitiva, nem constrangê-lo a produzir prova contra si próprio, *nem lhe recusar o conhecimento das razões motivadoras do procedimento investigatório*, nem submetê-lo a medidas sujeitas à reserva constitucional de jurisdição, *nem impedi-lo de fazer-se acompanhar de Advogado, nem impor, a este, indevidas restrições ao regular desempenho de suas prerrogativas profissionais* (Lei nº 8.906/94, art. 7º, v.g.). - O procedimento investigatório instaurado pelo Ministério Público deverá conter todas as peças, termos de declarações ou depoimentos, laudos periciais e demais subsídios probatórios coligidos no curso da investigação, não podendo, o Parquet, sonegar, selecionar ou deixar de juntar, aos autos, quaisquer desses elementos de informação, cujo conteúdo, por referir-se ao objeto da apuração penal, deve ser tornado acessível tanto à pessoa sob investigação quanto ao seu Advogado. - O regime de sigilo, sempre excepcional, eventualmente prevalecente no contexto de investigação penal promovida pelo Ministério Público, não se revelará oponente ao investigado e ao Advogado por este constituído, que terão direito de acesso - considerado o princípio da comunhão das provas - a todos os elementos de informação que já tenham sido formalmente incorporados aos autos do respectivo procedimento investigatório. (grifo nosso)

Desta forma, não há de se falar em outorga de um poder discricionário e absoluto à autoridade investigadora, mas, sim, que algumas investigações, diante de hipóteses de imprescindível sigilo, devem correr à revelia do investigado. Ademais, a denegação do acesso às investigações deve ser fundamentada, de acordo com o artigo 93, IX, da CF (que abrande decisões administrativas), possibilitando o controle de proporcionalidade por meio da jurisdição. Ora, possíveis abusos por parte da autoridade investigante são comuns, e, por isso, considerando que o investigado é sujeito de direitos, pode ele, ocorrendo qualquer lesão, buscar guarida ao Poder Judiciário, utilizando-se dos instrumentos constitucionais e processuais existentes.

6.1 A definição da situação do sujeito passivo

No âmbito do inquérito policial, a questão do indiciamento é ambígua e confusa, pois não se tem a certeza de: a) quando (momento) alguém se torna sujeito passivo de investigação; b) que circunstâncias devem ocorrer para produzir essa situação; c) como se formalizaria essa situação; d) que direitos caberiam ao sujeito; e) que cargas assumiria esse sujeito passivo; f) quais seriam as consequências do indiciamento (LOPES JÚNIOR, 2009, p. 328). Na investigação pelo Ministério Público, muda-se o “inquisidor”, mas os problemas permanecem (LOPES JÚNIOR).

Assim, para se garantir ao sujeito passivo um mínimo de proteção contra os abusos eventuais, decorrentes dessa fase pré-processual, deve ser assegurado que: a) tão logo haja a imputação de um delito a alguém, ou seja, existam elementos suficientes a apontar a autoria de um delito, este possível autor deve ser chamado a comparecer

perante a autoridade encarregada das investigações (no caso, o Ministério Público); b) na comunicação de comparecimento, deve constar uma síntese da imputação, esclarecendo a condição em que o sujeito deve comparecer para declarar; c) tal comunicação informe, também, ao imputado o direito de comparecer assistido por advogado, bem como a possibilidade de solicitar um, caso seja economicamente hipossuficiente; d) no momento do interrogatório, se informe ao sujeito passivo sobre o seu direito de permanecer em silêncio, ressaltando-se que esse agir não induzirá a qualquer prejuízo à defesa; e) a autoridade encarregada advirta que o sujeito tem o direito a produzir provas e solicitar diligências (LOPES JÚNIOR, 2009, p. 329).

Evidentemente, ao se proceder dessa forma, seriam evitados os infundáveis abusos ocorrentes nas práticas investigativas nas quais, muitas vezes, o sujeito sequer sabe da imputação de um delito, tampouco das investigações: fatos que chegam ao seu conhecimento após meses. Nesse período, teve por restringidos diversos direitos fundamentais - intimidade, sigilo fiscal e sigilo de correspondências, por exemplo - sem que isso lhe fosse esclarecido, ou seja, sem ter o direito (possibilidade) de resistir à ação estatal. Esses menoscabos ao indivíduo - sujeito passivo de investigação - são correntes na prática. Por tal motivo, é indispensável que a pessoa saiba da condição de sujeito investigado, tão logo se tenha condições de assim identificá-lo.

6.1.1 A investigação criminal preliminar pelo Ministério Público e o controle jurisdicional: uma proposta democrática

Um outro ponto a ser analisado é a posição do juiz na investigação. Ou seja, quais serão as suas funções, para se evitar a reprimenda de um juiz de instrução? Assim, necessita-se investigar o seu âmbito de atuação. Para resolver esse problema, deve ser fixado um pressuposto: o juiz não deve investigar. Essa regra de limitação deve ser intangível, sem a possibilidade de flexibilizá-la, pois, caso isso ocorra em uma única situação (mesmo para a colheita de elementos a favor da absolvição do réu), ter-se-á um precedente que possibilitará outras situações, tornando esse critério de limitação um não critério.

Então, a atuação do juiz deve se limitar a assegurar as garantias do acusado, de modo a, quando invocado pela defesa, fazer cessar os possíveis atos abusivos praticados pelo Ministério Público ou pela polícia (LOPES JÚNIOR, 2009, p. 334). Ademais, esta é a conclusão do Supremo Tribunal Federal, no caso já citado alhures.

[...] CONTROLE JURISDICIONAL DA ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO: OPORTUNIDADE, A ESTES, DO SISTEMA DE DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS, QUANDO EXERCIDO, PELO PARQUET, O PODER DE INVESTIGAÇÃO PENAL - O Ministério Público, sem prejuízo da fiscalização intraorgânica e daquela desempenhada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, está permanentemente sujeito ao controle jurisdicional dos atos que pratique no âmbito das investigações penais que promova *ex propria auctoritate*, não podendo, dentre outras limitações de ordem jurídica [...].

Uma grande contribuição ao exercício desse controle jurisdicional será a figura do “juiz garante”,²⁵ prevista no projeto de alteração do Código de Processo Penal brasileiro (156/2009), o qual será encarregado de efetivar as garantias fundamentais do acusado, bem como fiscalizar a operacionalização do procedimento investigativo preliminar.

7 Conclusão

No desenvolvimento deste artigo, optou-se por investigar dois problemas atinentes ao tema da investigação criminal pelo Ministério Público, quais sejam: a possibilidade ou não da realização de tal investigação pelo órgão ministerial e a forma pela qual ela será levada a cabo. Desta maneira, erigem-se como conclusões, ao menos pelo que comportou o presente texto, as seguintes:

1) Tendo por base o ordenamento jurídico-constitucional pátrio, bem como a necessidade de tutela de direitos fundamentais (enquanto imperativos de tutela), tem-se por possível a investigação criminal preliminar pelo Ministério Público, resguardando-se que a questão da legitimidade de tal conduta se aferirá no caso concreto mediante um juízo de proporcionalidade - ou seja: será legítima a investigação se houver o respeito às garantias e direitos fundamentais do sujeito passivo;

2) Transpassada a questão da possibilidade da investigação criminal pelo Ministério Público, verifica-se a necessidade de se regulamentar essa atividade por meio de uma lei (em sentido estrito, ou seja, uma normatização produto do Poder Legislativo), visto que uma mera Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público não gera qualquer efeito de segurança, no que diz respeito de sua aplicação - aliás, é de questionável constitucionalidade formal;

3) para além do problema da possibilidade, está o da formalidade, isto é, de como serão efetuadas as investigações pelo Ministério Público. Apontam-se os seguintes parâmetros:

a) A observância do contraditório e da ampla defesa nessa fase pré-processual, ressalvadas as circunstâncias em que o sigilo seja inexorável ao deslinde das investigações ainda não juntadas aos autos do procedimento, sendo que a denegação das referidas garantias devem ser fundamentadas e passíveis de controle jurisdicional;

²⁵ As atribuições do juiz de garantias estão assim estabelecidas: “Art. 15. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: I - receber a comunicação imediata da prisão, nos termos do inciso LXII do art. 5º da Constituição da República; II - receber o auto da prisão em flagrante, para efeito do disposto no art. 543; III - zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido a sua presença; IV - ser informado da abertura de qualquer inquérito policial; V - decidir sobre o pedido de prisão provisória ou outra medida cautelar; VI - prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las; VII - decidir sobre o pedido de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa; VIII - prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em atenção às razões apresentadas pela autoridade policial e observado o disposto no parágrafo único deste artigo; IX - determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento; X - requisitar documentos, laudos e informações da autoridade policial sobre o andamento da investigação; XII - decidir sobre os pedidos de: a) interceptação telefônica ou do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática; b) quebra dos sigilos fiscal, bancário e telefônico; c) busca e apreensão domiciliar; d) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado. XIII - julgar o habeas corpus impetrado antes do oferecimento da denúncia; XIV - outras matérias inerentes às atribuições definidas no caput deste artigo. Parágrafo único. Estando o investigado preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar a duração do inquérito por período único de 10 (dez) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será revogada.” (BRASIL, 2009).

b) A identificação e informação, por meios adequados e esclarecedores, àquela pessoa identificada como autora de um delito, formalizando-a como sujeito passivo da investigação (portanto, detentora de direitos e garantias inerentes a indivíduos nestas circunstâncias), desde o momento em que for possível aferir, de maneira convicta, a sua autoria delitiva;

c) A necessidade do controle jurisdicional do Ministério Público, quando necessário. Controle a ser exercido, preferencialmente, por juiz de garantias (figura a ser estabelecida pela reforma processual penal), que agirá sempre que suscitado pela defesa, diante de eventuais abusos ocasionados pela autoridade investigadora.

Em suma, estas são algumas das soluções a serem efetivadas no atual sistema processual penal que, cumuladas com um maior investimento do Poder Público em tecnologias de investigação, poderão obter êxito à constante busca por um Direito Penal e Processual Penal constitucionalmente identificados, primando sempre pela salvaguarda dos direitos fundamentais conquistados no decorrer dos tempos.

CRIMINAL INVESTIGATION BY THE GOVERNMENT ATTORNEY'S OFFICE: BEYOND THE QUESTION OF THE (IN)ABILITY

ABSTRACT: The issue of preliminary criminal investigation by the Government Attorney's Office beyond the current focus on Brazilian dogmatic. However, at first, the question of whether or not the exercise of such investigative method should be addressed, therefore, though disputed by the doctrine and jurisprudence, if you measure the subject from a hermeneutical approach, as well as considering the need for guardianship fundamental rights, the conclusion is relentlessly positive. Of course, this first question should be analyzed under the scope of proportionality, in other words, is it legitimizes the criminal investigation by Government Attorney's Office, if any respect for fundamental rights and guarantees, while avoiding excesses that abuse them. While relevant and necessary to approach the subject, this first issue does not limit you. Apart from the possibility or otherwise of the investigation by the parquet, we are facing another question: how should be done this kind of persecution. Seeking review some concepts about majority of criminal investigation, this paper presents some possible solutions to the problem and some proposals to settle the manner in which investigations are conducted by the prosecutor - Government Attorney's Office. There is, for purpose, so the presentation of a model without investigative wholes, confronted by extra-institutional control of the Government Attorney's Office in the search for adequacy with what is expected of a preliminary criminal investigation ideal for democratic rule of law.

KEYWORDS: Government Attorney's Office. Preliminary criminal investigation. Fundamental rights and guarantees. Principle of proportionality.

Referências

ALEMANHA. *Código de Processo Penal Alemão (Strafprozeßordnung)*. In der Fassung der Bekanntmachung vom 7 April 1987 (na versão publicada em abril de 1987). Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/stpo/index.html#BJNR006290950BJNE026902311>>. Acesso em: 18 mai. 2010.

BARROSO, Luís Roberto. Investigação pelo Ministério Público: argumentos contrários e a favor. A síntese possível e necessária. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, n. 1, p. 213-227, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. A inconstitucionalidade dos poderes investigatórios do Ministério Público. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 67, p. 237-270, jul./ago. 2007.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 16 jul. 2008.

_____. Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. In: SENADO FEDERAL. *Legislação Republicana Brasileira*. Brasília, 1993. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ReexecutaPesquisaRealizada.ac tion?sequencialConsulta=20071011151951209&codigoPortal=2>>. Acesso em: 16 jul. 2008.

_____. Projeto do Código de Processo Penal nº 156, de 22 de abril de 2009. Dispõe sobre o novo Código de Processo Penal. In: SENADO FEDERAL. *Legislação Republicana Brasileira*. Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/Detalhes.asp?p_cod_mate=90645>. Acesso em: 18 mai. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Hábeas Corpus nº 89.837*. Relator: min. Celso de Mello. Brasília, DF, 20 de out. de 2009. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(HC\\$.SCLA.%20E%2089837.NUME.\)%20OU%20\(HC.ACMS.%20ADJ2%2089837.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(HC$.SCLA.%20E%2089837.NUME.)%20OU%20(HC.ACMS.%20ADJ2%2089837.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 26 abr. 2010.

CALABRICH, Bruno. *Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais*. São Paulo: RT, 2007.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Investigação criminal e Ministério Público. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-1-JANEIRO-2005CLEMERSON%20CLEVE.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2007.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A inconstitucionalidade de lei que atribua funções administrativas do inquérito policial ao Ministério Público. *Revista Gênese de Direito Administrativo Aplicado*, Curitiba, n. 2, p. 445-453, 1994.

FELDENS, Luciano. *A Constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. De Damiens a Damião: deveres de proteção penal na perspectiva dos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. Porto Alegre: PUC-RS, 2008a. p. 409-437.

_____. *Direitos fundamentais e Direito Penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria de Advogado, 2008b.

_____; SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Investigação criminal e ação penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais de Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

ITALIA. *Codice di Procedura Penale*, del 24 ottobre 1989. Disponível em <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=2011>>. Acesso em: 15 mai. 2010.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. V.1. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Regimento Interno da Câmara dos Deputados - Resolução nº 17/1989*. Disponível em: <www.camara.gov.br/internet/legislacao/regimento_interno/Rlpdf/RegInterno.pdf>. Acesso em: 13 set. 2008.

RIBEIRO, Diaulas Costa. *Ministério Público: dimensão constitucional e repercussão no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003.

RITT, Eduardo. *O Ministério Público como instrumento de democracia e garantia constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SANTIN, Valter Foletto. *O Ministério Público na investigação criminal*. 2. ed. Bauru: Edipro, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. Constituição e proporcionalidade: o Direito Penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 47, p. 60-122, 2004.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, p. 23-50, abr. 2002.

STRECK, Lenio Luiz. Da proibição de excesso (*Übermassverbot*) à proibição de proteção deficiente (*Untermassverbot*): de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, n. 2, p. 243-284, 2004.

_____. *O dever de proteção do Estado (Schutzpflicht)*: o lado esquecido dos direitos fundamentais ou "qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes"? Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40>. Acesso em 11 jul. 2008.

_____; FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clemerson Merlin. *Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)*. 2005. Disponível em: <www.esmesc.com.br/upload/arquivos/1-1246645274.PDF>. Acesso em: 18 mai. 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

TUCCI, Rogério Lauria. *Ministério Público e investigação criminal*. São Paulo: RT, 2004.