

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE GOIÁS Uni-ANHANGUERA

CURSO DE DIREITO

**A (IN) DISPENSABILIDADE DO INQUÉRITO POLICIAL NO ATUAL
SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO**

LUCIANO LUIZ PERES

GOIÂNIA
Abril/2019

LUCIANO LUIZ PERES

**A (IN) DISPENSABILIDADE DO INQUÉRITO POLICIAL NO ATUAL
SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Direito do Centro Universitário de Goiás, Uni-ANHANGUERA, sob a orientação da Prof^ª. MS Delaine de Souza Silva Alvares, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

GOIÂNIA
Abril/2019

FOLHA DE APROVAÇÃO

LUCIANO LUIZ PERES

A (IN) DISPENSABILIDADE DO INQUÉRITO POLICIAL NO ATUAL SISTEMA PROCESSUAL PENAL
BRASILEIRO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora como requisito parcial para obtenção do Bacharelado em Direito do Centro Universitário de Goiás – Uni-ANHANGUERA, definido e aprovado em ___ de _____ de _____ pela banca examinadora constituída por:

Ms. Delaine de Souza Silva Álvares

Orientadora

Prof(a). Dr(a). ou Ms. Nome do Professor(a)

Membro

Prof(a). Dr(a). ou Ms. Nome do Professor(a)

Membro

Dedico este trabalho a Deus por me permitir alçar voos tão altos na vida, sou um privilegiado! Aos meus pais João Luiz e Eny Maria, que me ensinaram o caminho a seguir e como trilhá-lo, me indicando as pedras...obrigado! Aos meus filhos, a grande Marianna e ao pequeno Guilherme, pela compreensão da minha ausência nos momentos de família e finalmente a você Édina, minha esposa, que com sabedoria me entende e me suporta. Amo vocês! Sem vocês eu não conseguiria, eterna gratidão!

AGRADECIMENTOS

Meu agradecimento vai para todos aqueles que de certa forma me incentivou e me fortaleceu para que o peso da caminhada fosse amenizado no percurso... a Deus pelo Dom da vida, as minhas orientadoras Profa.s Delaine Álvares e Cassira Lourdes, aos parceiros de faculdade na pessoa do Alberto Cristiano pela força, você é um amigo velho! Ao amigo que começou tudo isso, Deusimar de Jesus e Silva (meu segundo Pai), a minha família, irmãos, cunhados e finalmente a minha esposa/parceira ÉDINA e a minha dupla preferida, meus filhos MARIANNA e GUILHERME, que são a razão da minha busca constante para ser uma pessoa melhor, obrigado!

Resumo

O Inquérito Policial é um procedimento administrativo de natureza inquisitória, que tem por escopo subsidiar o Ministério Público na formação de sua opinião delitiva. Por meio da investigação criminal a Polícia Judiciária age com o surgimento de um ilícito penal cometido por alguém contra outra pessoa ou contra o Estado. A conduta reprovável é tipificada de acordo com o Código Penal e Processo Penal, e então a investigação é iniciada, para que se apure o motivo, a causa e os meios utilizados na consecução do crime (autoria e materialidade). Verificadas as condições e reunidos os elementos de provas, estes serão materializados em papel e este conjunto de atos classifica-se como Inquérito. A confecção deste procedimento tem sido questionado, há muito, pelo seu destinatário, o Ministério Público, que pleiteia a presidência do processado, alegando maior e melhor competência para elaborá-lo. Porém haverá o risco de concentração de poderes nas mãos de um único órgão, pois este órgão possui incontestável independência de atuação, o que, em tese, poderá resultar na criação de um órgão estatal com superpoderes, e que devida a sua intangível independência, não poderá sofrer uma fiscalização de seus atos, como hoje existe a do próprio Ministério público, o poder de polícia, sobre o método de trabalho da Polícia Judiciária na elaboração do Inquérito Policial.

PALAVRAS-CHAVE: Inquérito Policial. Ministério Público. Competência. Investigação criminal.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 A ORIGEM DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E OS PRINCÍPIOS RELEVANTES À PERSECUÇÃO PENAL	10
2.1 Os Sistemas Processuais Penais	10
2.2 Evolução Histórica	11
<i>2.2.1 O Direito Processual Penal na Grécia Antiga</i>	11
<i>2.2.2 O Processo Penal em Roma</i>	12
2.3 O Processo Penal na Era Moderna	12
<i>2.3.1 Na França</i>	12
<i>2.3.2 Na Alemanha</i>	13
<i>2.3.3 Na Itália</i>	14
<i>2.3.4 No Brasil</i>	14
2.4 Os Princípios Norteadores do Processo Penal	15
<i>2.4.1 Princípio do Devido Processo Legal</i>	16
<i>2.4.2 Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa</i>	16
<i>2.4.3 Princípio do Juiz Natural e do Promotor Natural</i>	17
<i>2.4.4 Princípio da Imparcialidade do Juiz</i>	17
<i>2.4.5 Princípio da Presunção de Inocência</i>	17
<i>2.4.6 Princípio da Publicidade</i>	18
3 DA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR	20
3.1 Conceito de Inquérito Policial	20
3.2 Natureza Jurídica do Inquérito Policial	20
3.3 Os modelos dos Sistemas Processuais Penais	23
3.4 Sistema Processual Penal Acusatório	24
3.5 Sistema Processual Penal Inquisitório	25

3.6 Sistema Misto ou Acusatório Formal	26
3.7 A Ambivalência do Sistema Processual Brasileiro	27
3.8 O Conflito quanto a Competência do Inquérito Policial	28
4 A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO	31
4.1 Argumentos Favoráveis à Atuação do Órgão Ministerial	34
4.2 Argumentos Contrários	36
5 CONCLUSÃO	38
REFERÊNCIAS	41

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 determina, em seu artigo 144, os órgãos responsáveis pela segurança pública do Estado-nação. Esse papel é exercido pelas forças policiais que, no cumprimento de suas atribuições, objetiva a manutenção da ordem. As condutas tidas como reprováveis, são repelidas pelo Estado e classificadas como crime, que por meio do conjunto probatório de autoria e materialidade, submete o indivíduo ao período pré-processual, ou ao Inquérito Policial. Tida como mera peça vestibular administrativa e dispensável, visto que o oferecimento da denúncia caberá ao Ministério Público, ou a parte interessada, no caso de ação penal privada e na ação penal pública condicionada, se materializará somente por meio da representação do ofendido. Esse modelo de investigação adotado pelo Brasil é o mesmo utilizado na maioria das nações pelo mundo e tem por objetivo instruir uma futura denúncia auxiliando o Ministério Público na formação da *opinio delicti*.

Alude o texto constitucional que a função investigativa criminal caberá à Polícia Judiciária (Civil e Federal), em âmbito nacional e dentro dos estados-membros, dirigida pelo delegado de polícia de carreira, como autoridade policial e presidente do Inquérito. As investigações realizadas, a produção de elementos de informação e a oitiva de testemunhas darão corpo ao Inquérito Policial e ao término deste, produzirá o relatório final acerca dos fatos apurados, com o fim de subsidiar o titular da ação penal, o Ministério Público, para que este possa oferecer a denúncia, devolver o procedimento solicitando novas diligências à Polícia Judiciária, ou pedir o arquivamento do procedimento ao juiz por entender inexistir o crime.

O aparato estatal empenhado para a realização da peça inquisitória, tende a ser oneroso, visto que a máquina pública será amplamente utilizada em detrimento das demandas existentes no seio da sociedade pelo surgimento do conflito de interesses, onde investigadores, escrivães e delegados serão empenhados no trabalho de construção do Inquérito, com a produção elementos de informação, oitiva de testemunhas e juntada de laudos, tudo reduzido a termo, com o objetivo de subsidiar o poder judiciário na resolução dos conflitos, perfazendo o ciclo da via judicial que, ao fim culminará na sentença com ou sem a resolução do mérito.

Partindo dessa premissa, o presente trabalho tem por escopo analisar o objeto prático do Inquérito Policial quanto ao resultado, sob a ótica da possível desconstrução da peça pelo

Ministério Público e a consequente transmissão da titularidade do procedimento administrativo, investigativo criminal para o titular da Ação Penal, cumulando, desta forma, dupla função ao órgão ministerial na formação de culpa dentro da via judicial na resolução de conflitos de interesses.

Nestes termos, justifica-se a escolha do tema na necessidade de analisar a titularidade do Inquérito Policial, constitucionalmente atribuída ao Delegado de Polícia, mas que tem sido reivindicada pelo Ministério Público, sob a argumentação de deficiência na elaboração do procedimento pela Polícia Judiciária, e da aplicação da Teoria dos poderes implícitos, contemplando sua independência enquanto órgão.

O presente trabalho objetiva, portanto, fomentar a discussão inteligente sobre o tema, analisando a persecução penal de forma macro, para que ao final possamos concluir se a famigerada mudança engendrada pelo Ministério Público se faz pertinente ou se o atual modelo processual penal ainda é eficaz.

Os métodos aplicados se darão por meio de revisão literária, pesquisas e análises de diferentes posicionamentos de autores sobre o tema proposto, para assim perceber os caminhos a serem seguidos dentro do Processo Penal com o fim de trazer maior conhecimento sobre o atual cenário de condução de procedimentos criminais até sua chegada ao poder judiciário para a resolução definitiva do conflito dentro dos padrões constitucionais de aplicação de normas, na ânsia por justiça.

2 A ORIGEM DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E OS PRINCÍPIOS RELEVANTES À PERSECUÇÃO PENAL

O Estado no exercício do direito de punir, que lhe é outorgado pela sociedade, deve fazê-lo sempre que alguém deixar de cumprir as normas legisladas, aplicando-lhe as penalidades previstas no texto legal respeitando as garantias e direitos individuais da pessoa humana, por meio do contraditório e da ampla defesa para que o resultado prático do processo seja imparcial e justo.

Seguindo esse viés nasceu então o grande dilema do atual Processo penal, qual seja, o necessário e indispensável respeito aos direitos fundamentais, e o alcance a um sistema criminal mais operante e eficiente. A busca, neste caso, é pelo ponto de equilíbrio entre a aplicação das garantias fundamentais do devido processo legal ao acusado e a necessidade de maior eficiência na persecução penal para a garantia da segurança da coletividade.

Sendo assim, necessário se faz uma maior compreensão do sistema processual pátrio vigente e de seus procedimentos para uma análise dos métodos utilizados e dos resultados obtidos na sua aplicação.

2.1 Os Sistemas Processuais Penais

Três são os sistemas processuais penais existentes: Inquisitivo; Acusatório e sistema Misto ou inquisitivo Garantista, assim tomando por base o ordenamento constitucional vigente a partir da Carta Magna de 1988, bem como o Código de Processo Penal ora em vigência, será feita à verificação da possível adequação do sistema processual acusatório eleito pelo contexto constitucional por princípios de natureza fundamentalmente garantistas, observando as contradições do ordenamento infraconstitucional que tornam inadmissível o exercício efetivo dos princípios e regras condizentes com o sistema acusatório propriamente dito.

Nas palavras de Norberto Avena, é assim conceituado o sistema acusatório: “caracteriza-se pela distinção absoluta entre as funções de acusar, defender e julgar, que deverão ficar a cargo de pessoas distintas”. (AVENA,2017, p.39).

Sobre sistema inquisitivo, temos a seguinte conceituação por Norberto Avena: “contempla um processo judicial em que podem estar reunidas na pessoa do juiz as funções de acusar, defender e julgar”. (AVENA,2017,p.39).

Já sobre o sistema misto ou inquisitivo garantista, Avena o caracteriza da seguinte forma:

Classicamente, define-se sistema processual misto como um modelo processual intermediário entre o sistema acusatório e o sistema inquisitivo. Isso porque, ao mesmo tempo em que há a observância de garantias constitucionais, como a presunção de inocência, a ampla defesa e o contraditório, mantém ele alguns resquícios do sistema inquisitivo, a exemplo da faculdade que assiste ao juiz quanto à produção probatória ex officio e das restrições à publicidade do processo que podem ser impostas em determinadas hipóteses. Na medida em que resulta de uma fusão entre as características dos outros dois modelos, o sistema misto, na atualidade, vem sendo chamado também de inquisitivo garantista. (AVENA,2017, p.40).

Para uma parcela dos doutrinadores pátrios, no Brasil prevaleceria o sistema misto, inquisitório na fase do inquérito e acusatório na fase do processo. Para quem defende a existência de um sistema misto, o que definiria o sistema como acusatório ou inquisitivo seria a separação das funções de acusar e julgar, atos explícitos no sistema acusatório, aplicado no ordenamento jurídico pátrio vigente, onde o juiz, salvo em casos específicos, deve ser figura imparcial, não participando da fase de produção de provas, para assim poder analisá-las na formação da motivação de sua decisão.

O sistema processual penal brasileiro possui uma fase preliminar, o inquérito policial, de caráter inquisitório e uma fase processual acusatória, ou pelo menos, dita acusatória, pois comporta alguns dispositivos de caráter inquisitorial que comprometem a posição de imparcialidade do juiz. Tal sistema é referido por boa parte dos processualistas conservadores, como sendo misto, mas é na verdade predominantemente acusatório. No entanto, o termo “misto” efetivamente mancha aquilo que deveria ser nítido, ou seja, desfigura o sistema acusatório gerando uma ilusão de que ele se encontra em atividade.

2.2 Evolução Histórica

2.2.1 O Direito Processual Penal na Grécia Antiga

Em Atenas, fazia-se distinção entre os crimes privados e públicos, sendo os primeiros aqueles que produziam danos de menos importância, sua repressão dependia da iniciativa exclusiva da vítima, enquanto que os segundos eram aqueles que atingiam a coletividade, sua punição não podia ficar a mercê do ofendido e sua apuração era feita com participação direta dos cidadãos.

O sistema processual penal grego, nas palavras de Miguel Reale:

Delitos graves que atentavam contra o próprio Estado, eram denunciados pelos Tesmotetas perante a Assembléia do povo ou ante o senado, estes que indicavam o acusador e o Arconte designava e compunha o tribunal popular para julgamento, perante o qual, no dia marcado, manifestava-se primeiramente o acusador,

produzindo suas provas, depois falava a defesa, votando os juízes, sem deliberar, e a decisão era tomada por maioria de votos, sendo absolvido o acusado se houvesse empate. Os juízes colocavam-se na posição puramente passiva, como árbitros de uma luta leal entre as partes. (REALE,1956, p.44)

2.2.2 O Processo Penal em Roma

Em Roma, se distinguiam os crimes públicos dos crimes privados, existindo o processo penal público e processo penal privado. No primeiro, a atuação do Estado era a de um poder público de repressão, sobre os crimes de maior gravidade, que ameaçavam a segurança da comunidade, enquanto no segundo, o Estado assumia o papel de mero árbitro, solucionando conflitos de interesse para os particulares, resolvendo litígios entre as partes, por meio das provas por elas apresentadas.

De acordo com Miguel Reale:

O processo penal público, portanto, já no início da monarquia, passou a ser adotado em quase totalidade dos litígios penais, sendo realizado em nome do Estado romano, deixando ao magistrado, como representante do rei, amplos poderes de iniciativa, instrução e deliberação, sem maiores formalidades e até mesmo sem partes, consubstanciando-se então o processo denominado *cognitio*, baseado na inquirição ou fase preliminar em que o magistrado, mediante mera *notitia criminis*, colocava-se a investigar de ofício a suspeita noticiada. (REALE,1956, p.47)

2.3 O Processo Penal na Era Moderna

2.3.1 Na França

Tendo por inspiração do Iluminismo, a partir dos séculos XVII e XVIII, após a Revolução Francesa de 1789, iniciou-se o período moderno de administração da justiça, diminuindo as características inquisitoriais dos procedimentos processuais penais adotados, sobretudo na França, onde eclodiram as idéias humanistas apregoadas pelo “Movimento Científico”, principalmente, à vista dos ideais filosóficos e sociais defendidos por Marquês de Beccaria, Montesquieu, Voltaire, Bentham, Rosseau, dentre outros, célebres filósofos e cientistas sociais que contribuíram com suas obras marcantes para a humanização do Direito Penal e Processual Penal.

Jorge Alberto Romeiro assim aduz em sua obra:

Por consequência, à época da edição do Código de Napoleão (*Code d'Instruction Criminelle*, 1808), como forma de aplinar as arbitrariedades e desumanidades do sistema Inquisitorial até então adotado, entrou em vigor na França uma estrutura processual do tipo misto, inquisitivo e acusatório reforçada com o *Códe de Procédure Pénale* (1959), realizando-se o processo em três fases: a da Polícia Judiciária, a da Instrução e a do Julgamento. (ROMEIRO,1978, p.29)

2.3.2 Na Alemanha

Por influências do Iluminismo, na Alemanha fez-se introduzido em 1848 a “Declaração de Direitos Fundamentais do Povo Alemão”, optando decisivamente pela publicidade e oralidade do processo penal, acolhendo o julgamento popular, condicionando a atividade jurisdicional à iniciativa das partes, apesar de exercida a acusação por um agente do governo, descentralizando as funções principais do processo, dividindo a acusação, defesa e julgamento entre agentes diversos, com respectiva atuação específica dentro do mundo processual.

Assim definiu Romeiro:

Previsto como um procedimento preparatório, dirigido pelo Ministério Público, de natureza essencialmente secreta, com limitada participação do acusado, sem descuidar de seus direitos fundamentais, uma vez finalizado, este procedimento, podia ser arquivado ou oferecida acusação, a partir de quando iniciava-se uma fase intermediária, destinada a apurar existência de fundamento fático mínimo para a acusação que quando admitida pelo Tribunal, propiciava o desenrolar da terceira fase, pertinente ao procedimento principal, no qual acentuavam-se as características de divisão de funções: acusador, defensor e juiz, oralidade e publicidade, ficando todavia o tribunal livre para obter todos os meios de prova que considerasse necessários, não podendo entretanto o tribunal proceder de ofício quanto ao início do procedimento ou aos limites da acusação. (ROMEIRO,1978, p.33)

2.3.3 Na Itália

Preleciona Jorge Alberto Romeiro, sobre o sistema italiano:

No século XX, o *Código Rocco*, de 1930, apesar de manter intacta a sua conotação inquisitória herdada do *Code d'instruction criminelle* francês de 1808, se inspirou em uma visão mais segura, fazendo inserções ao sistema processual penal italiano, incentivadoras de um movimento garantista que, após longa e sofrida luta em prol à preservação das garantias fundamentais, conseguiu produzir uma nova ordem jurídica, afastando o juiz da fase preparatória, entregando-a a coordenação do Ministério Público e da Polícia e retirando das investigações preliminares a condição de, por si só, autorizarem a formação de um juízo condenatório, passando a imperar, portanto, o respeito ao contraditório, preservando a imparcialidade do juiz, em maior consonância com os princípios do sistema acusatório. (ROMEIRO,1978, p. 36)

Mencionado este movimento renovador da justiça italiana, o processo penal propriamente dito, em regra, passou a ser realizado mediante duas fases: o de audiência preliminar e do julgamento, conferindo-se a iniciativa das provas às partes, e excepcionalmente ao tribunal, vedada esta entretanto à fase anterior a audiência preliminar, colocando o juiz no papel de passivo expectador da lide travada entre as partes, impondo forte redução ao princípio da busca da verdade real, sem, todavia, reservar ao magistrado posição de completa passividade, implementando-se enfim medidas garantidoras dos direitos fundamentais do homem, em consonância com os princípios basilares do sistema acusatório.

2.3.4 No Brasil

A legislação processual penal no Brasil tem sua gênese inspirada nos movimentos liberais europeus, trazidas pelos portugueses a partir de 1822, conforme as palavras de Jorge Alberto Romeiro:

Instaurada a Revolução Francesa e a proclamação dos Direitos do Homem, as cortes portuguesas, inspiradas pelo movimento liberal que invadiu a Europa, extinguiram as devassas, enquanto no Brasil, em 1822, D. Pedro determina por aviso em agosto de 1822 que os juízes criminais observem o que contém na Constituição da Monarquia Portuguesa de março de 1821, assegurando, por consequência, aos acusados, algumas das garantias fundamentais exigidas pela proclamação dos Direitos do Homem. (ROMEIRO,1978, p.46).

Em março de 1824, restou promulgada a Constituição Política do Império, estabelecendo preceitos e princípios garantidores de um processo criminal mais condizente com os princípios mais liberais do século XIX, editando-se em novembro de 1832 o Código de Processo Criminal.

Assim leciona Romeiro:

Iniciava-se o procedimento penal mediante queixa do ofendido ou representante legal, ou, por denúncia do Ministério Público, ou de qualquer do povo, e ainda, mediante atuação ex officio do juiz, instituindo-se ainda, o grande e o pequeno Júri, sendo o primeiro para decidir acerca da admissibilidade da acusação e, o segundo sobre a procedência desta, pelo que este era chamado de “Júri de Sentença”, ficando, entretanto, excluídas as contravenções e infrações mais graves da apreciação do Júri. (ROMEIRO,1978, p.46).

Em 1891:

Promulgada a Constituição de 1891, já proclamada a República, os estados passaram a ter suas próprias Constituições, facultando-lhes legislar inclusive sobre processo, sendo certo, entretanto, que poucos foram os estados que assim o fizeram, continuando a serem respeitadas as leis federais, principalmente o código de processo criminal do Império, com algumas alterações que lhe deram a Lei 261 de dezembro de 1841. (ROMEIRO,1978, p.47).

Em 1937 com a promulgação do atual Código de Processo Penal, ensina Romeiro:

A Constituição de 1934 restaurou a unidade legislativa processual da União, o que se fez ratificado pela Constituição de 1937, providenciando-se em seguida a promulgação do atual Código de Processo Penal (Decreto Lei n.º 3.689 de 30 de outubro de 1941), bem como da Lei de Introdução ao Código de Processo Penal (Decreto Lei 3.931 de 11 de dezembro de 1941), esta destinada a adaptar a nova legislação aos processos pendentes. O novo Código manteve o Inquérito Policial, configurando-o tal como fora herdado do Império, mas estabeleceu a instrução plenamente contraditória e separou de vez as funções acusatória e julgadora, eliminando quase por completo o procedimento ex officio, que só permaneceu para as contravenções, restando por restringir, ainda mais, a competência do júri, traçando enfim todas as formas procedimentais sob fiel observância do sistema acusatório, à despeito de conviver com procedimentos especiais sob o império do processo inquisitivo e sem garantias para os acusados, à exemplo do que se fazia no

Tribunal de Segurança (Lei n.º 244/36), ao amparo da Constituição Federal de 1937. (ROMEIRO,1978, p.48)

Ainda sob a vigência do Código de Processo Penal de 1941, as constituições federais que se seguiram mantiveram os direitos e garantias individuais então assegurados aos litigantes de processos penais, restando ampliadas tais garantias pela Carta Magna de 1988, notadamente, pelo que dispõe em seu artigo 5º, encontrando-se atualmente garantidos sob a égide da Constituição Federal, sob a forma de princípios, os direitos ao contraditório, a ampla defesa, ao devido processo legal, a publicidade, restaurando-se a soberania do júri, ampliando a oralidade, instaurando-se enfim um sistema processual de tendências constitucionais predominantemente acusatório.

2.4 Os Princípios Norteadores do Processo Penal

O atual código de processo penal brasileiro é ultrapassado, não se fazendo suficiente para suprir as demandas litigiosas modernas. Dessa forma, a fim de complementar a falta de determinados dispositivos legais, são aplicados, de forma implícita, os princípios constitucionais que são regulamentadores dos sistemas processuais.

No Processo Penal brasileiro, os princípios representam os postulados fundamentais da política processual penal do Estado e, como refletem as características de determinado momento histórico, sofrem oscilações de acordo as alterações do regime político. Como se vive sob a égide de um regime democrático, os princípios que regem o Processo Penal devem estar em consonância com a liberdade individual, valor tido como absoluto pela Constituição Federal de 1988. Dito isto, será feita a análise de alguns dos principais princípios regedores do Processo Penal.

2.4.1 Princípio do Devido Processo Legal

A Constituição Federal de 1988 inovou em relação às Constituições anteriores as quais, a despeito de observarem o princípio do devido processo legal, não o previam expressamente. Hoje o aludido princípio foi elevado à categoria de dogma constitucional, encontrando-se disposto no art. 5º, LIV, da Carta Magna.

Mirabete entende que o referido princípio teve origem na Carta Magna Inglesa de 1215, com a expressão “a aplicação de sanção só poderia ser efetuada de acordo com a lei da

terra”. Em outras palavras, não haveria vedação da liberdade sem lei anterior que a estabelecesse. (1992, p.27)

Ao entendimento de Capez, tal princípio “consiste em assegurar à pessoa o direito de não ser privada de sua liberdade e de seus bens, sem a garantia de um processo desenvolvido na forma que estabelece a lei”, ou seja, não é possível a privação de liberdade sem a aplicação da legislação pertinente. (2004, p.30)

O Devido Processo Legal, portanto, configura proteção ao indivíduo tanto sob o aspecto material, com a garantia de proteção ao direito de liberdade, quanto sob o aspecto formal, assegurando-lhe a plenitude da defesa e igualdade de condições com o Estado.

2.4.2 Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa

Os princípios do contraditório e da ampla defesa encontram previsão expressa no art. 5º, LV da CF/88, que dispõe: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes." (1988, p.15). Tais princípios encontram-se estritamente ligados, já que a efetividade de um depende da observância do outro.

Ensina Tourinho Filho:

Consustancia-se o princípio do contraditório na necessidade de confrontar as partes, dando ciência à parte adversa de todos os atos praticados pela parte autora, para que possa contraditá-los, e vice-versa. Ocorre que, no processo penal, mencionado princípio não se limita a dar ciência ao réu da instauração de uma ação em seu desfavor, devendo ser pleno, observado em todo o desenrolar processual, até o seu encerramento. (TOURINHO FILHO, 2013, p.62)

O princípio do contraditório decorre do princípio da igualdade processual, pelo qual as partes se encontram em posição de similaridade perante o Estado e perante o Juiz, sendo que ambas deverão ser ouvidas, em plena igualdade de condições.

2.4.3 Princípio do Juiz Natural e do Promotor Natural

Consagrado pela CF/88, em seu art. 5º, LIII, o princípio do Juiz natural estabelece que “ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, representando a garantia de um órgão julgador técnico e isento, com competência estabelecida na própria Constituição e nas leis de organização judiciária de cada Estado” (1988, p.14). Juiz natural é, assim, aquele previamente conhecido, segundo regras objetivas de competência estabelecida anteriormente

a infração penal, investido de garantias que lhe assegurem absoluta independência e imparcialidade. Nas palavras de Tourinho Filho:

Decorre desse princípio a proibição de criação de juízos ou tribunais de exceção, insculpida no art. 5º, XXXVII da CF/88, que impõe a declaração de nulidade de qualquer ato judicial emanado de um juízo ou tribunal que houver sido instituído após a prática de determinados fatos criminosos, especificamente para processar e julgar determinadas pessoas. Faz-se mister esclarecer que a proibição da Constituição de tribunais de exceção não significa impedimento à criação de justiça especializada ou de vara especializada, já que, nesse caso, apenas são reservados a determinados órgãos, inseridos na estrutura judiciária fixada na própria Constituição, o julgamento de matérias específicas. No mesmo sentido, o princípio do Promotor natural também encontra amparo no art. 5º, LIII, da CF/88, ao determinar que ninguém será processado senão por autoridade competente. O mencionado dispositivo deve ser interpretado em consonância com os artigos 127 e 129 daquele diploma legal, ou seja, ninguém poderá ser processado criminalmente senão pelo órgão do Ministério Público, dotado de amplas garantias pessoais e institucionais de absoluta independência e liberdade de convicção e com atribuições previamente fixadas e conhecidas. (TOURINHO FILHO,2013, p.64).

A garantia do promotor natural consagra a independência do órgão de acusação pública. Representa, ainda, uma garantia de ordem individual, já que limita a possibilidade de perseguições criminais pré-determinadas ou a escolha de promotores específicos para a atuação em certas ações penais.

2.4.4 Princípio da Imparcialidade do Juiz

O consagrado princípio é assim entendido por Tourinho Filho:

O princípio da imparcialidade do Juiz rege tanto o Processo Penal quanto o Processo Civil. Justifica-se pela própria essência da função jurisdicional, que é a de dar a cada um o que é seu, a qual restaria profundamente prejudicada se exercida por um órgão estatal parcial. Caracteriza-se pelo desinteresse subjetivo do juiz diante do caso posto a julgamento, ficando este impedido de servir aos interesses subjetivos de alguma das partes processuais. Deve atuar como um observador desapaixonado, exercendo o poder jurisdicional com isenção sem permitir que fatores alheios interfiram na condução da marcha processual e no conteúdo de sua decisão. (TOURINHO FILHO,2013, p.67)

A imparcialidade, contudo, pressupõe a independência do magistrado, razão pela qual a CF/88, em seu art. 95, lhe assegurou algumas prerrogativas, a fim de evitar que ele venha a sofrer quaisquer espécies de influências ou coações. São elas: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio.

2.4.5 Princípio da Presunção da Inocência ou da não Culpabilidade

Tourinho Filho preleciona:

Presunção de inocência, presunção de não culpabilidade e estado de inocência são denominações tidas como sinônimas pela doutrina. Não há utilidade prática na distinção. Trata-se de princípio que foi inserido expressamente no ordenamento jurídico brasileiro pela CF/88. A Constituição Federal cuidou do estado de inocência de forma ampla, isto é, de forma mais abrangente que a Convenção Americana de direitos humanos, na medida em que estabeleceu que “toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma a sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”, enquanto que a CF dispôs como limite da presunção da não culpabilidade o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. (TOURINHO FILHO, 2013, p.66)

Sendo assim, o reconhecimento da autoria de uma infração criminal pressupõe sentença condenatória transitada em julgado (art. 5º, inc. LVII, da CF). Antes deste marco, somos presumivelmente inocentes, cabendo à acusação o ônus probatório desta demonstração, além do que o cerceamento cautelar da liberdade só poderá ocorrer em situações excepcionais e de estrita necessidade. Neste contexto, a regra é a liberdade e o encarceramento, antes de transitar em julgado a sentença condenatória, deve figurar como medida de estrita exceção.

2.4.6 Princípio da Publicidade

Em regra, todo processo é público, salvo exceções previstas em lei, como por exemplo, art. 5º, LX, e 93, IX da CF/88, a seguir expostos:

Art. 5º, LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem; Art. 93, IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e todas as decisões fundamentadas, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Comportando a exceção ao aluído princípio o art. 792, § 1º do Código de Processo Penal, o qual assim dispõe:

Art. 792, §1º. Se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes.

Conclui-se, portanto, que, em regra, o processo é público e seu acesso é irrestrito, excetuando-se os casos previstos em lei, já descritos anteriormente.

Em meio às garantias trazidas pela Carta Magna de 1988, um a merece maior destaque, sendo o Princípio da presunção de inocência que foi elevado à categoria de princípio constitucional e veio para inovar o sistema jurídico, exercendo a função de pedra

angular do sistema normativo penal, refutando a prisão cautelar não-instrumental, trazendo o entendimento de que o indiciado ou acusado, deve ser respeitado como inocente até que uma sentença condenatória transitada em julgado prove o contrário.

3 DA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

3.1 Conceito de Inquérito Policial

Nas palavras de Renato Brasileiro, temos o conceito de Inquérito Policial: “é o conjunto de diligências, realizadas pela polícia investigativa, com o objetivo da colheita de elementos de informação quanto a autoria e materialidade do delito, de forma a subsidiar o titular da Ação Penal para o ingresso em juízo”. (LIMA, 2018, p. 107) É procedimento administrativo, inquisitório e de cunho preparatório que tem como seu titular o Delegado de Polícia de carreira, sendo somente este quem pode presidir o procedimento.

A Polícia Judiciária é responsável por apurar fatos criminosos e reunir elementos que apontem se, de fato, houve um delito e quem o praticou (autoria e materialidade). No Brasil, a Polícia Judiciária é representada pelas Polícias Civil e Federal. Nos termos do art. 4º do CPP: “A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e de sua autoria” (Lei, 9043/95).

3.2 Natureza Jurídica do Inquérito Policial

O Inquérito Policial é administrativo – “Por ser instaurado e conduzido por uma autoridade policial, possui caráter administrativo. O Inquérito Policial é pré-processual, o que justifica que uma eventual irregularidade ocorrida no curso da investigação não gera nulidade do processo”. (LIMA, 2018, p.107).

O Inquérito Policial é inquisitivo – A inquisitorialidade do Inquérito decorre de sua natureza pré-processual. “No processo temos a figura da vítima ou do Ministério Público, acusado e Juiz. Já no inquérito não há acusação e sim o indiciamento, havendo inicialmente a figura do suspeito que posteriormente, existindo fundados elementos de informação, poderá este ser indiciado”. Lima (2018, p. 107) Portanto, não há nem autor, nem acusado, o Juiz existe, mas ele não conduz o Inquérito policial, sendo este de responsabilidade do Delegado de Polícia.

Devida a sua natureza inquisitiva, no Inquérito Policial não há o instituto do contraditório nem da ampla defesa, também não há acusação, existe apenas um procedimento administrativo com o objetivo de reunir informações para subsidiar o ato de oferecimento de

denúncia ou queixa. Ensina Renato Brasileiro: “Em razão da ausência de contraditório, o valor probatório das provas obtidas no Inquérito Policial é relativo, servindo somente de elementos de convicção ao titular da ação penal, para que este ofereça a denúncia, ou o ofendido ofereça a queixa”. (LIMA, 2018, p. 108)

Além da característica probatória, a investigação conduzida pelo Delegado de Polícia tem como traço a imparcialidade, ou seja, a desvinculação da acusação e da defesa, de modo que o inquérito policial torna-se importante instrumento de barreira contra acusações infundadas e serve como mecanismo de segurança dos direitos e garantias fundamentais.

O juiz poderá se utilizar de provas obtidas no Inquérito para fundamentar sua decisão. O que o juiz não poderá, será fundamentar sua decisão somente com elementos obtidos durante a fase do procedimento inquisitivo. Nos termos do art. 155, do CPP: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas” (Lei 11.690/2008).

O Inquérito Policial quanto a sua oficiosidade aduz que em se tratando de crime de ação penal pública incondicionada, a autoridade policial deverá instaurar o Inquérito Policial sempre que tiver notícia da prática de um delito desta natureza, independentemente de provocação de quem quer seja, conforme ensina Renato Brasileiro: “Caso o Ministério Público disponha dos elementos necessários ao ajuizamento da ação penal, o Inquérito Policial não precisa ser iniciado”. (LIMA, 2018, p. 108) O que o inciso I do art. 5º ensina é que a autoridade policial tem o poder-dever de instaurá-lo, “de ofício”, no caso de crimes desta natureza (o que determinará a instauração, ou não, será a existência de indícios mínimos da infração penal e a eventual utilidade do inquérito policial).

Todos os atos produzidos no bojo do inquérito policial deverão ser escritos, e reduzidos a termo, aqueles que forem orais, depoimento de testemunhas, interrogatório do indiciado etc. Essa regra caracteriza a sua formalidade.

Quanto a indisponibilidade, o Inquérito Policial, uma vez instaurado, não poderá a autoridade policial arquivá-lo, pois tal atribuição é exclusiva do Poder Judiciário, quando o titular da Ação Penal assim o requerer.

O Inquérito Policial quanto a Dispensabilidade, não tem caráter ordinário. Dado sua função informativa, busca reunir elementos, porém, caso o titular da Ação Penal já possua todos os elementos necessários para a formação da “opinio delicti”, o Inquérito será dispensável. Fundamentado pelo art. 39, §5º do CPP.

Preleciona Renato Brasileiro: “arguir que os fatos reconstruídos no inquérito configurariam meros elementos informativos, porque serviriam somente para subsidiar o Ministério Público da justa causa para a ação penal, é uma afirmação simplista, ultrapassada e falaciosa”. (LIMA, 2018, p. 109) Isso porque quase todos os elementos (re)produzidos na ação penal são oriundos da investigação criminal materializada no inquérito policial. Daí dizer que os elementos do Inquérito Policial formam juízo de quase certeza, sobretudo por conta avançados métodos de investigação, como a interceptação telefônica e interceptação telemática nos aplicativos de redes sociais.

O Inquérito Policial quanto a sua Discricionariedade, nos ensinamentos de Renato Brasileiro, diz que: “a autoridade policial poderá conduzir a investigação da maneira que entender mais frutífera. Essa discricionariedade não se confunde com arbitrariedade, não pode o delegado, enquanto presidente do Inquérito, determinar diligências com o fim de perseguir o investigado, ou para prejudicá-lo”. (LIMA, 2018, p. 109) A finalidade da diligência deve ser sempre o interesse público, materializado no objetivo do Inquérito, que é reunir elementos de autoria e materialidade do delito.

O Delegado de Polícia Civil do Estado do Paraná Henrique Hoffman, discorrendo sobre o tema, salientou:

A persecução penal deve caminhar lado a lado com a franquia de liberdades públicas do cidadão, humanizando-se a função punitiva do Estado. Nada mais óbvio, se considerarmos que a dignidade da pessoa, enquanto valor jurídico fundamental da comunidade e reduto intangível do indivíduo, traduz o centro axiológico em torno do qual gravitam os direitos fundamentais, é a última fronteira contra quaisquer ingerências externas. Nesse prisma, o Estado-Investigação, nada mais é do que um meio cuja finalidade consiste na garantia de direitos fundamentais, sendo o postulado da dignidade o norte para o Poder Público. (HOFFMAN, 2015, p. 27)

Nesse contexto, o Inquérito Policial não tem por escopo a incriminação do investigado por natureza, e sim a reconstrução dos atos para a elucidação dos fatos de forma imparcial, o que poderá apontar para a negativa de autoria e ausência de materialidade, evitando assim, que o investigado seja denunciado e venha a se tornar réu em Ação Penal.

3.3 Os Modelos de Sistemas Processuais Penais

Ao olharmos para trás, as sociedades arcaicas buscavam através da autotutela uma forma garantidora de seus interesses. Porém, com o desenvolvimento dessas sociedades e consequentemente a complexidade das relações humanas, surge o Estado politicamente organizado, onde não havia mais espaços para o modelo primitivo de vingança particular.

Em sua origem histórica, o processo penal teve seu início na busca de interesses através do poder-dever do Estado de regular as relações entre seus indivíduos, e, a todos aqueles que transgredissem a ordem, ditava-se punições. Porém, a simples prática da infração penal não autorizava a aplicação da punição diretamente pelo Estado, assim necessitando de um processo para averiguação de tal ato. O “jus puniendi” do Estado se materializa com o processo, onde limita e cria barreiras em seu poder de punir e perseguir. Em referência à outra realidade histórica, mas que complementa a afirmação anterior, diz Aury Lopes Júnior:

Desde logo, não devem existir pudores em afirmar que o processo é um instrumento (o problema é definir o conteúdo dessa instrumentalidade, ou a serviço de quê(em) ela está) e que essa é a razão básica de sua existência. Ademais, o Direito Penal careceria por completo de eficácia sem a pena, e a pena sem processo é inconcebível, um verdadeiro retrocesso (LOPES JÚNIOR, 2007, p. 75).

O grande ponto é que existem diferentes formas de aplicação desse instrumento, sendo variantes: o contexto político de cada Estado, sua forma econômica, seus interesses e, sobretudo, seu momento histórico. Paulo Rangel de maneira bem exemplificativa dispõe que: “sistema processual penal é o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas para a aplicação do direito penal a cada caso concreto.” (RANGEL, 2015, p. 46)

A priori, são conhecidos dois tipos de sistemas processuais penais – o inquisitório e o acusatório – porém, parte da doutrina defende um terceiro sistema, o qual compreende em uma mescla de características dos dois primeiros e que, por tal razão, denomina-se “sistema misto ou acusatório formal”.

Em praticamente todos os países, o processo penal propriamente dito é inaugurado por uma fase preliminar ou preparatória destinada a apurar indícios da materialidade e da autoria do delito. A atribuição de conduzir essa fase preliminar, via de regra, é exclusivamente da polícia, como no sistema inglês do Ministério Público, como no chamado sistema continental, que dispõe da polícia judiciária para aprofundar as investigações, ou ainda, de um juiz de instrução, como no processo penal francês e espanhol.

3.4 Sistema Processual Penal Acusatório

O Sistema Acusatório tem como forma um modelo garantista, o Estado figura-se como garantidor de direitos fundamentais dos cidadãos. Tourinho Filho (2015, p. 19), discorre sobre as características do sistema em questão:

No processo penal acusatório, que campeou na Índia, entre os atenienses e entre os romanos, notadamente durante o período republicano, e que, presentemente, com as alterações ditadas pela evolução, vigora em muitas legislações, inclusive na nossa, existem, como traços profundamente marcantes: a) o contraditório, como garantia político-jurídica do cidadão; b) as partes acusadoras e acusada, em decorrência do contraditório, encontram-se no mesmo pé de igualdade; c) o processo é público, fiscalizável pelo olho do povo (excepcionalmente se permite uma publicidade restrita ou especial); d) as funções de acusar, defender e julgar são atribuídas a pessoas distintas, e, logicamente, não é dado ao Juiz iniciar o processo (ne procedat iudex ex officio); e) o processo pode ser oral ou escrito; f) existe, em decorrência do contraditório, igualdade de direitos e obrigações entre as partes, pois ‘non debet licere actori, quod reo non permittitur’; g) a iniciativa do processo cabe à parte acusadora, que poderá ser o ofendido ou seu representante legal, qualquer cidadão do povo ou órgão do Estado. (TOURINHO FILHO, 1995, p. 19)

O juiz, no sistema acusatório, tem em sua atuação, uma característica de suma importância, qual seja a de caracterizar e diferenciar esse modelo dos demais. O juiz se apresenta como um autêntico julgador supra-partes, onde após conhecer as razões de quem acusa e a defesa de quem é acusado, faz seu juízo de valor e decide como um árbitro. A atuação do juiz é pautada na imparcialidade, garantido estabilidade nas relações e equilíbrio na decisão. Dessa forma, apresenta-se como um sistema garantidor dos direitos de ambas as partes ligadas ao gravame, sendo assim, um sistema intimamente ligado ao pleno exercício da democracia. Paulo Rangel (2015) discorre sobre algumas características do sistema acusatório:

a) há separação entre as funções de acusar, julgar e defender, com três personagens distintos: autor, juiz e réu “ne procedat iudex ex officio”; b) o processo é regido pelo princípio da publicidade dos atos processuais, admitindo-se, como exceção, o sigilo na prática de determinados atos (no direito brasileiro, vide art. 93, IX, da CRFB c/c art. 792, parágrafo 1º, c/c art. 481, ambos do CPP); c) os princípios do contraditório e da ampla defesa informam todo o processo. O réu é sujeito de direitos, gozando de todas as garantias constitucionais que lhe são outorgadas; d) o sistema de provas adotado é do livre convencimento, ou seja, a sentença deve ser motivada com base nas provas carreadas para os autos. O juiz está livre na sua apreciação, porém não pode se afastar do que consta no processo (art. 155 do CPP com redação da Lei nº 11.690/2008 c/c art. 93, IX, da CRFB); e) imparcialidade do órgão julgador, pois o juiz está diante do conflito de interesse de alta relevância social instaurado entre as partes, mantendo seu equilíbrio, porém dirigindo o processo adotando as providências necessárias à instrução do feito, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias (RANGEL, 2015, p. 52)

Atualmente, no direito jurídico brasileiro tem vigência o sistema acusatório (art, 129, I, da CRFB), sendo as partes, sobretudo, o acusado, sujeito de direitos, onde são preservadas

as garantias constitucionais. Ao Ministério Público cabe a função de acusar, em casos excepcionais, ao particular. Já na fase preliminar, o inquérito é presidido pela autoridade policial e têm-se como principais características o sigilo e a inquisitividade. Mas vale frisar que, depois de instaurada a ação penal, torna-se um processo extremamente garantidor de todos os preceitos e princípios constitucionais.

3.5 Sistema Processual Penal Inquisitório

O sistema inquisitório surgiu a partir dos regimes monárquicos nos séculos XVI, XVII e XVIII, ganhando força com a grande influência exercida pela Igreja Católica. Tal sistema transformou em um marco da intolerância. O Estado-Juiz tinha o poder de acusar e julgar, o que feria a sua imparcialidade.

Paulo Rangel, em sua obra, cita uma passagem da obra de Aurélio onde relata que inquisitivo é “relativo ou que envolve inquisição, ou seja, antigo tribunal eclesiástico instituído com o fim de investigar e punir crimes contra a fé católica; Santo Ofício”. (AURÉLIO, ob. Cit., p. 950) No sistema inquisitivo não há separação de funções. Aquele que investiga é o mesmo que pune, ressalta algumas características do sistema em questão, a dispor:

a) as três funções (acusar, defender e julgar) concentram-se nas mãos de uma só pessoa, iniciando o juiz, *ex officio*, a acusação, quebrando, assim, sua imparcialidade; b) o processo é regido pelo sigilo, de forma secreta, longe dos olhos do povo; c) não há contraditório nem a ampla defesa, pois o acusado é mero objeto do processo e não sujeito de direitos, não se lhe conferindo nenhuma garantia; d) o sistema de provas é o da prova tarifada ou prova legal e, conseqüentemente, a confissão é a rainha das provas. (RANGEL, 2015, p. 47)

O professor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho nos ensina a característica fundamental do sistema inquisitório:

A característica fundamental do sistema inquisitório, em verdade, está na gestão da prova, confiada essencialmente ao magistrado que, em geral, no modelo em análise, recolhe-a secretamente, sendo que ‘ a vantagem (aparente) de uma tal estrutura residiria em que o juiz poderia mais fácil e amplamente informar-se sobre a verdade dos fatos – de todos os factos penalmente relevantes, mesmo não contidos na “acusação” – da dado seu domínio único e onipotente do processo em qualquer das suas fases’. O trabalho do juiz, de fato, é delicado. Afastado do contraditório e sendo o senhor da prova, sai em seu encaixe guiado essencialmente pela visão que tem (ou faz) do fato. (COUTINHO, 1994, p. 42)

Abandonando a imparcialidade, o juiz assume uma posição de inquisidor, assim, o mesmo acusa, investiga, atua de forma livre para interferir no processo. “Nesse ponto,

predomina a forma escrita e o sigilo, não existindo garantias fundamentais como contraditório, nem ampla defesa. Esse fator explica-se pelo fato do sujeito alvo da acusação perder sua condição de sujeito processual, sendo agora mero objeto de investigação”. (COUTINHO, 1994, p. 42)

Percebe-se que o sistema inquisitivo nada converge em relação às garantias constitucionais presentes em um autêntico Estado Democrático de Direito. Sendo assim, o mesmo deverá estar longe das sociedades modernas, a fim de se resguardar direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana.

3.6 Sistema Misto ou Acusatório Formal

Paulo Rangel ensina que: “o sistema inquisitorial perdurou até o século XVIII, após a Revolução de 1789, onde o referido sistema sofreu com as constantes lutas em reação à opressão absolutista e na busca de garantias e direitos fundamentais do cidadão”. (RANGEL, 2015, p. 54). Com a decadência do sistema inquisitorial ocorre o surgimento de um novo sistema acusatório. “Surge então o chamado sistema misto ou acusatório formal, calcado no sistema acusatório privado de Roma e do posterior sistema inquisitivo desenvolvido a partir do Direito Canônico e na formação dos Estados sob o regime absolutista”. (RANGEL, 2015, p. 54)

Tal regime pode ser dividido em duas fases (fase investigatória e fase processual), estruturou-se no sistema inquisitório absolutista, mantendo a filosofia inquisitória a fim de instrução preparatória, sendo realizada por um juiz de instrução, e de outro âmbito, insere a audiência de julgamento, na qual a matéria de fato era decidida por um júri, contemplando características essenciais de um sistema acusatório. Ocorreu, ainda, uma separação que instituiu de um lado aquele que acusa e de outro que julga. Aquele sendo atribuído ao Ministério Público, como representante da sociedade, e o segundo, destinado ao juiz. O referido sistema apresenta características próprias, como preleciona Paulo Rangel:

a) a fase preliminar de investigação é levada a cabo, em regra, por um magistrado que, com o auxílio da polícia de atividade judiciária, pratica todos os atos inerentes à formação de um juízo prévio que autorize a acusação. Em alguns países, esta fase é chamada de “juizado de instrução” (v.g. Espanha e França).

Há nítida separação entre as funções de acusar e julgar, não havendo processo sem acusação (Nemo judicio sine actore);

b) na fase preliminar, o procedimento é secreto, escrito e o autor do fato é mero objeto de investigação, não havendo contraditório nem ampla defesa, face à influência do procedimento inquisitivo;

- c) a fase judicial é inaugurada com acusação penal feita, em regra, pelo Ministério Público, onde haverá um debate oral, público e contraditório, estabelecendo plena igualdade de direitos entre a acusação e a defesa;
- d) o acusado, na fase judicial, é sujeito de direitos e detentor de uma posição jurídica que lhe assegura o estado de inocência, devendo o órgão acusador demonstrar a sua culpa, através do devido processo legal, e destruir este estado. O ônus é todo e exclusivo do Ministério Público;
- e) o procedimento na fase judicial é contraditório, assegurada ao acusado a ampla defesa, garantida a publicidade dos atos processuais e regido pelo princípio da concentração, em que todos os atos são praticados em audiência. (RANGEL, 2015, P. 55)

De posse das informações acima, parte da doutrina acredita na possibilidade da existência de um sistema misto, que contemple características dos dois primeiros sistemas.

Aury Lopes Júnior (2007, p.70), refere-se ao assunto como um “reducionismo histórico do conceito de sistema misto”, onde afirma que o sistema deve ser analisado em sua inteireza e não separando os poderes de acusar e julgar como um núcleo fundante dos sistemas. No mesmo entendimento ao de Aury, preleciona Jacinto Coutinho:

Não há – e nem pode haver – um princípio misto, o que, por evidente, desconfigura o dito sistema. Assim, para entendê-lo, faz-se mister observar o fato de que, ser misto significa ser, na essência, inquisitório ou acusatório, recebendo a referida adjetivação por conta dos elementos (todos secundários), que de um sistema são emprestados ao outro. (COUTINHO, 1994, p. 33)

Rechaça-se assim, a existência do sistema misto, ou acusatório formal, refutando a “mescla” dos sistemas acusatório e inquisitório, não admitindo que o sistema processual penal brasileiro seja outro diferente do acusatório.

3.7 A Ambivalência do Sistema Processual Brasileiro

No Brasil, temos o modelo misto para a fase preparatória da persecução penal: cabe à polícia a investigação preliminar e a produção de um relatório juridicamente orientado do resultado dessas investigações. A responsabilidade pela condução do inquérito cabe a uma autoridade policial, o delegado de polícia, que recebe essa atribuição do Chefe de Polícia. “A ambivalência aqui resulta da fusão das prerrogativas de “investigar” e de “formar a culpa”, onde o indiciamento por meio da tomada de depoimentos, inicia uma etapa que, na prática, adquire um status pré-instrucional, sob um enquadramento funcional administrativo e não judiciário”. (MISSE, 2010, p. 10-11) Combinando o estado de neutralidade da investigação policial com a potencial atribuição e formação da culpa, o inquérito policial não tem parâmetros para ser comparado com outros modelos de investigação preliminar.

Diante da precariedade de meios, boa parte das previsões legais que estabelecem os procedimentos a serem realizados durante o inquérito policial não são seguidos, tendo como

justificativa a necessidade de lidar com as dificuldades cotidianas e responder à demanda imediata. Nesse contexto preleciona Michel Misse:

As práticas correntes atravessam a fronteira de uma legalidade considerada antiquada, inquisitorial, quando não autoritária, seguindo em direção a um tipo de “ilegalidade prática”, uma lógica em uso justificada pela eficiência. Se o inquérito, em seu formato oficial, passa a ser um entrave, criam-se alternativas práticas para dar eficiência a algo que, de outro modo, não atenderia à imensa demanda recebida pela polícia. No entanto, essa “ilegalidade eficiente” tanto diminui as garantias de direitos dos acusados, quanto, também, não tem se demonstrado capaz de aumentar a capacidade investigativa da polícia (MISSE, 2010, p. 13).

Nas palavras de Michel Misse (2010), “o sistema judicial limita de forma pontual a atividade judiciária da polícia, colocando-a em plano inferior na hierarquia jurídica”. (MISSE, 2010, p. 14) Tais restrições aos efeitos das investigações preliminares policiais ancoram-se na característica inquisitorial ou unilateral da ação policial preliminar e não produz consequências definitivas.

3.8 O Conflito Quanto a Competência do Inquérito Policial

O inquérito policial, em tese, é o responsável por formar culpa. Seu caráter administrativo, na prática, transveste-se de pré-instrução criminal importante na fase judiciária, embora não garanta, na prática, o contraditório e nem as garantias individuais do acusado. Sendo assim, “o modelo do inquérito policial reforça um perfil burocrático em detrimento das atividades de investigação policial”. (MISSE, 2010, p. 15) Sob a alegação do problema da falta de estrutura, constata-se que, ainda que esta fosse mais adequada, questionar-se-ia o modelo atual do procedimento, pelas dificuldades de integração entre as polícias, e destas com os demais órgãos do Sistema de Justiça Criminal, especialmente com o Ministério Público.

Alguns estudos sobre o fluxo da Justiça Criminal no Brasil, demonstraram que o principal problema do sistema encontra-se na transição do procedimento entre a Polícia e o Ministério Público, onde: “há o conflito de opiniões sobre a estruturação na construção do Inquérito Policial. O principal bloqueio, portanto, não está no Judiciário, mas na passagem do pré processo para o Ministério Público”. (MISSE, 2010, p. 15) Nesse sentido, entende-se por que as adaptações práticas admitidas no sistema não se têm revelado tão eficientes.

Não se trata aqui, simplesmente, de denunciar arbitrariedades e corrupção no funcionamento desse sistema, “o que ocorre na gestão prática do Inquérito Policial são desvios de lei geridos institucionalmente, por meio de acordos e pactos informais que

envolvem a polícia, o Ministério Público e até o Judiciário, e que são mantidos em nome da racionalidade do sistema”. (MISSE, 2010, p. 16)

Na realização das investigações para a produção do inquérito policial criam-se conflitos entre os diferentes âmbitos do Sistema de Justiça Criminal, assim apontados por Michel Misse:

A discricionariedade inerente a atividade policial, utilizada para filtrar as ocorrências e determinar se serão passivas de instauração de um inquérito policial e, quando produzido, decidir o que ali constará ou não, é apontada por alguns operadores do sistema de Justiça Criminal como um elemento gerador de consequências no fluxo da Justiça (MISSE, 2010, p. 16).

Nesse sentido, promotores e juízes concordam com “a necessidade de adoção de estratégias de regulamentação e controle mais efetivos sobre o trabalho da Polícia Civil”. (RATTON, 2010, p. 288-289).

Mesmo que uma maioria entenda que uma maior aproximação entre a Polícia Civil e o Ministério Público favoreceria o andamento do processo penal, o que se observa na prática é que a devolução de inquéritos (ocorrida após a conclusão do inquérito policial pela polícia, no caso do Ministério Público acreditar ser necessário constar algum outro elemento investigativo ausente na peça) ocasiona uma forte tensão na relação entre o Ministério Público e os policiais. O argumento apontado por delegados e escrivães é o de que, em muitos casos, os inquéritos acabam sendo devolvidos à Polícia Civil por questões muito simples, fazendo com que a percepção dos policiais seja a de que o Ministério Público está mais interessado em cobrar da Polícia Civil, com todas as suas carências, em vez de solidarizar-se com os problemas vividos pelos integrantes da instituição e com suas condições adversas de trabalho (RATTON, 2010, p. 291).

A deficiência apontada pelos argumentos tanto do Ministério Público, quanto dos Magistrados dão corpo a uma antiga discussão sobre a ainda exclusiva titularidade do Inquérito Policial, exercida pelas polícias judiciárias na figura do delegado de polícia. Uma corrente liderada pelo Ministério Público e seguida por parte de doutrinadores pátrios, defendem que a competência do pré processo vestibular seja compartilhada com o titular da Ação Penal, criando uma espécie de “hierarquia” entre as polícias e o Ministério Público.

Entretanto outra corrente defende a continuidade do delegado de polícia à frente da investigação criminal, evitando assim, que o promotor de justiça acumule duas titularidades, visto que a este já pertence à Ação Penal. Defendendo a corrente majoritária de manutenção do sistema judicial tal qual é aplicado, preleciona Nucci em consonância com o diploma constitucional de 1988:

Debate-se se, além do inquérito policial, existem outras formas de produzir investigação criminal. Em nossa visão, existem outras modalidades de investigação, mas não criminal exclusiva. Inquéritos civis e processos administrativos, por exemplo, podem coletar provas e estas servirem para fins criminais. Porém, investigação criminal, segundo o disposto pelo art. 144, § 4.º, da CF, cabe à polícia judiciária. O Ministério Público poderia investigar, sozinho, a prática de um delito?

Parece-nos que não, pois é o titular da ação penal e não da investigação criminal. Pode requisitar provas à polícia, mas não nos parece deva produzi-las sem qualquer espécie de fiscalização. Inexiste, inclusive, lei específica, disciplinando como se daria tal investigação ministerial. Diante disso, somos refratários a tal formato investigatório. Reconhecemos ser a matéria polêmica, com vários julgados num e noutro sentido. (NUCCI, 2015, p. 83)

A produção de elementos de informação feita pelo mesmo órgão responsável por fiscalizá-los no bojo dos autos, tiraria o condão da isenção processual, colocando em cheque a credibilidade do órgão ministerial, visto que sua independência de atuação não permitiria o questionamento do que for produzido por ele em sede de prova.

Sobre a função do inquérito policial e sua importância para o sucesso da persecução penal, preleciona JOSÉ LUIZ RATTON:

Os diferentes integrantes do Sistema de Justiça Criminal observam que o mesmo cumpre uma função chave para toda ação penal, já que é a partir dele que a mesma é iniciada e dele depende, em grande medida, o resultado do processo criminal. O inquérito policial, por sua natureza, acaba configurando um primeiro juízo do Estado acerca de um evento criminoso, uma vez que a versão ali explicitada tende a ser reproduzida na persecução penal, da denúncia do Ministério Público à formação da convicção pelo juiz. Na percepção de diferentes operadores do Sistema de Justiça Criminal, assim como uma “boa investigação”, um “bom inquérito” é aquele que propicia a reconstituição de um delito de forma detalhada, “não deixando dúvidas” quanto aos elementos centrais (autoria, motivação e circunstâncias). Para alguns delegados, “a prova da excelência de um inquérito está na confirmação das conclusões da investigação pelo veredito do juiz” (RATTON, 2010, p. 267).

Quando a sentença ao final do processo acompanha a linha adotada em sede de Inquérito policial, significa dizer que houve um bom desempenho da investigação na fase inquisitória, visto que o veredito do juiz reverbera as teses aplicadas pelo delegado no inquérito.

4 A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Tamanha a polêmica que envolve o tema, está ela sujeita a repercussão geral como o que consta no Recurso Extraordinário do estado de Minas Gerais - RE 593.727/RG/MG do Relator Ministro Cezar Peluso. De um lado, argui-se o exercício de poderes implícitos por parte do Ministério Público, alinhado com a jurisprudência americana, de que ao titular da Ação Penal cabe a atividade de supervisão da atividade policial, conforme o artigo 129, VI, VII e VIII da Constituição Federal de 1988 “in verbis”:

- VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;
- VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;
- VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais.

Em oposição, há uma maioria que entende que a tarefa é atribuição apenas das Polícias Cíveis e da Polícia Federal. Assim, se o Ministério Público exercer sozinho o papel de condução da investigação, a consequência será a nulidade do processo com a consequente extração das provas produzidas que deram causa a denúncia. Nesse entendimento, (NUCCI, 2010, p. 86) preleciona que “é contrário a investigação criminal conduzida, de forma isolada, pelo Ministério Público, uma vez que seria feita sem qualquer fiscalização e controle, e pelo fato de que não há previsão legal específica”. Conclui seu raciocínio, entendendo que “se ocorrer o acesso do advogado do investigado nos autos, precisa ele ser assegurado”.

Seguindo o contexto, de forma conclusiva, temos o Recurso Ordinário de HC n. 81.326-7, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, de forma unânime, pelo voto condutor do Ministro Nelson Jobim, onde se decidiu que o Ministério Público não possui atribuições para realizar, diretamente, investigação de caráter criminal. Em seu voto, o Ministro destaca que:

Historicamente, no direito processual penal brasileiro, as atribuições para realizar as investigações preparatórias da ação penal têm sido da polícia, pelas mais diversas razões, as quais têm prevalecido a ponto de todas as iniciativas no sentido de mudar as regras nessa matéria terem sido repelidas, desde a proposta de instituir Juizados de Instrução feita pelo então Ministro da Justiça, Dr. Vicente Ráo, em 1935, passando pela elaboração da Constituição de 1988, da lei complementar relativa ao Ministério Público, em 1993, até propostas de emendas constitucionais em 1995 e 1999, com o objetivo de dar atribuições investigatórias ao Parquet.

A exigência é que tal atividade se faça com respeito aos direitos individuais e dos princípios elencados na CF/88.

Acentua-se que a legitimidade do Ministério Público para a colheita de elementos probatórios essenciais à formação de sua própria “opinio delicti” está prevista de forma expressa na CF/88, regulamentada pela Lei Complementar n.º 75/1993 (art. 129, incisos VI e VIII, da Constituição da República, e art. 8.º, incisos V e VII, da LC n.º 75/1993) e ainda seguindo o modelo de países como: Alemanha, França, Portugal, Itália, Estados Unidos, onde é permitido que promotores investiguem por conta própria sem prejuízo das investigações policiais.

Um argumento contrário é relativo ao impedimento do órgão ministerial que atua no inquérito no exercício da ação penal. Tal assertiva não faz frente à interpretação do Superior Tribunal de Justiça que editou a Súmula 234, quando diz que: “a participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia”.

O Supremo Tribunal Federal, em julgamento do HC 91.661 – PE, Relatora Ministra Ellen Gracie, 10 de março de 2009, entendeu que é possível a investigação criminal feita diretamente pelo Ministério Público: “Ora, se órgãos não ligados à persecução criminal tem o poder de investigar, como é o caso de Comissões Parlamentares de Inquérito, repartições fiscais, fatos que podem configurar infrações penais, não há razão ou argumento razoável, para retirar do Parquet tal atribuição.”

Tendo em vista que o procedimento criminal é dispensável. Qualifica-se, nessa linha de raciocínio, como já entendeu o Superior Tribunal de Justiça, que o Parquet pode requisitar diligências e esclarecimentos diretamente, visando a instrução de seus procedimentos administrativos, como se lê do RHC 8.106-DF, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 4 de junho de 2001: “nessa linha de pensar se tem que a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento de que por expressa previsão constitucional possui o Ministério Público a prerrogativa de instaurar procedimento administrativo e conduzir diligências investigatórias.”

O Superior Tribunal de Justiça já entendeu que são válidos os atos investigatórios conduzidos pelo Ministério Público, cabendo-lhe ainda requisitar informações e documentos, a fim de instruir os procedimentos administrativos, com vistas ao oferecimento da denúncia.

Nesse sentido, tem-se um importante precedente no julgamento do HC 84.965/MG, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento de 13 de dezembro de 2011, publicado no DJe de 10 de abril de 2012, onde a investigação pelo Ministério Público é discutida:

HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. ALEGADA FALTA DE JUSTA CAUSA PARA PERSECUÇÃO PENAL, AO ARGUMENTO DE ILEGALIDADE DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO INVESTIGATÓRIO PROCEDIDO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E DE NÃO-CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. FALTA DE JUSTA CAUSA NÃO CARACTERIZADA. ORDEM DENEGADA. 1. POSSIBILIDADE DE INVESTIGAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. EXCEPCIONALIDADE DO CASO. Não há controvérsia na doutrina ou jurisprudência no sentido de que o poder de investigação é inerente ao exercício das funções da polícia judiciária – Civil e Federal –, nos termos do art. 144, § 1º, IV, e § 4º, da CF. A cealuma sobre a exclusividade do poder de investigação da polícia judiciária perpassa a dispensabilidade do inquérito policial para ajuizamento da ação penal e o poder de produzir provas conferido às partes. Não se confundem, ademais, eventuais diligências realizadas pelo Ministério Público em procedimento por ele instaurado com o inquérito policial. E esta atividade preparatória, consentânea com a responsabilidade do poder acusatório, não interfere na relação de equilíbrio entre acusação e defesa, na medida em que não está imune ao controle judicial – simultâneo ou posterior. O próprio Código de Processo Penal, em seu art. 4º, parágrafo único, dispõe que a apuração das infrações penais e da sua autoria não excluirá a competência de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função. À guisa de exemplo, são comumente citadas, dentre outras, a atuação das comissões parlamentares de inquérito (CF, art. 58, § 3º), as investigações realizadas pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF (Lei 9.613/98), pela Receita Federal, pelo Bacen, pela CVM, pelo TCU, pelo INSS e, por que não lembrar, *mutatis mutandis*, as sindicâncias e os processos administrativos no âmbito dos poderes do Estado. Convém advertir que o poder de investigar do Ministério Público não pode ser exercido de forma ampla e irrestrita, sem qualquer controle, sob pena de agredir, inevitavelmente, direitos fundamentais. A atividade de investigação, seja ela exercida pela Polícia ou pelo Ministério Público, merece, por sua própria natureza, vigilância e controle. O pleno conhecimento dos atos de investigação, como bem afirmado na Súmula Vinculante 14 desta Corte, exige não apenas que a essas investigações se aplique o princípio do amplo conhecimento de provas e investigações, como também se formalize o ato investigativo. Não é razoável se dar menos formalismo à investigação do Ministério Público do que aquele exigido para as investigações policiais. Menos razoável ainda é que se mitigue o princípio da ampla defesa quando for o caso de investigação conduzida pelo titular da ação penal. Disso tudo resulta que o tema comporta e reclama disciplina legal, para que a ação do Estado não resulte prejudicada e não prejudique a defesa dos direitos fundamentais. É que esse campo tem-se prestado a abusos. Tudo isso é resultado de um contexto de falta de lei a regulamentar a atuação do Ministério Público. *No modelo atual, não entendo possível aceitar que o Ministério Público substitua a atividade policial incondicionalmente, devendo a atuação dar-se de forma subsidiária e em hipóteses específicas*, a exemplo do que já enfatizado pelo Min. Celso de Mello quando do julgamento do HC 89.837/DF: “situações de lesão ao patrimônio público, [...] excessos cometidos pelos próprios agentes e organismos policiais, como tortura, abuso de poder, violências arbitrárias, concussão ou corrupção, ou, ainda, nos casos em que se verificar uma intencional omissão da Polícia na apuração de determinados delitos ou se configurar o deliberado intuito da própria corporação policial de frustrar, em função da qualidade da vítima ou da condição do suspeito, a adequada apuração de determinadas infrações penais”. No caso concreto, constata-se situação, excepcionalíssima, que justifica a atuação do Ministério Público na coleta das provas que fundamentam a ação penal, tendo em vista a investigação encetada sobre suposta prática de crimes

contra a ordem tributária e formação de quadrilha, cometido por 16 (dezesesseis) pessoas, sendo 11 (onze) delas fiscais da Receita Estadual, outros 2 (dois) policiais militares, 2 (dois) advogados e 1 (um) empresário. 2. ILEGALIDADE DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL ANTE A FALTA DE CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. NÃO OCORRÊNCIA NA ESPÉCIE. De fato, a partir do precedente firmado no HC 81.611/DF, formou-se, nesta Corte, jurisprudência remansosa no sentido de que o crime de sonegação fiscal (art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990) somente se consuma com o lançamento definitivo. No entanto, o presente caso não versa, propriamente, sobre sonegação de tributos, mas, sim, de crimes supostamente praticados por servidores públicos em detrimento da administração tributária. Anoto que o procedimento investigatório foi instaurado pelo Parquet com o escopo de apurar o envolvimento de servidores públicos da Receita estadual na prática de atos criminosos, ora solicitando ou recebendo vantagem indevida para deixar de lançar tributo, ora alterando ou falsificando nota fiscal, de modo a simular crédito tributário. Daí, plenamente razoável concluir pela razoabilidade da instauração da persecução penal. Insta lembrar que um dos argumentos que motivaram a mudança de orientação na jurisprudência desta Corte foi a possibilidade de o contribuinte extinguir a punibilidade pelo pagamento, situação esta que sequer se aproxima da hipótese dos autos. 3. ORDEM DENEGADA. *HC 84.965/MG, Relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento de 13 de dezembro de 2011, publicado no DJe de 10 de abril de 2012*

A discussão ainda está longe de definição, visto que a complexidade do tema abarca opiniões e decisões divergentes em julgados de tribunais nacionais, com entendimentos controversos entre legisladores, doutrinadores e magistrados. Um consenso é o que se busca, como forma de pacificar o tema, em nome da organização e da eficiência da persecução penal perante a sociedade no limiar da justiça.

4.1 Argumentos Favoráveis à Atuação do Órgão Ministerial

Um dos argumentos adotados pela doutrina que admite a realização da investigação criminal pelo Ministério Público decorre do entendimento que a polícia judiciária não detém exclusividade na investigação criminal. “Não existe monopólio, e o órgão policial tem o escopo de explanar elementos probatórios ao Ministério Público, que poderá participar diretamente das investigações, bem como prestar orientação às mesmas em razão do interesse de punir Estatal, assim, quem pode o mais pode o menos.” (STRECK; FELDENS, 2006, p. 93).

Os seguidores do monopólio policial de investigação alertam o legislador constituinte a fim de evitar situações vivenciadas na época da ditadura militar, e outros sustentam que a investigação pelo Ministério Público implica na perda da impessoalidade e da imparcialidade. (CASTILHO, 1999)

Outros autores sustentam o monopólio da Polícia Civil, tentando extrair da norma constitucional o que ela não define de forma alguma, ignorando-se de que a interpretação

dentro desse contexto deve proceder de algo, podendo sofrer a incidência de ser caracterizada como uma invenção. “Assim, uma vez que a Polícia Judiciária não possui o monopólio das investigações criminais, nada impede a realização das investigações criminais pelo Ministério Público, a fim de elucidar os fatos.” (CASTILHO, 1999, p. 4).

De toda sorte, a exclusividade³⁴⁵ que diz respeito à Carta Política de 1988, no artigo 144, § 1º, inciso IV, inclina-se apenas em separar algum conflito de atribuições na esfera das polícias, entretanto a função exercida pela Polícia Judiciária da União configura exclusiva da Polícia Federal. (LIMA, 2002)

A investigação criminal tem o objetivo de apresentar dados suficientes, ao titular da ação penal, tanto o particular como o Ministério Público, para que possa formar a “*opinio delicti*”.

O promotor precisa vivenciar determinados fatos, conhecendo todos na sua inteireza, para que possa formar seu convencimento. Conhecendo-os pessoalmente por meio de uma investigação e não através de certos papéis, sob a qual ele mesmo tenha iniciado a condução e todo o desenvolvimento. (MIRABETE, 2004)

Acerca das atribuições do Ministério Público, prevista na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público nº 8.625 de 1993, no artigo 26, Márcio Luís Chila FREYESLEBEN em expressiva passagem assevera categoricamente que “a investigação criminal conduzida pelo promotor é plenamente adequada e possui amparo legal. Atualmente, o novel instituto ministerial, vem desempenhando um papel de extrema relevância norteando a sociedade para que se converta genuinamente, democrática.” Demonstrado através de copiosos exemplos de ordem prática, na fase pré-processual, pautado no devido processo legal e no absoluto respeito aos direitos e garantias individuais, denunciou políticos, juízes, empresários, dentre outros “altos figurões”. (FREYESLEBEN, 1993, p. 16-17)

O legislador constituinte conferiu ao Ministério Público suas funções institucionais, dentre elas o exercício privativo da ação penal, contudo ainda que de forma implícita proporcionou meios para tanto. Todavia, uma parte da doutrina entende que a investigação criminal pode ser realizada através da forma de interpretação usada em certos incisos do artigo 129, da Carta Constitucional de 1988, valendo-se da manobra de alguns meios hermenêuticos, assim como a aplicação da interpretação sistemática e a Teoria dos Poderes Implícitos. (JARDIM, 2001, p. 327)

4.2 Argumentos Contrários

Os posicionamentos contrários à investigação criminal pelo Ministério Público primeiramente partem do pressuposto de uma interpretação literal feita das normas constitucionais e infraconstitucionais respectivas. Um dos argumentos embasados para sustentar a tese na qual o Ministério Público não pode investigar desprende-se, do alcance dado às atribuições funcionais do órgão ministerial a que dispõe o artigo 129, inciso VIII, da Constituição Federal de 1988, em que este não estabelece nenhuma competência ao Ministério Público para investigar em sede de inquérito criminal.

Neste sentido manifestou-se o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 81.326, DF, onde “o Ministério Público é o titular da ação penal pública de acordo com o preceito constitucional 129, inciso I, e isso não significa que possui competência da investigação criminal para promovê-la”. Assim preleciona Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo:

Há plena inadmissibilidade em “inventar” função, ou mesmo competência, opondo-se a Constituição da República de 1988, assim, a atividade administrativa interna do Ministério Público seja na esfera estadual ou federal não pode querer desempenhar o que é da polícia judiciária. Cada um realiza a sua atuação específica, no âmbito do processo penal em conjunto com o Poder Judiciário. A direção do inquérito policial é de exclusiva atuação da polícia judiciária. E ainda, o inciso III, do artigo 129, da Carta Política atribui ao Parquet a competência de propor inquérito civil a fim de embasar a ação civil pública e não de modo abstruso o inquérito policial.(PITOMBO, 2003, p. 3)

Guilherme de Souza NUCCI de forma concisa aborda o tema e assevera:

a Constituição Federal não contemplou ao Ministério Público a atribuição da investigação. O controle externo previsto no inciso VII, da atividade policial compromete o Ministério Público para efetuar a investigação criminal, pois quem controla por evidência não pode investigar, sendo a recíproca verdadeira. Outro argumento sustentado é quanto à expressão “exclusividade” constante do artigo 144, § 1º, inciso IV, no sentido que deveria ser analisado de forma sistemática, em conjunto com todo o texto constitucional e não apenas isoladamente, podendo configurar a inconstitucionalidade da norma.(NUCCI, 2003, p. 65).

Nesse sentido, Otto BACHOF, afirma que:

Quando uma Constituição se apresenta juridicamente eficaz, em todo seu contexto, porém, se isoladamente, uma dessas normas, não obedece aos pressupostos de eficácia instituída por aquela mesma norma, é possível se falar em norma constitucional ‘inconstitucional’ de todo modo, contudo, será o caso de uma norma inválida. (BACHOF, 1994, p. 62)

Em decisão unânime, manifestou-se o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 81.326, DF, na Segunda Turma, em que confirmou a impossibilidade da competência do Ministério Público realizar, de forma direta, a investigação criminal. Do voto condutor, também da autoria do Ministro Nelson JOBIM, consta um retrospecto histórico demonstrando que, no direito processual penal brasileiro, a realização das investigações criminais prévias da ação penal foram conferidas à polícia, realçando, ainda, que todas as tentativas de alterar as regras nesse âmbito do sistema processual brasileiro, foram frustradas desde a proposta do Ministro da Justiça a época Vicente Ráo em 1936 ao tentar introduzir os Juizados de Instrução. A discussão acerca do tema em pauta foi retomada na elaboração da Constituição de 1988. Conforme asseverou o Ministro relator, ao abordar no que toca ao controle externo da polícia civil, perante a Assembleia Nacional Constituinte de 1988, novamente retornou a discussão sobre o processo de instrução dirigido pelo Ministério Público. Por derradeiro, acabou conservando-se a tradição. As emendas apresentadas 945, 424, 1.025, 2.905, 20.524, 24.266 e 30.513, foram recusadas pelo constituinte, o que de forma genérica, atribuiu ao Ministério Público a administração, o poder de avocar e acompanhar o andamento da investigação criminal. Assim, restou definido que as atividades de polícia judiciária e investigação das violações penais da polícia civil ficaram garantidas pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 144, § 4º. Em relação a norma infraconstitucional, foi tratado pela Lei Complementar nº 75 de 1993, restringindo-se nos moldes da Constituição, no tocante as funções pertinentes ao Ministério Público estabelecido na regra do artigo 7º e 8º. Quanto as atividades de investigação dedicou ao Ministério Público as atividades previstas no artigo 129, VIII, da Constituição Federal de 1988.

5 CONCLUSÃO

O objeto intentando com o presente, foi o de fomentar, por meio de pesquisas e estudos, a discussão sobre a questão processual penal da dispensabilidade ou não do Inquérito Policial para que a persecução penal se amolde de forma mais atuante e eficiente ao cidadão que necessite da atuação do Estado, o qual possui sua outorga, em defesa de seus direitos e garantias elencados na Carta Constitucional de 1988. A excelência na prestação jurisdicional por parte do Estado tem, na outra ponta, o seu principal cliente, o cidadão, que busca exercer sua cidadania por meio do amparo necessário, recebido na defesa de seus direitos.

O Inquérito Policial foi aqui, amplamente estudado e debatido, conceituado e classificado por diversos estudiosos do assunto, que é extremamente controverso e polêmico, sem que houvesse, contudo, nenhuma intenção de se esgotar o tema, tarefa tida como impossível, dada a sua complexidade e abrangência no atual sistema processual penal pátrio. A importância do Inquérito Policial na persecução penal merece elevada atenção, visto que é a porta de entrada para uma futura Ação Penal que poderá ensejar uma absolvição ou condenação em juízo.

O caráter inquisitório do Inquérito é um dos pontos controvertidos do modelo acusatório adotado pelo Brasil, visto que direitos individuais como o contraditório e a ampla defesa, não são contemplados no desenvolver da investigação, apesar haver uma flexibilização recente na legislação, no tocante a matéria, mas que ainda não permite ao investigado defender-se até que ocorra o indiciamento e o suspeito se torne réu. A supressão de direitos faz com que a investigação em fase vestibular se torne objeto de questionamentos sobre o sistema acusatório, tido por ineficiente e ultrapassado quando comparado ao de outras nações.

Aliado a essa questão, tem-se constantemente contestada, principalmente pelo Ministério Público, a eficiência da polícia judiciária na produção do inquérito e na coleta de elementos de informação, pré provas, como meio de sustentação do indiciamento do suspeito (autoria + materialidade) no bojo da investigação criminal, subsidiando, desta forma, a ação penal.

O Ministério Público, alicerçado pela teoria dos poderes implícitos, onde “quem pode mais pode menos”, pleiteia perante a opinião pública a legitimidade para retirar a exclusividade na titularidade da investigação criminal do delegado de polícia, sob o

argumento da ineficiência da polícia judiciária e também de sua independência enquanto órgão, tendo assim, segundo seus argumentos, condições de produzir o inquérito de forma mais eficiente e dando maior celeridade ao acesso do cidadão à justiça.

Ora, sendo o Parquet o titular da Ação Penal e tendo por essa função a discricionariedade de tornar dispensável o Inquérito Policial, questiona-se o objeto pelo qual se justifique a ambição do órgão ministerial em conduzir a investigação preliminar, uma vez que na formação de sua “opinio delicti”, poderá o promotor, segundo sua função, solicitar novas diligências, indicadas por ele próprio, ou ainda desconsiderar a linha adotada pela investigação policial, dispensando o inquérito, e determinar o rumo que considerar o mais adequado para a persecução penal, antes de decidir sobre seu parecer final no oferecimento da denúncia.

Não há, na Constituição Federal, nenhum dispositivo ou artigo que outorgue ao Ministério Público a função de presidir individualmente, ou de forma exclusiva, a investigação a qual lhe servirá de alicerce para denunciar, em seguida, aquele que considerar autor de crime, excluindo de forma veemente a polícia judiciária e por extensão a fiscalização imparcial do juiz, praticando, de forma reflexa, uma monopolização da persecução penal.

Uma corrente majoritária de doutrinadores pátrios se filiam a posição de “equilíbrio harmônico entre as instituições de justiça”, onde assim preleciona Guilherme Nucci: “O sistema processual penal foi elaborado para apresentar-se equilibrado e harmônico, não devendo existir qualquer instituição superpoderosa”, (NUCCI, 2017), corrente a qual também me filio, a evitar permitir-se que o Ministério Público, por mais bem-intencionado que esteja, possa produzir sozinho a investigação criminal, protegido de qualquer fiscalização, sem a participação do indiciado, sendo o mesmo que comprometer a lisura da harmônica e garantista investigação criminal.

Assim, sob o aspecto institucional esta possibilidade de o Ministério Público produzir diretamente a prova em fase preliminar do inquérito, implicaria atribuir a este órgão, um poder exorbitante para o arquivamento dos elementos de informação na fase de pré processo, visto que o órgão seria ao mesmo tempo o remetente e o destinatário do conteúdo apurado.

A “imparcialidade” é intrínseca aos atos preparatórios da ação penal, não podendo ser contaminado o livre convencimento, causando assim prejuízo entre as partes com a desigualdade e o desrespeito ao devido processo legal. O acesso a uma maior discricionariedade, conduz o membro do Ministério Público a se transformar em autoridade

policial, podendo afastar certas provas e indícios que levem a outra escolha diferente da elucidação do fato delituoso e a consequente propositura da ação penal com a devida pena ao culpado, maculando dessa forma, toda fase investigativa.

As funções de investigar estão definidas no artigo 144, da Constituição Federal de 1988, ao órgão ministerial cabe a exclusividade de ajuizar a ação penal salvo quando não for interposta no prazo legal, conforme o artigo 5º, LIX, da mesma Carta Constitucional de 1988. O fato de existir alguma instituição com superioridade latente de poderes sobre as demais, comprometeria o equilíbrio sob o qual fora formado o ordenamento jurídico-processual penal.

Ante a todo o conteúdo aqui exposto, há de ser enaltecido o ardoroso trabalho desempenhado pelas instituições penais do Estado, tanto pela polícia judiciária, quanto pelo Ministério Público e também pelo Poder Judiciário, que no cumprimento de suas exaustivas funções constitucionais e diante de seus esforços conjuntos e harmônicos, primam sempre pela lei e pela ordem dentro do Estado Democrático de Direito na busca incansável pela realização de Justiça.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: . Acesso em: 30 março 2019.

_____. **Decreto-lei n. 3.689**, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: . Acesso em: 30 março 2019.

ADORNO, Sérgio (1994) “**Violência, controle social e cidadania: Dilemas de administração da Justiça Criminal no Brasil**”. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 41. Coimbra.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 9ª edição, rev. Atual. – Ed. Forense - Rio de Janeiro, 2017.

BACHOF, Otto. **Normas Constitucionais Inconstitucionais** – Ed. Almedina Brasil, 1994.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**, 20ª edição - Saraiva – São Paulo, 2013.

COSTA, A. T. M. **É possível uma política criminal? A discricionariedade no Sistema de Justiça Criminal do DF. Sociedade e Estado**, v. 26, 2011.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal. Direito Alternativo**. In: Seminário Nacional sobre o uso alternativo do direito. Rio de Janeiro: ADV, 1994.

FREYESLEBEN, Márcio Luís Chila. **O Ministério Público e a Polícia ... Atividade Policial**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

GRINOVER, Ada Pellegrine. **Teoria Geral do Processo**. 14ª ed. São Paulo : Malheiros, 1998.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**, 9ª ed. Revisada e Atualizada, São Paulo: Saraiva, 2012;

HOFFMAN, Henrique. **Missão da Polícia Judiciária é buscar a verdade e garantir direitos fundamentais**. Disponível em: . Acesso em: 26 mar 2019.

KANT DE LIMA, Roberto (1995) **A Polícia da Cidade do Rio de Janeiro - seus dilemas e paradoxos**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2ª Ed..

LEMGRUBER, Julita, Musumeci, Leonarda & Cano, Ignacio (2003). **Quem Vigia os Vigias** Rio de Janeiro: Ed. Record.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**; volume único – 6ª ed. rev., ampl. e atual. - Salvador; Ed. Juspodivm, 2018.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**, volume único, Revista atualizada e ampliada, 5ª edição – Juspodivim – São Paulo. 2016.

LOPES JR, Aury (2006) **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Vol.I, Editora Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2007.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MARQUES, José Frederico apud RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 14. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**, 7ª ed. São Paulo; Atlas, 2000.

MIRABETE, Júlio Fabrini. **Processo Penal**, 10ª edição, Ed. Atlas, São Paulo, 2000;

MISSE, Michel. **Crime, sujeito e sujeição criminal**. Aspectos de uma contribuição analítica sobre a categoria bandido. Lua Nova, v. 79, 2010

NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012;

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 10ª edição, Saraiva, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Processo penal** - 3. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2015. (Esquemas & sistemas; v. 3).

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

PITOMBO, Antônio Sérgio de Moraes. **Lavagem de Dinheiro – A tipicidade do crime antecedente**, 1ª ed., São Paulo, Rev. Dos Tribunais, 2003.

RANGEL, Paulo. **Investigação criminal direta pelo Ministério Público: visão crítica**. 2ª ed, rev. amp. e atual., Editora Lúmen Júris: Rio de Janeiro, 2005.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2015.

RATTON, José Luiz(2010) “**Refletindo sobre o inquérito policial na cidade do Recife: uma pesquisa empírica**” in Michel Misse, **O inquérito policial no Brasil: Uma pesquisa empírica**. Rio de Janeiro.

REALE, Miguel. **Horizontes do Direito e da História**, Ed. Saraiva – São Paulo, 1956;

ROMEIRO, Jorge Alberto. **Da Ação Penal**, 2. Edição – Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1978;

SANTOS, Boaventura de Sousa (1996) **Os tribunais nas sociedades contemporâneas - O caso português**. Porto: Afrontamento.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v.1.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, volume 1, 13 edição - Saraiva - São Paulo, 2012.