

O procedimento investigatório criminal como instrumento administrativo interno do ministério público. Desnecessidade de controle judicial

Airton Pedro Marin Filho¹



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Resumo: O presente artigo busca deixar evidenciado que o Procedimento Investigatório Criminal – PIC, por se tratar de procedimento administrativo próprio e interno no âmbito do Ministério Público, não estará sujeito ao controle judicial sistemático, como condição indispensável de sua validade jurídica, exceto quando existam atos que exijam análise e intervenção do poder judiciário (medidas cautelares, prisões temporárias e preventivas, busca e apreensão, quebras de sigilo bancário, fiscal e das comunicações telefônicas, etc.). Além das garantias constitucionais creditadas ao Ministério Público, servem como base para análise do aqui discutido, dentre outros institutos, a Resolução nº 181/17 do CNMP (com as alterações trazidas pela Resolução nº 183/18), na qual restam especificadas as regras a serem seguidas internamente para a instauração, instrução e conclusão do citado procedimento.

Palavras-chave: Procedimento Investigatório Criminal – PIC. Resolução nº181/2017-CNMP. Abertura. Controle Judicial. Desnecessidade.

Abstract: This article aims to show that the Criminal Investigative Procedure – PIC, because it is its own and internal administrative procedure within the public prosecutor's office, will not be subject to systematic judicial control, as an indispensable condition of its legal validity, except when there are acts that require analysis and intervention of the judiciary (precautionary measures, temporary and preventive arrests, search and seizure, bouts of bank secrecy, tax secrecy and telephone communications, etc.). In addition to the constitutional guarantees credited to the Public Prosecutor's Office, they serve as the basis for the analysis of the discussed here, among other institutes, CNMP Resolution No. 181/17 (with the amendments

¹ Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado de Rondônia. Ex-Corregedor-Geral e Ex-Procurador-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado de Rondônia. Especialista em Direito Sanitário pela Universidade de Brasília - UNB. Especialista em Ciências Criminais pela Universidade da Amazônia - UNAMA. Mestrando em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ.

brought by Resolution No. 183/18), in which the rules to be followed internally for the establishment, instruction and conclusion of the aforementioned procedure remain specified.

Keywords: Criminal Investigative Procedure - PIC. Resolution No. 181/2017-CNMP. Aperture. Judicial Control. Unnecessity.

1. Introdução

O procedimento investigatório criminal tem como desiderato coligir elementos que elucidem a materialidade e a autoria de um suposto delito ou conjunto de delitos. Para tanto, o procedimento congrega uma série de atos concatenados, de índole investigativa, em um caderno processual que tramita nos átrios do próprio Ministério Público. Como se sabe, essa investigação é presidida pelo membro que instaurou o referido expediente¹.

Certo é que, a esta altura, seria contraproducente apresentar uma farta argumentação favorável à constitucionalidade da investigação criminal levada a cabo pelo Ministério Público, mormente quando essa possibilidade já conta com a chancela do Supremo Tribunal Federal. Sucede que, no Direito, convém preferir a *autoridade do argumento* ao argumento de autoridade. Ademais, dentro do universo de argumentos favoráveis, há um deles, em especial, que se coloca como a *chave da abóbada* no que concerne ao estudo desenvolvido neste trabalho. Sendo assim, sem qualquer pretensão de repisar questões já decididas pela construção pretoriana da mais Alta Corte, é de bom alvitre lembrar a *regra de ouro* que norteará o raciocínio desenvolvido neste ensaio: a doutrina norte-americana dos *implied powers*. Ancorados nessa teoria, podemos inferir que, quando a Constituição Federal confiou ao Ministério Público a tarefa de, privativamente, oferecer a ação penal (art. 129, I), implicitamente, também o munuiu dos *meios* para cumprir a contento esse desiderato constitucional (*McCulloch v. Maryland* - 1819).²

¹ MARIN FILHO, Airton Pedro. ALVARENGA, Samuel. **Comentário ao artigo 4º da Resolução 181-2017-CNMP**. In Org. FISCHER, Douglas e ANDRADE, Mauro Fonseca. **Investigação Criminal pelo Ministério Público: Comentários à Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público**. 2ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

² GARCIA, Emerson. **Ministério Público: Organização, Atribuições e Regime Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2013.

De resto, é de elementar sabença que ao Ministério Público interessa, na mesma medida, a condenação de culpados e a absolvição de inocentes. Se, ao fim e ao cabo, sua investigação evidencia a inocência da pessoa investigada, o membro promoverá o arquivamento do PIC. Noutra ponta, quando as diligências denotam uma fundada suspeita, o oferecimento da denúncia é a medida civilizada e reclamada pelo Direito para repudiar a indesejada impunidade, caso a instrução confirme aquilo de que se suspeitava. À vista do que eventualmente apurado no procedimento criminal, o *membro* do Ministério Público *amadurece* a sua *opinio delicti* para o oferecimento *responsável* da ação penal ou mesmo para a promoção do arquivamento do procedimento que instaurou. Modernamente, restou superado o vetusto dogma pelo qual a sagrada investigação criminal só poderia ser operacionalizada pela Polícia Civil ou Federal. Hoje, o próprio advogado pode realizar o que a doutrina tem denominado de *investigação defensiva*, à semelhança do que sucede no ordenamento jurídico italiano e norte-americano.

2. A desnecessidade de controle judicial

A necessidade ou não do controle judicial no momento da abertura e instauração do Procedimento Investigatório Criminal pelo Ministério Público, especificamente em face de autoridades com foro por prerrogativa de função, tem sido objeto de debates em alguns Tribunais de Justiça dos Estados. A vulnerabilidade da construção jurisprudencial sobre esse assunto, torna imprescindível uma análise da legalidade e as possíveis consequências desse controle sobre a atuação do Ministério Público brasileiro.

Considerando o teor do voto de lavra do ministro Gilmar Mendes, em recente decisão proferida no HC 201.965³, que concedeu a ordem para não só declarar a nulidade de relatórios e provas deles decorrentes, como também dizer da imprestabilidade dos elementos probatórios colhidos pelo Ministério Público do Rio de Janeiro, no âmbito de procedimento investigatório criminal, pensamos ser cabível nova discussão acerca do assunto e de seus fundamentos constitucionais.

Mormente quando o citado ministro, ao concluir seu voto, deixa claro que “a exigência de supervisão judicial se impõe até mesmo em relação aos procedimentos investigativos

³ HC 201.965. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6177678>>. Acesso em: 13 dez. 2021.

instaurados no âmbito do Ministério Público”⁴, afirmando que embora reconhecida pelo STF a constitucionalidade dos poderes investigatórios conferidos ao Ministério Público, isso não os torna irrestritos e absolutos. Reacende-se, assim, mais uma vez, a discussão sobre a dispensabilidade ou não de controle judicial nos procedimentos investigatórios criminais que, *in casu*, apuravam ilícitos em tese praticados por detentores de foro privilegiado.

Fazendo uma retrospectiva da construção jurisprudencial sobre o tema, vale relembrar que o Supremo Tribunal Federal, na Questão de Ordem suscitada no Inquérito nº 2.411 QO/MT, decidiu que a autoridade policial não pode abrir de ofício inquérito policial para apurar conduta de pessoa com foro por prerrogativa de função perante o STF, devendo a abertura do inquérito ser condicionada à autorização do ministro-relator na Suprema Corte. Confira-se:

EMENTA: Questão de Ordem em Inquérito. 1. Trata-se de questão de ordem suscitada pela defesa de Senador da República, em sede de inquérito originário promovido pelo Ministério Público Federal (MPF), para que o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) defina a legitimidade, ou não, da instauração do inquérito e do indiciamento realizado diretamente pela Polícia Federal (PF). 2. Apuração do envolvimento do parlamentar quanto à ocorrência das supostas práticas delituosas sob investigação na denominada “Operação Sanguessuga”. 3. Antes da intimação para prestar depoimento sobre os fatos objeto deste inquérito, o Senador foi previamente indiciado por ato da autoridade policial encarregada do cumprimento da diligência. 4. Considerações doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema da instauração de inquéritos em geral e dos inquéritos originários de competência do STF: i) a jurisprudência do STF é pacífica no sentido de que, nos inquéritos policiais em geral, não cabe a juiz ou a Tribunal investigar, de ofício, o titular de prerrogativa de foro; ii) qualquer pessoa que, na condição exclusiva de cidadão, apresente notícia criminis diretamente a este Tribunal é parte manifestamente ilegítima para a formulação de pedido de recebimento de denúncia para a apuração de crimes de ação penal pública incondicionada. Precedentes: INQ no 149/DF, Rel. Min. Rafael Mayer, Pleno, DJ 27.10.1983; INQ (AgR) no 1.793/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, Pleno, maioria, DJ 14.06.2002; PET – AgR – ED no 1.104/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, Pleno, DJ 23.05.2003; PET no 1.954/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, Pleno, maioria, DJ 10.8.2003; PET (AgR) no 2.805/DF, Rel. Min. Nelson Jobim, Pleno, maioria, DJ 27.02.2004; PET no 3.248/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, decisão monocrática, DJ 23.11.2004; INQ no 2.285/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão monocrática, DJ 13.03.2006 e PET (AgR) no 2.998/MG, 2ª Turma, unânime, DJ 06.11.2006; iii) diferenças entre a regra geral, o inquérito policial disciplinado no Código de Processo Penal e o inquérito originário de competência do STF regido pelo art. 102, I, b, da CF e pelo RI/STF. A prerrogativa de foro é uma garantia voltada não exatamente para os interesses dos titulares de cargos relevantes, mas, sobretudo, para a própria regularidade das instituições. Se a Constituição estabelece que os agentes políticos respondem, por crime comum, perante o STF (CF, art. 102, I, b), não há razão constitucional plausível para que as atividades diretamente relacionadas à supervisão

⁴ Voto do Ministro Gilmar Mendes no HC 201.965. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/stf-anula-relatorios-coaf-flavio.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2022.

judicial (abertura de procedimento investigatório) sejam retiradas do controle judicial do STF. A iniciativa do procedimento investigatório deve ser confiada ao MPF contando com a supervisão do Ministro-Relator do STF. 5. A Polícia Federal não está autorizada a abrir de ofício inquérito policial para apurar a conduta de parlamentares federais ou do próprio Presidente da República (no caso do STF). No exercício de competência penal originária do STF (CF, art. 102, I, “b” c/c Lei no 8.038/1990, art. 2o e RI/STF, arts. 230 a 234), a atividade de supervisão judicial deve ser constitucionalmente desempenhada durante toda a tramitação das investigações desde a abertura dos procedimentos investigatórios até o eventual oferecimento, ou não, de denúncia pelo dominus litis. 6. Questão de ordem resolvida no sentido de anular o ato formal de indiciamento promovido pela autoridade policial em face do parlamentar investigado. (Inq 2411 QO/MT, Relator Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/10/2007, DJe no074, Divulgação em 24/04/2008, Publicação em 25/04/2008. Ementário no 2316-1). (g.n.)⁵

Aplicado no âmbito do STF, esse entendimento deixa evidenciada a impossibilidade de a autoridade policial, de ofício, instaurar inquérito policial para apuração de atos praticados por parlamentares federais, ou ainda do Presidente da República.

No entanto, tal entendimento não serve de paradigma para que eventualmente os Tribunais de Justiça deem interpretação analógica, ou mesmo por simetria, por si só, aos casos investigados pelo Ministério Público, cujos agentes detenham prerrogativa de foro nos Tribunais Estaduais, e que estejam sendo apurados por meio de Procedimento Investigatório Criminal – PIC. Como já salientado anteriormente, referido procedimento é instrumento próprio e interno do *Parquet*, inerente às suas próprias funções institucionais (art. 129, da Constituição Federal).

É bom lembrar que à luz dos fundamentos do sistema acusatório penal brasileiro, que por sua vez se encontram ancorados nas garantias constitucionais de abrangência irrestrita, a distintos entes cabem as funções de acusar (Ministério Público), defender (Defensoria Pública e OAB) e julgar (Poder Judiciário). A cada um deles, de igual forma, tratou a Constituição Federal de conferir poderes, atribuições e limites de atuação, dentro da concepção de estado democrático de direito.

Entretanto, há de se ressaltar que o Procedimento Investigatório Criminal – PIC é instrumento sumário e desburocratizado de natureza administrativa e investigatória, instaurado e presidido pelo membro no Ministério Público com atribuição criminal, e terá como finalidade apurar a ocorrência de infrações penais de iniciativa pública, servindo como preparação e

⁵ Inq 2411 QO/MT, Relator Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/10/2007, DJe nº 074, Divulgação em 24/04/2008, Publicação em 25/04/2008. Ementário nº 2316-1.

embasamento para o juízo de propositura, ou não, da respectiva ação penal, conforme descrito na nova redação dada ao artigo 1º da Resolução 181/17-CNMP.

Diante dessa definição, constata-se que o procedimento investigatório criminal, embora possua a mesma finalidade do Inquérito Policial, é procedimento diverso, e não pode ser tratado, para estes fins, como se idêntico fosse.

Já o inquérito policial é assim conceituado por Lima⁶:

Procedimento administrativo inquisitório e preparatório, presidido pela autoridade policial, o inquérito policial consiste em um conjunto de diligências realizadas pela polícia investigativa objetivando a identificação das fontes de prova e a colheita de elementos de informação quanto à autoria e materialidade da infração penal, a fim de possibilitar que o titular da ação penal possa ingressar em juízo.

O Procedimento Investigatório Criminal - PIC, regulamentado pelo CNMP por meio da Resolução nº 181, é a instrumentalização do exercício do poder de investigação do Ministério Público previsto na Constituição Federal, reconhecido e confirmado pelo Supremo Tribunal Federal na Repercussão Geral nº 593727, por meio do Tribunal Pleno, que assim restou decidida, conforme informado no acompanhamento processual do STF:

O Tribunal, por maioria, negou provimento ao recurso extraordinário e reconheceu o poder de investigação do Ministério Público, nos termos dos votos dos Ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Rosa Weber e Cármen Lúcia, vencidos os Ministros Cezar Peluso, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, que davam provimento ao recurso extraordinário e reconheciam, em menor extensão, o poder de investigação do Ministério Público, e o Ministro Marco Aurélio, que dava provimento ao recurso extraordinário e negava ao Ministério Público o poder de investigação. Em seguida, o Tribunal afirmou a tese de que o Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei nº 8.906/1994, art. 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante nº 14), praticados pelos membros dessa Instituição. Redator para o acórdão o Ministro Gilmar Mendes.

⁶ LIMA, Renato Brasileiro De. **Manual de Processo Penal**. 2a ed. v. único, Bahia: Ed. JusPodivm, 2014, p. 107. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2641697>>. Acesso em: 20 ago. 2021.

Ausente, justificadamente, o Ministro Gilmar Mendes. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 14.05.2015.⁷

Detendo o Ministério Público brasileiro o poder de promover privativamente a ação penal pública e exercer outras funções que lhe forem conferidas por lei, desde que compatíveis com sua finalidade (art. 129 da CF), pode-se afirmar que o Procedimento Investigatório Criminal é um dos instrumentos necessários à eficácia da persecução penal, ainda que o investigado seja autoridade com prerrogativa de função.

Dessa forma, não cabe ao Poder Judiciário adentrar na seara do poder investigatório do MP sem ser provocado (ne procedat judex ex officio). Tal situação viola a essência do sistema acusatório adotado pelo processo penal brasileiro. Na verdade, esse controle dar-se-á, apenas, nas questões atinentes à reserva constitucional de jurisdição.

Para melhor compreensão, é imprescindível destacar, por mais exaustivo pareça, as bases sobre as quais se fundam o sistema acusatório brasileiro.

3. Do Sistema Acusatório Brasileiro

Ao analisar as características dos sistemas acusatório e inquisitório, bem como as consequências jurídicas deles advindas, tem-se que o processo penal acusatório possui como aspecto central a identificação de três sujeitos processuais – acusado, acusador e julgador. Portanto, a iniciativa da ação penal fica sob a responsabilidade de sujeito distinto do juiz. Todavia, a caracterização de um processo como acusatório não está unicamente vinculada à fase de iniciativa⁸.

Conforme refere PEZZOTTI, quando Abraham Samuel Goldstein estabeleceu distinções entre o modelo adversarial e o modelo acusatório, ainda em 1974, destacou que o princípio acusatório possui vinculação ao princípio da presunção de inocência e a preservação da imparcialidade do julgador. Partindo dessa ideia, “no modelo acusatório caberia ao julgador um papel relativamente passivo ao longo de toda ação penal, especialmente quanto à dilação probatória”⁹.

⁷ Recurso Extraordinário nº 593727. Rel. Min. Cezar Peluso Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2641697>> . Acesso em: 20 ago. 2021.

⁸ PEZZOTTI, Olavo Evangelista. **Colaboração Premiada. Uma perspectiva de direito comparado**. Cap. 2.8 – A dicotomia acusatório-inquisitivo. São Paulo: Editora Almedina, 2020.

⁹ OB. Cit.

Premissa fundamental do sistema acusatório é atribuir a órgãos diferentes as funções de acusação (e investigação) e de julgamento. Essa premissa o diferencia do sistema processual inquisitório, no qual as funções de acusação e julgamento estariam reunidas em um único órgão.

Atento a esse fundamento, Eugênio Pacelli¹⁰ é incisivo ao defender que é vedada a atuação judicial em substituição ao Ministério Público:

Ora, não cabe ao juiz tutelar a qualidade da investigação, sobretudo porque sobre ela, ressalvadas determinadas provas urgentes, não se exercerá jurisdição. O conhecimento judicial acerca do material probatório deve ser reservado à fase de prolação da sentença, quando se estará no exercício da função tipicamente jurisdicional. Antes, a coleta de material probatório, ou de convencimento, deve interessar àquele responsável pelo ajuizamento ou não da ação penal, jamais àquele que a julgará. Violação patente – e recente – do sistema acusatório.

Nessa mesma linha de raciocínio Choukr¹¹ também argumenta que a intromissão do juiz na construção do acervo probatório não se justifica nem mesmo a título de proteção da pessoa acusada, porque esta já é acobertada pela presunção de inocência. O processualista é ainda mais incisivo ao concluir:

Dessa premissa decorrem várias consequências para todo o funcionamento do processo penal. Uma delas exige a revisão conceitual do papel do juiz da fase anterior ao ajuizamento da ação penal para que: (i) esse juiz não tenha atividades ou iniciativas de produção de provas ou meio de provas e (ii) não seja esse juiz interveniente na investigação o mesmo que virá a ter conhecimento da causa (em sua admissibilidade e seu mérito).

Nota-se que o autor adentra no ponto de debate ora proposto, que é a intervenção do judiciário na investigação pré-processual. Ele acertadamente conclui que tal situação viola o sistema processual acusatório, e mais, afirma que o acusado, na verdade investigado, goza da presunção de inocência, portanto, totalmente dispensável o controle judicial nessa fase.

Nesse raciocínio, ainda que o investigado venha a possuir foro por prerrogativa de função, tal fato não implica ou exige, por si só, a intervenção do Poder Judiciário na simples abertura da investigação pré-processual a ser realizada pelo Ministério Público, uma vez que nesse caso ela é iniciada pelo próprio órgão acusador, ou seja, por aquele que possui atribuição

¹⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal** – 13a ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 11.

¹¹ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Modelos Processuais Penais: Apontamentos para a análise do papel do juiz na produção probatória**. Organizadores: Antonio Oswaldo Scarpa e Gamil Foppel El Hireche. Bahia: Ed. JusPodivm, 2013, p. 219.

exclusiva para executar a persecução penal estatal. Logo, é dispensável a autorização judicial para a instauração de procedimento investigatório interno.

A dispensabilidade é devida ao fato de que a situação supracitada é diversa daquela em que a investigação é iniciada pela autoridade policial, pois a polícia judiciária não é a destinatária final da investigação, muito menos é a responsável pela formação da *opinio delicti*. Portanto, o Ministério Público e a polícia judiciária possuem funções distintas no sistema jurídico-penal pátrio.

É por essa razão que não se pode admitir a aplicação do princípio da simetria entre a autorização judicial para abertura de inquérito policial perante o STF e a abertura de procedimento investigatório criminal pelo Ministério Público perante o Tribunal de Justiça Estadual. São instrumentos diversos, com finalidades semelhantes, mas distintos, impulsionados por autoridades também distintas e, portanto, não podem ser comparados.

Certamente a exigência que o Supremo impôs à Polícia Federal na questão de ordem do Inquérito 2.411 QO/MT (ementa já citada) não se amolda à hipótese de aplicação por simetria na esfera estadual em relação aos procedimentos investigatórios criminais instaurados pelo Ministério Público, pois se referem a situações distintas. Além disso, como já asseverado anteriormente, o procedimento investigatório criminal é instrumento próprio e interno do *Parquet*, inerente às suas funções institucionais (art. 129, da Constituição Federal).

A doutrina mais moderna, atenta às atribuições constitucionais do Ministério Público, sustenta a desnecessidade de controle judicial na atividade administrativa e investigativa do MP, até mesmo no momento da realização da promoção de arquivamento do inquérito policial.

Doutrinadores pátrios como Pacelli, Fischer, Moreira e Pêcego há muito vêm sustentando que o arquivamento do inquérito policial deveria ficar restrito ao Ministério Público, sem qualquer participação judicial.

Pêcego¹², assim, resume esse posicionamento:

Não mais cabe ao judiciário exercer o controle do princípio da obrigatoriedade da ação penal por parte do Ministério Público, aplicando o art. 28 do CPP quando julgar necessário, uma vez que atualmente descabe a outrem, que não seja o órgão do Ministério Público, privativamente promover a ação penal pública, na forma da lei (CF; art. 129, I), não havendo mais a nefasta figura do Promotor ad hoc de outrora, ou

¹² PÊCEGO, Antonio José F. de S. **A indevida submissão ao controle judicial do pedido de arquivamento do inquérito policial. Temas Avançados do Ministério Público.** Organizadores: Marcus Paulo Queiroz Macêdo e Wagner Marteleto Filho. Bahia: Ed. JusPodivm, 2015, p. 352.

mesmo do procedimento judicial ex officio com relação às contravenções penais, como consta na exposição de motivos do Código de Processo Penal de 1941.

Tal entendimento, calcado na atual doutrina penal e institucional, já havia sido inserido no Projeto de Lei 7.987/2010, propondo a exclusão do artigo 28 do Código de Processo Penal¹³, o que foi acolhido pela Lei 13.964/2019, que deu nova redação ao artigo 28 do Código de Processo Penal, deixando exclusivamente ao Ministério Público a atribuição de promover, sem submissão ao judiciário, o arquivamento do inquérito policial, cuja “decisão” haverá de ser comunicada às partes, e sujeita a revisão da instância competente do órgão institucional.¹⁴

Note-se que a tendência doutrinária foi acolhida pela mudança legislativa, conferindo condições para o Ministério Público executar, de forma ampla, suas funções, nos exatos termos previstos na Constituição Federal.

Assim, conclui-se que não se pode mais admitir a ingerência judicial em esfera administrativa na qual não lhe compete atuar, uma vez que o controle do princípio da obrigação da ação penal pública deve se dar pelas mãos de quem detém legitimidade para fazê-lo.

Dessa forma, admitir essa intromissão na esfera administrativa do *Parquet*, no momento da abertura de procedimento investigatório criminal, seria um verdadeiro retrocesso ao *status* adquirido pelo Ministério Público na Constituição Federal de 1988.

Como bem salientado pelo Ministro Roberto Barroso em julgamento do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, “a Constituição de 1988 fez uma opção inequívoca pelo sistema acusatório – e não pelo sistema inquisitorial – criando as bases para uma mudança profunda na condução das investigações criminais e no processamento das ações penais no Brasil”.¹⁵ E não foi por outro motivo que a síntese desse julgamento consta como uma das inúmeras considerações inaugurais da Resolução 181/2017 – CNMP, que regulamenta o procedimento investigatório criminal.

¹³ Código de Processo Penal. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01qjpmoci16fez118baw2ycvg6h31732201.node0?codteor=1271828&filename=PL+7987/2010>. Acesso em: 13 dez. 2021.

¹⁴ Lei 13.964/2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 11 jan. 2022.

¹⁵ ADI 5104 MC, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, julgamento em 21/5/2014, publicação em 30/10/2014.

4. Autonomia do MP: Poder Investigatório

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Repercussão Geral 593727, reconheceu de forma incontestável a autonomia do Ministério Público para promover investigações criminais, conforme acórdão assim publicado em 08.09.2015:¹⁶

Repercussão geral. Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Constitucional. Separação dos poderes. Penal e processual penal. Poderes de investigação do Ministério Público. 2. Questão de ordem arguida pelo réu, ora recorrente. Adiamento do julgamento para colheita de parecer do Procurador-Geral da República. Substituição do parecer por sustentação oral, com a concordância do Ministério Público. Indeferimento. Maioria. 3. Questão de ordem levantada pelo Procurador-Geral da República. Possibilidade de o Ministério Público de estado-membro promover sustentação oral no Supremo. O Procurador-Geral da República não dispõe de poder de ingerência na esfera orgânica do Parquet estadual, pois lhe incumbe, unicamente, por expressa definição constitucional (art. 128, § 1o), a Chefia do Ministério Público da União. O Ministério Público de estado-membro não está vinculado, nem subordinado, no plano processual, administrativo e/ou institucional, à Chefia do Ministério Público da União, o que lhe confere ampla possibilidade de postular, autonomamente, perante o Supremo Tribunal Federal, em recursos e processos nos quais o próprio Ministério Público estadual seja um dos sujeitos da relação processual. Questão de ordem resolvida no sentido de assegurar ao Ministério Público estadual a prerrogativa de sustentar suas razões da tribuna. Maioria. 4. Questão constitucional com repercussão geral. Poderes de investigação do Ministério Público. Os artigos 5o, incisos LIV e LV, 129, incisos III e VIII, e 144, inciso IV, § 4o, da Constituição Federal, não tornam a investigação criminal exclusividade da polícia, nem afastam os poderes de investigação do Ministério Público. Fixada, em repercussão geral, tese assim sumulada: “O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei no 8.906/1994, artigo 7o, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição”. Maioria. 5. Caso concreto. Crime de responsabilidade de prefeito. Deixar de cumprir ordem judicial (art. 1o, inciso XIV, do Decreto-Lei no 201/67). Procedimento instaurado pelo Ministério Público a partir de documentos oriundos de autos de processo judicial e de precatório, para colher informações do próprio suspeito, eventualmente hábeis a justificar e legitimar o fato imputado. Ausência de vício. Negado provimento ao recurso extraordinário. Maioria. (RE 593727, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em

¹⁶ RE 593727, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2015, **ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-175 DIVULG 04-09-2015 PUBLIC 08-09-2015**.

14/05/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-175 DIVULG 04-09-2015 PUBLIC 08-09-2015).

Nesse julgado, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a relevância do poder investigativo do Ministério Público está inserida na sua natureza institucional, ou seja, na própria função que a Constituição lhe atribuiu. Por consequência, a instauração de investigação penal pelo Ministério Público - ferramenta imprescindível para o cumprimento de seu mister, assume madura e inatacável legitimidade constitucional.

Em seu voto, o Ministro Celso de Mello adere à teoria dos poderes implícitos, partindo do pressuposto de que o poder investigatório do Ministério Público está implícito na sua própria função constitucional, uma vez que a outorga de competência exclusiva para propositura da ação penal pública importa necessariamente e implicitamente na outorga dos meios necessários à integral realização daquela competência.

Nesse diapasão, é imprescindível prestigiar a força normativa da Constituição, sendo inviável compreender as funções ministeriais apartadas das transformações operadas pelo sistema constitucional vigente. Sobre esse aspecto, Clève¹⁷ assevera que:

as normas constitucionais que disciplinam as funções do Ministério Público e também de outros órgãos e instituições estatais formam um sistema, significando isso que sua correta compreensão envolve esforço maior do que o consistente na singela leitura (interpretação simples e literal) das disposições constitucionais pertinentes.

Assim, para dar consistência ao texto constitucional no que tange à finalidade do Ministério Público, o STF, na repercussão geral supracitada, reconheceu a autonomia da instituição para promover investigações criminais, especialmente porque essa atuação do *Parquet* não se confunde com a atuação da polícia judiciária, conforme explicou o Min. Gilmar Mendes em seu voto:

E não se confundem eventuais diligências realizadas pelo Ministério Público em procedimento por ele instaurado com o inquérito policial. E essa atividade preparatória, consentânea com a responsabilidade do poder acusatório, não interfere na relação de equilíbrio entre acusação e defesa, na medida que não está imune ao controle judicial simultâneo ou posterior. (g.n.)

¹⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Sobre o Ministério Público: Considerações acerca do seu regime constitucional e seu poder de investigação em matéria criminal. Temas Avançados do Ministério Público.** Organizadores: Marcus Paulo Queiroz Macêdo e Wagner Marteleto Filho. Bahia: Ed. JusPodivm, 2015, p. 45 e 46.

O posicionamento adotado pelo Min. Gilmar Mendes, naquele momento, é de extrema relevância e oportunidade em razão da distinção adotada entre procedimento investigatório do MP e inquérito policial, e da delimitação que ele estabelece para o controle judicial sobre o procedimento investigatório do MP, que pode ser simultâneo ou posterior.

Note-se, nesse caso, que referido Ministro não se refere a controle prévio ou pré-processual. Certamente, porque esse controle somente é indispensável em face do inquérito policial, o qual é promovido exclusivamente pela polícia judiciária. Além disso, eventuais abusos estarão sujeitos normalmente ao controle judicial.

Não resta dúvida de que o poder de investigação do MP está no contexto constitucional, em razão da autonomia conferida pela própria Constituição Federal, não sendo viável suprimir do Ministério Público os meios adequados para o exercício das suas funções. Daí o reconhecimento pelo próprio Supremo da sua autonomia investigativa na seara criminal.

Ademais, a investigação criminal realizada pelo Ministério Público nem de longe afeta a garantia do contraditório da pessoa investigada, pois ainda não sujeita ao crivo do judiciário durante a fase da persecução penal, seja ela possuidora de prerrogativa de foro ou não.

Em caso de eventuais violações, o sistema processual brasileiro contempla mecanismos para atacar ato estatal em desconformidade com a ordem jurídica, como, por exemplo, o mandado de segurança e o *habeas corpus*.

Importante pontuar, ainda, que a investigação penal, enquanto procedimento extrajudicial, “não se processa, em função de sua própria natureza, sob o crivo do contraditório, eis que é somente em juízo que se torna plenamente exigível o dever de observância do postulado da bilateralidade da instrução criminal contraditória”.¹⁸

Assim, considerando que o sistema jurídico acusatório possui diversos meios de controle judicial simultâneo e posterior; e, considerando ainda a autonomia investigativa do Ministério Público, não se mostra razoável o controle judicial pré-investigatório, em face do autor privativo da ação penal pública, motivado exclusivamente pela condição da pessoa investigada, sem que, para tanto, haja previsão legal.

¹⁸ Revista Trimestral de Jurisprudência nº 143/306-307, Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <<https://livrariasupremo.stf.jus.br/produto.action?grupoId=produtoRTJ>>. Acesso em: 28 set. 2021.

5. Violação do Princípio da Legalidade

Prerrogativas processuais destinadas a determinadas pessoas decorrem exclusivamente de previsão legal, seja constitucional ou infraconstitucional. O sistema de prerrogativas processuais na esfera penal encontra-se sedimentado na Constituição Federal, quando se trata da competência dos Tribunais que compõem o Poder Judiciário.

Diante disso, a CF/88 prevê prerrogativa de função aos ocupantes de determinados cargos e funções públicas perante o Supremo Tribunal Federal (art. 102, CF), o Superior Tribunal de Justiça (art. 105, CF), os Tribunais Regionais Federais (art. 108, CF) e os Tribunais de Justiça dos Estados (CF: art. 29, X; art. 31; art. 96, III), e esses últimos também possuem competências para processarem e julgarem originariamente determinadas pessoas, conforme previsto nas Constituições Estaduais.

A doutrina de Lima¹⁹ ensina que “a prerrogativa de função tem como finalidade resguardar a função exercida pelo agente, em razão do “interesse maior da sociedade de que aqueles que ocupam certos cargos possam exercê-los em sua plenitude”.

Como dito anteriormente, o resguardo constitucional, a proteção da prerrogativa de função, socorre antes de tudo a sociedade, e não pode servir de escudo protetivo para quem contra ela age.

Além disso, o processamento de ações penais perante os Tribunais supracitados está disciplinado pelos seus respectivos Regimentos Internos, destacando-se que, perante o STF e o STJ, a regulamentação é feita também pela Lei Federal nº 8.038/1990.

Em relação ao Procedimento Investigatório Criminal, por se tratar de procedimento próprio e interno dos Ministérios Públicos, encontra-se regulamentado pela Resolução nº 181/2017- CNMP, razão pela qual não faz sentido exigir-se controle prévio judicial para a sua instauração.

De mais a mais, o princípio da legalidade é de extrema relevância no Estado Democrático de Direito, sendo inclusive cláusula pétrea na Constituição Federal (art. 5º, II).

¹⁹ Ob. cit. p. 452.

No que tange ao princípio da legalidade na esfera penal, Leonardo de Paula²⁰ ensina que “a partir do princípio da legalidade, o Direito na verdade se faz assumir pela proibição, ou seja, aquilo que não é direito, a proibição, é o que está previsto através da normal geral inclusiva”.

O autor analisa as nulidades do processo penal à luz do princípio da legalidade e conclui que o “*Devido Processo Legal deverá preservar o princípio da estrita legalidade: os representantes do Estado devem fazer tudo o que está previsto e como está previsto em lei, caso contrário, não há forma, não há proteção, não há Estado, o Rei está nu*”.²¹ (g.n.)

Seguindo esse raciocínio jurídico consentâneo com o texto constitucional, a ausência de previsão legal desse controle judicial em face do Ministério Público, por ocasião da abertura de procedimento investigatório criminal instaurado contra autoridade com prerrogativa de foro, dispensa o titular da ação penal de comunicar ou solicitar previamente a abertura da referida investigação e, portanto, afasta qualquer nulidade eventualmente arguida.

Dessa forma, a função do Ministério Público de investigar e promover a ação penal, caso haja elementos suficientes, não pode ser condicionada, em hipótese alguma, ao controle preventivo do Poder Judiciário, sob pena de ofensa à Constituição Federal no que tange às competências previstas ao *Parquet* e, conseqüentemente, ao princípio da legalidade.

6. Conclusão

Ante o exposto, conclui-se que cabe exclusivamente ao membro do Ministério Público a abertura, de ofício, do procedimento investigatório criminal, ainda que instaurado em face de autoridade com prerrogativa de foro, devendo serem observadas as regras internas de distribuição de serviços de cada Ministério Público e as contidas Resolução nº 181/2017-CNMP, inclusive, no tocante a prazos e eventuais prorrogações.

Por fim, ao procedimento investigatório criminal, por se tratar de procedimento administrativo próprio e interno dos Ministérios Públicos, somente haverá obrigatoriedade de controle do judiciário, exclusivamente, quanto aos atos necessários à reserva constitucional de jurisdição (medidas cautelares penais, prisões preventivas e temporárias, busca e apreensão,

²⁰ De PAULA, Leonardo Costa. **A Nova Roupas do Rei, o Princípio da Legalidade no Processo Penal e o Direito. Temas de Direito Penal e Processual Penal. Estudos em homenagem ao juiz Tourinho Neto.** Organizadores: Antonio Oswaldo Scarpa e Gamil Föppel El Hireche. Bahia: Ed. JusPodivm, 2013, p. 363 e 369.

²¹ Ob. Cit. p. 364

quebra do sigilo das comunicações telefônicas, etc.) e não na abertura, dilação de prazo e condução das investigações.

7. Referências Bibliográficas

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 593727-MG**. Rel. Min. Cezar Peluso. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2641697>>.

Acesso em: 20 ago. 2021.

_____. Revista Trimestral de Jurisprudência nº 143/306-307, Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <<https://livrariasupremo.stf.jus.br/produto.action?grupoId=produtoRTJ>>.

Acesso em: 28 set. 2021.

_____. Inq 2411 QO/MT, Relator Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/10/2007, DJe no 074, divulgação em 24/04/2008, publicação em 25/04/2008. Ementário no 2316-1. Disponível em: www.stf.jus.br.

CHOUKR. Fauzi Hassan. **Modelos Processuais Penais: Apontamentos para a análise do papel do juiz na produção probatória. Temas de Direito Penal e Processual Penal – Estudos em homenagem ao juiz Tourinho Neto**. Organizadores: Antonio Oswaldo Scarpa e Gamil Foppel El Hireche. Bahia: Ed. JusPodivm, 2013.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Sobre o Ministério Público: Considerações acerca do seu regime constitucional e seu poder de investigação em matéria criminal. Temas Avançados do Ministério Público**. Organizadores: Marcus Paulo Queiroz Macêdo e Wagner Marteleto Filho. Bahia: Ed. JusPodivm, 2015.

GARCIA, Emerson. **Ministério Público: Organização, Atribuições e Regime Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro De. **Manual de Processo Penal**. 2a ed. v. único, Bahia: Ed. JusPodivm, 2014.

MARIN FILHO, Airton Pedro. ALVARENGA, Samuel. **Comentário ao artigo 4º da Resolução 181-2017-CNMP**. In Org. FISCHER, Douglas e ANDRADE, Mauro Fonseca. **Investigação Criminal pelo Ministério Público: Comentários à Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público**. 2ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal** – 13a ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PAULA, Leonardo Costa de. **A Nova Roup do Rei, o Princípio da Legalidade no Processo Penal e o Direito. Temas de Direito Penal e Processual Penal. Estudos em homenagem ao juiz Tourinho Neto**. Organizadores: Antonio Oswaldo Scarpa e Gamil Föppel El Hireche. Bahia: Ed. JusPodivm, 2013.

PÊCEGO, Antonio José F. de S. **A indevida submissão ao controle judicial do pedido de arquivamento do inquérito policial. Temas Avançados do Ministério Público**. Organizadores: Marcus Paulo Queiroz Macêdo e Wagner Marteleto Filho. Bahia: Ed. JusPodivm, 2015.

PEZZOTTI, Olavo Evangelista. **Colaboração Premiada. Uma perspectiva de direito comparado**. Cap.2.8 – A dicotomia acusatório-inquisitivo. São Paulo: Editora Almedina, 2020.