

A investigação direta pelo Ministério Público: uma interpretação institucional

CARLOS ROBERTO DE C. JATAHY ^(*)

I – Introdução. II – A decisão do STF no julgamento do RHC 81.326: Uma análise crítica. II.1 – O método histórico de interpretação . II.2- A inexistente exclusividade da polícia judiciária na investigação criminal. III – A previsão do poder investigatório ministerial. IV –O controle de legalidade dos atos investigatórios ministeriais. V –A teoria dos poderes implícitos VI –Considerações Finais. VII – Bibliografia

I. INTRODUÇÃO:

O Ministério Público, após a Constituição Federal de 1988, passou a ter perfil constitucional peculiar, na condição de defensor dos interesses sociais indisponíveis (CF, artigo 127).

Entre suas funções institucionais, descritas no Artigo 129 da Carta da República, destaca-se o monopólio da ação penal (Art. 129, I); o poder de requisição de diligências investigatórias e de instauração de inquérito policial (Art. 129, VIII); e a faculdade de exercer outras funções que lhe forem conferidas em Lei, desde que compatíveis com a sua finalidade institucional, sendo vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas (Art. 129, IX).

Ocorre, entretanto, que o exercício de uma das funções inerentes à atuação ministerial – a investigação direta criminal – vêm gerando intensa celeuma nos meios jurídicos ^(*) onde se questiona a legitimidade constitucional do Ministério

^(*) FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional* – 3ª Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, fls. 254; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição: Princípios Constitucionais do Processo Penal*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004; BARROSO, Luís Roberto. “Investigação pelo Ministério Público. Argumentos contrários e a favor. A síntese possível e necessária”. Parecer aprovado pelo Conselho de Direitos da Pessoa Humana em 18.02.2004, disponível na Internet em www.mp.rs.gov.br/hmpage/homepage2.nsf/pages/spi_investigação_direta2; SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. *Ministério Público e Investigação Criminal*.

Público para realizar diretamente a investigação penal, questão que chegou ao Supremo Tribunal Federal, inicialmente através de sua Segunda Turma ⁽²⁾ ⁽³⁾ e agora ao Plenário da Corte Suprema. ⁽⁴⁾

O presente trabalho tem por objetivo aduzir interpretação de índole institucional, com base na análise do texto constitucional e do ordenamento jurídico pátrio, visando a fundamentar a legitimidade do *Parquet* para realizar, diretamente, a investigação criminal, como corolário lógico do pleno exercício de suas funções institucionais, analisando argumentos expendidos pela Suprema Corte nas decisões acima referidas, bem como comentários doutrinários acerca da controvérsia, de inegável atualidade.

Com efeito, face à referida modificação conceitual no perfil institucional do Ministério Público, instituída pelo novo regime constitucional, determinadas concepções – voltadas ao passado – acerca de suas atribuições não se coadunam com o novo paradigma democrático, devendo-se compreender as funções ministeriais em consonância com as transformações operadas pelo sistema constitucional vigente.

Notadamente na seara penal, deve-se levar em conta, na análise das funções institucionais do *Parquet*, as novas demandas sociais com o objetivo de refrear o avanço de condutas criminosas, aperfeiçoadas com a velocidade da modernização tecnológica. Como afirma CLEMÉRSO CLÉVE ⁽⁵⁾:

“é preciso sintonizar a legislação processual penal com o texto constitucional, operar a sua constitucionalização, fazer vaziar as conseqüências da filtragem constitucional, realizar, enfim, a leitura da lei com os olhos voltados para a Constituição e o futuro.”

Artigo publicado no *Suplemento Jurídico da Imprensa Oficial do Estado do Rio de Janeiro*, ano VII, n° 63, p. 21 / agosto 2004; Tucci, Rogério Lauria. *Ministério Público e Investigação Criminal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

⁽²⁾ “Inocorrência de ofensa ao artigo 129, VIII, CF, no fato de a autoridade administrativa deixar de atender requisição de membro do Ministério Público no sentido da realização de investigações tendentes à apuração de infrações penais, mesmo porque não cabe ao membro do Ministério Público realizar, diretamente, tais investigações, mas requisitá-las à autoridade policial competente para tal (CF, art. 144 §§ 1º e 4º).” (RE n° 205. 473-9-AL).

⁽³⁾ “O MP não tem competência para promover inquérito administrativo em relação à conduta de servidores públicos, nem tem competência para produzir inquérito penal sob o argumento de que tenha a possibilidade de expedir notificações nos procedimentos administrativos, e pode propor ação penal sem inquérito policial, desde que disponha de elementos suficientes. Mas os elementos suficientes não podem ser auto-produzidos pelo MP, instaurando ele inquérito policial.” (RE n° 230.072-4-RJ).

⁽⁴⁾ Inquérito 1.968-2 – Distrito Federal.

⁽⁵⁾ CLÉVE, Clémerson Merlin. “Investigação criminal e Ministério Público”. Disponível na Internet em: www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5760.

No Estado Democrático de Direito, a aplicação da lei penal e processual penal tem por objetivo oferecer solução para as condutas atentatórias aos valores e bens reconhecidos pela normatividade constitucional, que dão base à organização social. Para instrumentalizar o Estado nesta seara, a Constituição cria órgãos e instituições, retirando do cidadão a possibilidade de manifestar ação de caráter persecutório, enfim, de fazer justiça com as próprias mãos.

O Constituinte, então, confere ao Estado o monopólio da persecução, dependendo a sociedade da eficiência e eficácia dos métodos e condutas praticados pelo aparato estatal. Diante desta circunstância, é indispensável que tais órgãos, incumbidos da aludida tarefa, possam contar com instrumentos eficazes destinados ao atendimento das vítimas e à persecução, nos moldes legais, dos acusados da transgressão.

Traçado este intróito, afere-se que, como asseverado por CLÉVE ⁽⁶⁾:

“A questão sobre a legitimidade da apuração de infrações criminais pelo Ministério Público deve ser avaliada com adequado cuidado, isto para que não se reduza à significação de uma disputa contaminada por eventuais interesses intra-orgânicos, em tudo distante do necessário compromisso com a realização dos postulados do Estado Democrático de Direito.

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 que o consistente na singela leitura (interpretação simples e literal) das disposições constitucionais pertinentes. O sistema em questão abriga disposições que orientam a evolução dinâmica dos sentidos decorrente das mudanças operadas no plano da faticidade. O correto entendimento da matéria, portanto, envolve operação hermenêutica capaz de testar e, mais do que isso, superar o aprisionamento do território da pré-compreensão.”

Feitas tais considerações acerca da atual posição do Ministério Público no Estado Democrático de Direito – instituído no Brasil após 1988 – cabe analisar com maior enfoque a questão da possibilidade constitucional do *Parquet* realizar a investigação direta criminal, tomando-se por base as decisões do STF acerca da matéria.

⁽⁶⁾ CLÉVE, *op. cit.*, p. 3.

II. A DECISÃO DO STF NO JULGAMENTO DO RHC N.º 81326: UMA ANÁLISE CRÍTICA

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em acórdão unânime, tendo como relator o Ministro Nelson Jobim, decidiu que:

“A Constituição Federal dotou o Ministério Público do poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (CF, art. 129, VIII).

A norma constitucional não contemplou a possibilidade do *Parquet* realizar e presidir inquérito policial.

Não cabe, portanto, aos seus membros inquirir diretamente pessoas suspeitas de autoria de crime, mas requisitar diligência neste sentido à autoridade policial. Precedentes.

O recorrente é delegado de polícia e, portanto, autoridade administrativa.

Seus atos estão sujeitos aos órgãos hierárquicos próprios da corporação, Chefia de Polícia e Corregedoria.

Recurso conhecido e provido.”

II.1 O MÉTODO HISTÓRICO DE INTERPRETAÇÃO

Neste aresto, a Turma empreendeu análise histórica, concluindo que desde 1936 até os dias de hoje, apesar das tentativas de modificação do modelo de investigação policial, nunca foi concedido ao Ministério Público o poder de realizar diligências investigatórias.

Com fundamento na doutrina de LENIO STRECK⁽⁷⁾, deve-se rebater, entretanto, o método de interpretação utilizado pelo STF na análise de tal questão.

De fato, o método historicista é um meio amplamente aceito para o estudo dos mais diferentes institutos jurídicos. No entanto, a nova hermenêutica preconiza que nenhum método de interpretação é capaz de, isoladamente, resolver em definitivo uma questão de tamanha complexidade. Cabe ressaltar que o texto da lei não esgota em si mesmo todo o sentido da norma. É a dicotomia texto-norma, lembrada por STRECK⁽⁸⁾ ao citar FRIEDRICH MÜLLER, asseverando que “a norma é sempre o produto da interpretação de um texto... e a norma não está contida no texto”. Assim, a interpretação é produtiva e não reprodutiva.

⁽⁷⁾ STRECK, Lênio Luiz; FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição: A legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.

⁽⁸⁾ STRECK, Lênio Luiz, ob. cit., p. 66.

A força normativa da Constituição depende da atualidade de suas normas para gerar a identidade dos diferentes grupos sociais que nela apostam suas esperanças. Como afirma STRECK ⁽⁹⁾,

“...perde força hermenêutica qualquer interpretação que busque no desenvolvimento histórico da formação de determinado instituto, a construção de uma *mens legislatoris* ou *mens legis*. Tal procedimento, de índole marcadamente historicista, mostra-se antiético com o que contemporaneamente se entende por hermenêutica. Quer-se dizer, o historicismo esbarra nos câmbios de paradigma; no caso do Direito, esse câmbio é evidenciado pelo advento de uma nova Constituição.”

Com a Constituição de 1988, o Ministério Público teve seu papel amplamente aumentado, passando, de Instituição vinculada e subordinada ao Poder Executivo, para um perfil independente, recebendo o papel maior de guarda do Estado Democrático de Direito, da defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Desta forma, há um novo fundamento de validade a embasar a atuação do *Parquet*, não podendo, portanto, o intérprete se utilizar de posicionamentos doutrinários, leis e julgados anteriores à Constituição de 1988 para concluir que o Ministério Público não possui poderes investigatórios.

Com efeito, deve-se compreender as novas funções institucionais do Ministério Público sem olvidar-se das transformações operadas pelo novo texto constitucional, sob pena de se recair na postura criticada por BARBOSA MOREIRA ⁽¹⁰⁾, referindo-se aos juristas que operam com os olhos voltados para o passado. Afirma o Mestre:

“Põe-se ênfase nas semelhanças, corre-se o véu sobre as diferenças e conclui-se que, à luz daquelas, e a despeito destas, a disciplina da matéria, afinal de contas, mudou pouco, se é que na verdade mudou. É um tipo de interpretação em que o olhar do intérprete dirige-se antes ao passado que ao presente, e a imagem que ele capta é menos a interpretação da realidade que uma sombra fantasmagórica.”

⁽⁹⁾ *Ibidem.*

⁽¹⁰⁾ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “O Poder Judiciário e a efetividade da nova Constituição”. *Revista Forense*, 304:152.

Neste sentido, aliás, foi o voto do Ministro Joaquim Barbosa na sessão plenária do STF que, em 1.º de Setembro de 2004, prosseguiu no julgamento do Inquérito nº 1.968, em que é indiciado o ex-deputado Remy Abreu Trinta e outro ⁽¹¹⁾:

“Noto, Sr. Presidente, que nesse último precedente, de que foi relator o ministro Nelson Jobim, S. Exa. funda essencialmente a sua nova visão sobre o tema não na inteligência específica da Constituição de 1988, vista numa perspectiva global e sistemática, mas, sim, em interpretações de textos legais que datam de 1936 (Projeto Rao), 1941 (Código de Processo Penal) e 1957 (decisão do Supremo Tribunal Federal da lavra de Hungria). Tais interpretações, ainda que válidas para um determinado período, não o são necessariamente para outro, especialmente tendo-se em conta a radical transformação do quadro constitucional e especialmente o saliente papel que se procurou atribuir ao Ministério Público no Estado brasileiro. Em suma, o método hermenêutico de cunho historicista, além de suas deficiências intrínsecas não é adequado para a questão...”

II.2 A INEXISTENTE EXCLUSIVIDADE DA POLÍCIA JUDICIÁRIA NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL:

Outro importante argumento utilizado pela Corte – e também recorrente na discussão – é aquele de interpretar como de competência exclusiva da Polícia Judiciária a atividade investigatória, não tendo o *Parquet* essa função institucional.

Na verdade, a intenção do constituinte, *data venia*, não foi de conferir exclusividade à Polícia no que tange à investigação, mas sim delimitar o âmbito de atuação de cada uma das Polícias ali mencionadas, reservando, em especial, à Polícia Federal a apuração das infrações penais, a prevenção e repressão ao tráfico de drogas e o exercício, com exclusividade, das funções de polícia judiciária da União.

Não deixou também o constituinte de ressalvar para a Polícia Civil as funções de polícia judiciária e apuração de infrações penais, quando não colidentes com a competência da União. Quis o legislador, portanto, apenas delimitar a atribuição de cada uma delas, sendo certo que, imediatamente em seguida, elencou as funções da polícia militar, polícia ferroviária e rodoviária federal.

⁽¹¹⁾ Disponível em < www.stf.gov.br/processos/processos >; acesso em 09/09/2004

Neste sentido, a posição de LUIS GUSTAVO GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO ⁽¹²⁾:

“Na Constituição nenhum dispositivo ou interpretação permite vedar a investigação direta do Ministério Público. O dispositivo ora comentado, do artigo 144 § 4º, apenas estatui as atribuições da Polícia Civil, mas não tem qualquer pretensão de estabelecer um monopólio da investigação.”

Não destoando, neste aspecto, o Professor SCARANCA FERNANDES, que assevera ter a Carta Magna assegurado a atividade de polícia judiciária, sem exclusividade, aos delegados de polícia ⁽¹³⁾.

Com efeito, percebe-se claramente que a Carta Magna diferenciou a função de polícia judiciária da função de apuração de crimes. O constituinte somente concedeu exclusividade à polícia federal para exercer, no âmbito da União, a função de polícia judiciária, isto é, as demais polícias existentes no âmbito da União (polícia rodoviária federal e polícia ferroviária federal) não possuem atribuição constitucional para procederem a investigações, reservando-lhes o constituinte o papel de polícias preventivas ou ostensivas.

O próprio Supremo Tribunal Federal assim já decidiu quando do julgamento da ADIn 1517, proposta pela ADEPOL, cujo voto do Relator, Ministro Maurício Corrêa, assim ficou consignado:

“(...)Assim sendo tenho que a expressão “com exclusividade”, inserida na regra contida no inciso IV do §1º do art. 144 da CF, deve ser interpretada no sentido de excluir das demais polícias elencadas nos incisos II a V do referido artigo, inclusive as de âmbito federal (rodoviária e ferroviária), a destinação de exercer as funções de polícia judiciária da União. (...)”

Na verdade, o poder de investigação não é exclusividade da polícia, nem o seria desta e do Ministério Público.

Existem outros órgãos do Estado para os quais a lei prevê a possibilidade de realização de diligências investigatórias. Com efeito, a Lei 4771/65 (Código Florestal), em seu artigo 33, prevê que nos crimes previstos naquela lei ou em outras que tenham por objeto florestas e vegetações, será competente para

⁽¹²⁾ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição: Princípios Constitucionais do Processo Penal*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

⁽¹³⁾ FERNANDES, Antonio Scaranca, *op. cit.*, p. 255.

“instaurar, presidir e proceder a inquéritos policiais...”, além das autoridades indicadas no Código de Processo Penal, também *“os funcionários da repartição florestal e de autarquias com atribuições correlatas, designados para a atividade de fiscalização.”* No caso do Poder Legislativo, é a própria Constituição quem prevê, em seu artigo 58, § 3º a possibilidade de investigação por parte dos Parlamentares quando da instauração das Comissões Parlamentares de Inquérito, prevista na Lei n.º 1579/52. No âmbito do Poder Executivo, é notório que o Banco Central possui o direito de pedir a quebra de sigilo bancário visando comprovar a materialidade do delito de sonegação fiscal.

Até o próprio Poder Judiciário possui normas estabelecendo que, em casos de crimes praticados por magistrados, a autoridade policial civil ou militar deverá remeter os autos ao Tribunal para que este prossiga na investigação (artigo 33 da LC 35/79 – Lei Orgânica Nacional da Magistratura). Não se pode esquecer de citar ainda o Inquérito Policial Militar previsto no Código de Processo Penal Militar; o Inquérito judicial previsto na Lei de Falências; a investigação judicial eleitoral prevista na LC 64/90, artigo 22 e o inquérito administrativo para apurar faltas funcionais. Existe também previsão na Lei 8.069/90 – ECA –, em seu artigo 179, de investigações prévias promovidas pelo *Parquet*, por exemplo, quando da oitiva do menor para que o membro do Ministério Público possa, com mais clareza e convicção, formar a sua *opinio delicti* e tomar uma das providências previstas no artigo 180 do referido estatuto, quais sejam, promover o arquivamento dos autos, conceder a remissão ou representar à autoridade judiciária para aplicação de medida sócio-educativa. O próprio Supremo Tribunal Federal possui, em seu Regimento Interno ⁽¹⁴⁾, norma estabelecendo que em caso de *“infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro”*. Insta acentuar que o próprio artigo 4º, p.u. do Código de Processo Penal, afirma que *“a competência definida neste artigo (investigação das infrações penais) não excluirá a de autoridades administrativas a quem por lei seja cometida a mesma função.*

Vale lembrar também não ser o Inquérito Policial indispensável ao lastro da peça acusatória. O artigo 12 do CPP é claro ao deixar patente a prescindibilidade do Inquérito, sendo certo que o Superior Tribunal de Justiça, apreciando a questão, assim já decidiu:

“EMENTA: Recurso Ordinário em Habeas Corpus. Penal. Crime de Ameaça. Representação feita no prazo legal. Ação Penal validamente instaurada. Prescindibilidade de Inquérito Policial. Não há falar em decadência do direito de representação, se o mesmo foi exercido no prazo legal. O inquérito policial

⁽¹⁴⁾ Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, artigo 43.

não é peça imprescindível ao oferecimento da denúncia, podendo o Ministério Público ajuizar a ação penal independentemente de prévia investigação, desde que tenha elementos para tanto.(...)Recurso desprovido". (RHC 9340/SP, Relator Min. José Arnaldo da Fonseca, Data da Decisão 16/12/1999, Quinta Turma)(grifo nosso)

Para reforçar a idéia de prescindibilidade do inquérito policial, o artigo 27 do CPP permite que qualquer do povo provoque a iniciativa do Ministério Público, fornecendo-lhe informações necessárias sobre crime de seu conhecimento, admitido-se no ordenamento processual, portanto, a investigação particular. O artigo 39, § 5º do CPP também admite expressamente que o Ministério Público dispense o inquérito se a representação recebida vier acompanhada de dados suficientes para que, desde já, seja deflagrada a ação penal. No mesmo teor o artigo 46 § 1º, que faculta ao *Parquet* dispensar o inquérito policial, contando-se o prazo para a denúncia da data em que este tiver recebido as "peças de informação". Vale ressaltar, por oportuno, que o artigo 28 e o artigo 67, I, ambos do CPP, também falam em "*peças de informação*", corroborando assim com a existência de investigação criminal fora da sede de Inquérito Policial.

Face ao exposto, não há que se falar em monopólio da Polícia no que tange ao poder de investigação criminal. Pode-se inferir que o inquérito policial é instrumento deferido à Polícia Judiciária, mas este não se apresenta como o único procedimento dirigido à apuração de infrações penais.

III.A PREVISÃO DO PODER INVESTIGATÓRIO MINISTERIAL:

Analisaremos, agora, as previsões constitucionais e legais que dotam o Ministério Público do poder de investigação.

Já em 1981, a Lei Complementar n.º 40 previa expressamente em seu artigo 15, como atribuições dos Membros do Ministério Público, a promoção de diligências e requisição de documentos, certidões e informações, além da expedição de notificações e do acompanhamento dos atos investigatórios junto a organismos policiais, convenientes à apuração de infrações penais.

Em 1982, no Estado do Rio de Janeiro, a Lei Complementar n.º 28, trouxe em seu artigo 43 as atribuições dos Promotores de Justiça, estabelecendo, principalmente em seus incisos VI, VII e VIII, uma gama de poderes investigatórios em consonância com o diploma legal referido, ratificando a legalidade e a conveniência com que tais poderes foram recebidos pela sociedade e juristas da época.

Com a promulgação da Constituição da República de 1988, o Ministério Público, como já salientado, ganhou nova feição e, mais uma vez, o legislador o dotou de poderes para promover ele mesmo a investigação penal quando entender necessário.

É a transcrição parcial do artigo 129 que se impõe:

“Art. 129 São funções institucionais do Ministério Público:

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

(...)

VI. expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VIII. requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais

IX. exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.”

Algumas vozes se levantaram no sentido de que os procedimentos administrativos a que se refere o inciso VI do artigo 129 da CR diriam respeito apenas aos inquéritos civis. MAZZILLI⁽¹⁵⁾, porém, leciona:

*“No inciso VI do art. 129, cuida-se de procedimentos administrativos de atribuição do Ministério Público – e aqui também se incluem investigações destinadas à coleta direta de elementos de convicção para a **opinio delicti**: se os procedimentos administrativos de que cuida este inciso fossem apenas em matéria cível, teria bastado o inquérito civil de que cuida o inc. III. Certo é, pois, que a própria Constituição lhe confere a promoção de inquérito civil, caso típico de procedimento administrativo de atribuição ministerial (inc. III do mesmo artigo). Mas o poder de requisitar informações e diligências não se exaure na esfera cível atingindo também a área destinada a investigações criminais (...)”*

Face ao exposto, não restam realmente dúvidas quanto à amplitude da expressão “procedimentos administrativos” empregada na Constituição, sendo lícito, portanto, ao Ministério Público a expedição de notificações inclusive nos

⁽¹⁵⁾ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*, ob. cit., pp. 439-440.

procedimentos administrativos criminais de sua competência.

E nem se argumente, como afirma o Professor ANTONIO SCARANCA FERNANDES⁽¹⁶⁾, que o texto constitucional impede o Ministério Público de realizar diligências investigatórias, mas tão somente requisitá-las:

“O que permitiu o artigo 129, VII, foi o acompanhamento do inquérito policial pelo promotor de justiça. O artigo 129, VIII, da Constituição Federal só possibilitou ao Ministério Público “requisitar diligências investigatórias e instauração de inquérito policial.”

E continua o processualista paulista:

“...O avanço do Ministério Público em direção à investigação representa caminho que está em consonância com a tendência mundial de atribuir ao Ministério Público, como sucede com Portugal e Itália, a atividade de supervisão da investigação policial. Entre nós contudo, depende-se de previsões específicas no ordenamento jurídico.”

A interpretação do texto constitucional não pode ser feita, *data venia*, com a lente da literalidade, como fez o autor acima referido.

Assevera CLÉMERSON MÉRLIN CLÉVE⁽¹⁷⁾, que o olhar atento sobre as atribuições do *Parquet* exige enfrentar a cláusula aberta do artigo 129, IX, ao dispor explicitamente poder exercer o Ministério Público outras funções, desde que compatíveis com sua finalidade.

A cláusula de abertura não é ilimitada, seja do ponto de vista negativo (existem restrições quanto à consultoria jurídica e representação de entidades públicas) seja sob a ótica positiva (as funções devem ser compatíveis com a finalidade do Ministério Público)

Com efeito, o art. 129, IX, da Constituição diz que são funções institucionais do Ministério Público *“exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade”*. Desta forma, dúvida não há de que a investigação da veracidade de uma *notitia criminis* que lhe chegue ao conhecimento tem total pertinência com uma das mais importantes dentre as atribuições do Ministério Público, que é o exercício da titularidade da ação penal.

Esse dispositivo, de clareza insuplantável, estabelece a relação meio-fim a

⁽¹⁶⁾ FERNANDES, Antonio Scarance. Ob. cit., p. 255.

⁽¹⁷⁾ CLÉVE, Clémerson Mérlin. Op. cit., p. 13.

que faz alusão o art. 129, IX, da Constituição.

E como afirma o Constitucionalista paranaense ⁽¹⁸⁾:

“A legitimação do poder investigatório do Ministério Público, tem, portanto, sede constitucional e, no plano infraconstitucional, autoridade própria de lei complementar. A lei complementar 75/93 apenas conformou no plano infraconstitucional o que já podia se deduzido a partir da acurada leitura da Constituição. A cláusula de abertura opera um reforço na esfera de atribuições do Ministério Público, que fica potencializado com a ação do legislador complementar.”

Diante deste fundamento de validade, introduzido pela Carta Magna Democrática, observa-se que as leis anteriormente referidas e com a Carta Magna compatíveis, permaneceram vigentes. Há uma nítida relação meio-fim emergente dos poderes conferidos por essas leis e a finalidade atribuída ao Ministério Público pela Constituição, quais sejam, a investigação penal direta pelo Ministério Público com o fim da deflagração da ação penal.

Ora, esses meios de ação foram expressamente conferidos ao Ministério Público, tanto no plano constitucional, por força da própria natureza da função cuja titularidade lhe foi outorgada, quanto no plano legal.

De fato, a Lei Complementar n.º 75, datada de 1993, aplicável subsidiariamente aos Ministérios Públicos Estaduais, assevera que cabe ao Ministério Público realizar *diligências investigatórias* (Art. 8º, I, V e VII) nos procedimentos e inquéritos que instaurar, notificando testemunhas, inclusive com condução coercitiva.

E a LONMP, Lei 8.625, também datada de 1993, em seu artigo 26, I, II, IV e § 4º tem o mesmo sentido, ao afirmar que o *Parquet* Estadual pode promover inspeções e diligências investigatórias, também podendo expedir notificações, sendo-lhe facultado ainda a condução coercitiva.

A propósito do Artigo 26 da LONMP, não podemos olvidar que o Min. Nelson Jobim – como ressaltado por STRECK ⁽¹⁹⁾ – já pronunciou acerca do dispositivo, legitimando a investigação direta pelo *Parquet*. Confira-se:

“Habeas Corpus. Processo Penal. Sentença de pronúncia. Prova colhida pelo Ministério Público. Incorre excesso de linguagem na sentença

⁽¹⁸⁾ CLÉVE, Clémerson Mérlin, *op. cit.*, p. 13.

⁽¹⁹⁾ STRECK, Lênio Luiz, *ob. cit.*, p. 75.

de pronúncia que apenas demonstra a existência de indícios claros e suficientes de autoria e motiva sucintamente a ocorrência de qualificadora do homicídio. E remete ao Tribunal do Júri a solução da questão. Legalidade da prova colhida pelo Ministério Público. Art. 26 da Lei nº 8.625/93. Ordem denegada. (STF – HC 77.371-3-SP, 2ª Turma, 1º.09.98, DJ 23.10.98).

Hoje, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro dispõe ainda da Lei Complementar n.º 106, promulgada em 03 de janeiro de 2003, sendo que em seu artigo 35, mais uma vez, encontra-se elencado um vasto rol de atribuições do Ministério Público, e dentre elas, também os poderes ora estudados de investigação direta penal.

IV. O CONTROLE DE LEGALIDADE DOS ATOS INVESTIGATÓRIOS MINISTERIAIS:

Ainda assim, pode-se ouvir vozes contra tal poder ministerial tendo como argumentação a suposta ausência de controle de legalidade de seus atos investigatórios. Mais uma vez, não merece prosperar tal questionamento.

A própria Constituição assegurou no seu artigo 5º, XXXV, como direito fundamental do homem, a previsão que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Na hipótese de excesso ou subversão da lei por parte do Ministério Público quando de suas investigações, lícito será ao ofendido a impetração dos remédios constitucionalmente previstos para todos os casos de abuso de autoridade e agressão à lei, quais sejam, o *Habeas Corpus* ou o Mandado de Segurança, devendo figurar o Ministério Público como agente coator.

Como leciona GRANDINETTI ⁽²⁰⁾:

“Há que se reconhecer, porém, certos limites não só para a investigação direta por parte do Ministério Público, como, também, para a atividade regular da Polícia Judiciária, como explicitado ao longo deste livro. Deste modo, não podem, nem o Ministério Público, nem a Polícia Judiciária, praticar atos de investigação que, de um modo ou de outro, violem direitos fundamentais que integram aquela reserva de jurisdição”

É como já teve a oportunidade de decidir o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

⁽²⁰⁾ CARVALHO, ob.cit, p. 207.

“O Ministério Público, amparado pela CF e nos limites previstos pela LONMP pode, sempre que entender necessário e conveniente, exercer função investigatória visando apurar ilícitos penais, desta forma mantendo controle da atividade policial, sem ferir o equilíbrio processual que se deve preservar entre as partes, isto porque a sua atuação não escapará da apreciação do poder judiciário, caso haja excesso, arbitrariedade, ameaça ou lesão a direito, o que não é a hipótese “sub litem”.” (Ap. Cr. 4174/2000 – 1ª Câmara Criminal – Des. Paulo Ventura – 27/03/2001) (grifo nosso)

A par de tal controle de índole jurisdicional, que certamente saberá refrear os arroubos juvenis e o vedetismo de alguns promotores e procuradores, ávidos das luzes dos holofotes da mídia, não deve descurar a Instituição de estabelecer mecanismos de controle interno, visando a coibir e penalizar – respeitados os princípios da ampla defesa, do contraditório e da publicidade das inquirições e julgamentos – os desvios de conduta dos agentes do Ministério Público.

A criação do Conselho Nacional do Ministério Público, com a reforma do Poder Judiciário ⁽²¹⁾ (integrado por membros da sociedade civil indicados pelo Parlamento, magistrados e representantes da Ordem dos Advogados do Brasil), também é medida de salutar valia, não segregando internamente o controle da Instituição e tornando-a permeável à fiscalização de outros poderes constituídos e da sociedade em geral, conforme assevera o Constitucionalista CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO ⁽²²⁾.

Outro instrumento de controle, que já passa a ser utilizado por Ministérios Públicos Estaduais e pelo *Parquet* Federal é a regulamentação, *interna corporis*, da atividade de investigação Direta, mediante a instauração de mecanismos de controle e revisão dos atos investigatórios da Instituição.

Com efeito, o Ministério Público Federal, através de seu Conselho Superior, editou a Resolução nº 77, de 14 de Setembro de 2004 ⁽²³⁾, fixando as atribuições e responsabilidades dos membros do Ministério Público Federal, bem como estabelecendo regras definidas para o respeito e garantia dos mandamentos constitucionais.

⁽²¹⁾ Artigo 130-A da CF, na redação da EC 45/2004.

⁽²²⁾ SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. “Ministério Público e Investigação Criminal”. Artigo Publicado no *Suplemento Jurídico da Imprensa Oficial do Estado do Rio de Janeiro*, ano VII, nº 63, p. 21/agosto 2004.

⁽²³⁾ Conforme publicado na publicação eletrônica “Consultor Jurídico”, de 16 de setembro de 2004.

V. A TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS:

O argumento definitivo para legitimar ao Ministério Público o poder investigatório é a Teoria dos Poderes Implícitos.

Valendo-se da máxima de quem pode o mais pode o menos, PINTO FERREIRA, invocando tal tese, cunhada pela Suprema Corte norte-americana no julgamento do caso *McCulloch X Maryland* – de aplicação corrente no direito constitucional pátrio – assevera que, se o constituinte concede a determinado órgão ou instituição uma função (atividade-fim), implicitamente estar-lhe-á concedendo os meios necessários à consecução de seus objetivos, sob pena de ver frustrado o exercício do múnus constitucional que lhe foi cometido ⁽²⁴⁾.

De fato, de que adiantaria a Constituição da República dotar o Ministério Público de seu atual perfil de defensor do Estado Democrático de Direito, se não lhe proporcionasse os meios para atingi-los?

Se o constituinte originário dotou o Ministério Público da privativa promoção da ação penal (art. 129, I), forneceu-lhe a faculdade de, quando entender necessário, requisitar informações ou expedir notificações, por que haveria ele de se manter inerte diante de casos em que a Polícia Judiciária se fizesse inoperante na promoção da investigação que o *Parquet* tanto necessita?

Como afirmado pelo eminente Ministro Joaquim Barbosa, em voto proferido no julgamento do Inquérito nº 1968, em que é indiciado Remy Abreu Trinta ⁽²⁵⁾:

“...O que a Constituição e a teoria constitucional moderna asseguram é que, sempre que o texto constitucional atribui uma determinada missão a um órgão constitucional, há de se entender que a esse órgão ou instituição são igualmente outorgados os meios e instrumentos necessários ao desempenho dessa missão. Esse é, em síntese, o significado da teoria dos poderes implícitos, magistralmente sintetizada entre nós por PINTO FERREIRA em seus *Comentários à Constituição Brasileira*, vol. II, p. 132: “As Constituições não procedem a enumerações exaustivas das faculdades atribuídas aos poderes dos próprios Estados. Elas apenas enunciam os lineamentos gerais das disposições legislativas e dos poderes, pois normalmente cabe a cada órgão da

⁽²⁴⁾ *Apud* Ofício encaminhado pela CONAMP – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público ao Secretário da Reforma do Judiciário a propósito das investigações criminais realizadas pelo Ministério Público, in www.conamp.org.br/noticias/investiga.htm, acesso em 10/09/03, p. 4.

⁽²⁵⁾ Julgamento ocorrido em 1º/09/2004.

soberania nacional o direito ao uso dos meios necessários à consecução dos seus fins. São os chamados poderes implícitos.

Concebida por JOHN MARSHALL no célebre caso “*McCulloch v. Maryland*” e aplicada durante quase dois séculos de prática constitucional, em áreas que vão do direito tributário ao direito penal e administrativo, tal cláusula simboliza a busca incessante pela efetividade das normas constitucionais. Nesse sentido, não me parece ocioso citar trecho dessa famosa decisão especialmente o ponto em que MARSHALL argumenta: *‘Ora, com largo fundamento se pode sustentar que um Governo a quem se confiam poderes dessa amplitude, da execução correta dos quais tão vitalmente dependem a felicidade e prosperidade da Nação, deve ter recebido também amplos meios para os exercer...’*”

E lembra S.Exa., no seu voto-vista, que a teoria dos poderes implícitos já foi adotada pela Corte no Julgamento da ADI 1.547, onde o então Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, Luiz Antonio Guimarães Marrey, sustentou que:

“(...) nada impede – e, antes, tudo recomenda – que o titular da ação penal se prepare para o exercício responsável da acusação. Como já se observou, há nessa hipótese um poder implícito, inerente ao seu poder específico papel na persecução penal: ninguém ignora que a lei quando confere a um Poder ou órgão do Estado a competência para fazer algo, implicitamente lhe outorga o uso dos meios idôneos. ‘It’s not denied that power given to the government imply the ordinary means of execution’, escreve FRANKLIN H. COOK, que acrescenta: ‘The government which has a right to do an act, and has imposed on it the duty of performing the act, must according to the dictates of reasons, be allowed to select the means.’”

De fato, se a Lei Maior concedeu ao Ministério Público a função de dar início à ação penal, sendo esta sua atividade-fim, implicitamente, por óbvio, concedeu-lhe também os meios necessários para o alcance de seu objetivo, caso contrário seu encargo constitucional nem sempre poderia ser cumprido. Compelir o *Parquet*, a uma postura meramente contemplativa seria, além de contrário à Carta Magna e à dimensão constitucional que o Ministério Público passou a ter a partir de 1988, desservir aos interesses mais elevados do país, instituir um sistema de

persecução penal de fachada, incompatível com o visível amadurecimento cívico da nação.

VI. CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Cabe bem à matéria a observação de LÊNIO STRECK ⁽²⁶⁾, já citado anteriormente, lastreado na doutrina de NELSON SALDANHA, ao afirmar que:

“Em síntese, texto e norma são coisas distintas, mas não separadas, no sentido de que possam subsistir um sem o outro. Dessa arte as expressões “realizar diligências investigatórias” não podem, jamais, significar o seu oposto. Ou seja, não podem significar que o Ministério Público “não” tem esse poder.”

Permitir ao Ministério Público que investigue é vontade inequívoca da sociedade brasileira, sendo certo que “... todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente...” (art. 1º, parágrafo único, CF).

Essa vontade da sociedade – que é destinatária da atuação do Ministério Público e por isso quer vê-lo investigando – ficou bem explícita em recente pesquisa do IBOPE, em que a opinião pública nacional deu ao Ministério Público a posição de 4ª Instituição mais acreditada do País, superada apenas pela Igreja Católica, Forças Armadas e Imprensa: “Segundo a opinião de 68% das pessoas consultadas, os promotores e procuradores deveriam investigar todos os crimes, contra o entendimento de apenas 4% que defendem a exclusividade da investigação pela Polícia” ⁽²⁷⁾

Na lição de GRANDINETTI ⁽²⁸⁾:

“Em conclusão, a possibilidade existe e é constitucional. A legitimidade da investigação advirá de o membro do Ministério Público ter atribuição funcional para tanto. Se o objeto de sua investigação estiver afeto à sua atribuição funcional, a investigação será, em princípio, legítima. Exorbitando de sua atribuição funcional, abusando dos poderes de investigação, praticando qualquer ilegalidade, estará ensejando o recurso à via jurisdicional por parte do interessado.”

⁽²⁶⁾ STRECK, Lênio Luiz, ob. cit., p. 91.

⁽²⁷⁾ Pesquisa sobre o Ministério Público no Brasil. Rio de Janeiro: Conamp, 2004, p. VII.

⁽²⁸⁾ CARVALHO, op. cit., p. 208.

É muito providencial o voto do Ministro Jorge Scartezzini, acerca do tema:

"(...) Quanto à ilegalidade das investigações promovidas pelo Ministério Público, sem a instauração de inquérito policial, o writ, igualmente, improcede. Com efeito, a questão acerca da possibilidade do Ministério Público desenvolver atividade investigatória objetivando colher elementos de prova que subsidiem a instauração de futura ação penal, é tema incontroverso perante esta eg. Turma. Como se sabe, a Constituição Federal, em seu art. 129, I, atribui, privativamente, ao Ministério Público promover a ação penal pública. Essa atividade depende, para o seu efetivo exercício, da colheita de elementos que demonstrem a certeza da existência do crime e indícios de que o denunciado é o seu autor. Entender-se que a investigação desses fatos é atribuição exclusiva da polícia judiciária, seria incorrer-se em impropriedade, já que o titular da Ação é o Órgão Ministerial. Cabe, portanto, a este, o exame da necessidade ou não de novas colheitas de provas, uma vez que, tratando-se o inquérito de peça meramente informativa, pode o MP entendê-la dispensável na medida em que detenha informações suficientes para a propositura da ação penal. - Ora, se o inquérito é dispensável, e assim o diz expressamente o art. 39, § 5º, do CPP, e se o Ministério Público pode denunciar com base apenas nos elementos que tem, nada há que imponha a exclusividade às polícias para investigar os fatos criminosos sujeitos à ação penal pública.(...)" (STJ-HC 18060/PR; DJ Data: 26/08/2002 Relator Min. Jorge Scartezzini)

Sendo ele o órgão destinatário das investigações, o órgão responsável pelo objeto-fim de toda investigação - a deflagração da ação penal - ninguém melhor do que o próprio Ministério Público, através do Promotor Natural da questão, para avaliar a verdadeira necessidade, caso a caso, da interferência direta do *Parquet* na investigação Penal.

E mais uma vez, trazendo à colação os ensinamentos do Ministro Joaquim Barbosa, no já citado voto-vista:

"Assim, o inquérito policial, como a sua própria denominação está a indicar, é procedimento cuja condução cabe exclusivamente à polícia; no entanto, a elucidação dos crimes e das condutas criminosas não se esgota no âmbito do inquérito policial. Tal elucidação pode ser fruto

de apurações levadas a efeito por diversos órgãos administrativos, à luz do que dispõe o § único do art. 4º do CPP. Nada impedindo que o Ministério Público, que é o titular da ação penal pública e natural destinatário das investigações, proceda ele próprio a averiguações destinadas a firmar sua convicção.”

Não destoando o Ministro Carlos Ayres, na mesma linha de raciocínio, ao proferir seu voto no mesmo julgamento:

“8. Investigar fatos, documentos e pessoas, assim, é da natureza do Ministério Público. É o seu modo de estar em permanente atuação de custoslegis ou de defesa da lei. De custos iuris ou de defesa do Direito. Seja para lavrar um parecer, seja para oferecer uma denúncia, ou não oferecer, ou seja ainda para pedir até mesmo a absolvição de quem já foi denunciado.

9. Privar o Ministério Público dessa peculiaríssima atividade de defensor do Direito e promotor da Justiça é apartá-lo de si mesmo. É desnaturá-lo. Dessubstanciá-lo até não restar pedra sobre pedra ou, pior ainda, reduzi-lo à infamante condição de bobo da Corte. Sem que sua inafastável capacidade de investigação criminal por conta própria venha a significar, todavia, o poder de abrir e presidir inquérito policial.

10. Com efeito, é preciso distinguir as coisas. Se todo inquérito policial implica uma investigação criminal, nem toda investigação criminal implica um inquérito policial. Mas o que não se tolera, sob o pálio da Lex Maxima de 1988, é condicionar ao exclusivo impulso da Polícia a propositura das ações penais públicas. Ações que só o Ministério Público pode ajuizar (inciso I do art. 129 da Lei das Leis) e que têm na livre formação do convencimento dos promotores e procuradores de justiça a razão de ser da sua institucionalização como figura de Direito”.

Ressalve-se que a investigação direta pelo Ministério Público não afasta a atribuição da polícia judiciária, devendo ser empregada subsidiariamente, quando for necessária, a critério do membro do Ministério Público. O ideal para a sociedade – e que já vem sendo alcançado em inúmeras investigações penais – é a parceria entre a Polícia Judiciária e o Ministério Público com a finalidade de alcançar uma rápida, conseqüente e produtiva resposta do Estado na identificação e punição dos infratores da Legislação criminal.

VII – BIBLIOGRAFIA:

- ALVES, Airton BUZZO; ALMIR GUASQUEZ RUFINO e JOSÉ ANTONIO FRANCO DA SILVA. *Funções Institucionais do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. "O Poder Judiciário e a efetividade da nova Constituição". Artigo publicado na *Revista Forense*, 304/152.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo Penal e Constituição: Princípios Constitucionais do Processo Penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- CLÉVE, Clémerson Mérlin. "Investigação criminal e Ministério Público". *Jus navigandi*, Teresina, a.8, n. 450, 30 set. 2004. Disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto>, acesso em 30.set.2004.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 3ª ed., rev. atual. e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 1ª edição. Editora Nova Fronteira. Rio de Janeiro.
- FERREIRA, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 88*. Vol. II, São Paulo: Saraiva, 1992.
- _____. *Curso de Direito Constitucional*. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 1989.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. 5ª edição, São Paulo: Saraiva, 2004.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada*. São Paulo: Editora Atlas, 2002.
- _____. *Direito Constitucional*. 12ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2002.
- STRECK, Lênio Luiz e FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição: A Legitimidade da Função Investigatória do Ministério Público*. 1ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Ministério Público e Investigação Criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

⁽⁷⁾ CARLOS ROBERTO DE C. JATAHY é Procurador de Justiça/RJ, Mestrando em Direito Público pela UNESA, Professor da Universidade Veiga de Almeida e da Fundação Escola do Ministério Público.
