Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

IDPB
Instituto de Direito Público da Bahia

R e DE | Revista Eletrônica de Direito do Estado

Número 1 – janeiro/fevereiro/março de 2005 – Salvador – Bahia – Brasil

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E MINISTÉRIO PÚBLICO[1]

Prof. Clèmerson Merlin Clève
Professor Titular das Faculdades de Direito UniBrasil e da UFPR. Mestre e Doutor em Direito pela PUC/SP. Pós-Graduado pela Université Catholique de Louvain (Bélgica). Professor nos cursos de Mestrado e Doutorado da UFPR. Procurador do Estado e Advogado.

"Não devemos parar de explorar e o fim de toda nossa exploração será chegar ao ponto de partida e conhecer o lugar pela primeira vez."
T. S. Eliot

1. Introdução

Está em pauta a discussão a propósito da legitimidade do exercício, por membros do Ministério Público, de atividades de investigação dirigidas à apuração de infrações criminais. [2]

---

[1] Agradeço à advogada Alessandra Ferreira Martins, responsável pelo Departamento de Pesquisa do Escritório *Clèmerson Merlin Clève Advogados Associados,* pela preciosa colaboração no processo de elaboração do presente texto.

[2] Cf. BARROSO, Luís Roberto. Investigação pelo Ministério Público. Argumentos contrários e a favor. A síntese possível e necessária. Parecer disponível na Internet em: <http://www.mp.rs.gov.br/hmpage/homepage2.nsf/pages/spi_investigadireta2>. Acesso em: 23/08/2004; STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição*: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público. Rio de Janeiro: Forense, 2003; LOPES JR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*, 2.º ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003; GUIMARÃES, Rodrigo Régnier Chemim. Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público. Curitiba: Juruá Editora, 2004; ROXIN, Claus. Posición jurídica y tareas futuras del ministerio publico In MAIER, Julio B. J. *El Ministerio Público en el Processo Penal.* Buenos Aires: Ad hoc s.r.l., 2000, p. 37-57; MESQUITA, Paulo Dá. Notas sobre inquérito penal, polícias e Estado de Direito Democrático (suscitadas por uma proposta de lei dita de organização de

Decisão paradigmática sobre o tema está para ser tomada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento de ação direta de inconstitucionalidade aforada contra dispositivos da Lei Federal n.º 8625 de 12 de fevereiro de 1993 e da Lei Complementar n.º 75 de 20 de maio de 1993, que contemplam, entre as atribuições do Ministério Público, a realização de diligências investigatórias. Há outros feitos, igualmente tramitando perante a Excelsa Corte, que envolvem deliberação sobre a matéria.

A polêmica que ora se estabeleceu nos meios de comunicação de massa já era observada na seara jurídica. Tomando-se apenas julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, temos que neste a posição dominante sobre a competência investigatória do Ministério Público manifesta-se em sentido positivo[3], enquanto naquele caminha em sentido distinto[4], tratando-se,

---

investigação criminal). Revista do Ministério Público, Lisboa, abr./jun. 2000, p. 137-149; CHOUKR, Fauzi Hassan. O relacionamento entre o Ministério Público e a polícia judiciária no processo penal acusatório. Disponível na Internet em: www.mundojuridico.adv.br; MOREIRA, Rômulo de Andrade. Ministério Público e poder investigatório criminal. Disponível na Internet em: www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1055. Acesso em 23/08/2004.

[3] RECURSO ESPECIAL n. 331.903-DF (2001/00844503) Rel. Min. JORGE SCARTEZZINI. Julgado em 25 de maio de 2004. Ementa: RESP - PENAL E PROCESSO PENAL - PODER INVESTIGATIVO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - PROVAS ILÍCITAS - INOCORRÊNCIA - TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL - IMPOSSIBILIDADE. - 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 e.g. 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. " (g. n.) Cf. RECURSO ORDINÁRIO EM HC n.º 15.507-PR (2003/0232733-3) Rel. Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA. Julgado em 28 de abril de 2004 e RECURSO ORDINÁRIO EM HC n.º 12.871-SP (2002/0058385-0). Rel. Min. LAURITA VAZ. Julgado em 13 de abril de 2004.

[4] RHC 81.326-DF. RELATOR : MIN. NELSON JOBIM. EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. MINISTÉRIO PÚBLICO. INQUÉRITO ADMINISTRATIVO. NÚCLEO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL/DF. PORTARIA. PUBLICIDADE. ATOS DE INVESTIGAÇÃO. INQUIRIÇÃO. ILEGITIMIDADE. 1. PORTARIA. PUBLICIDADE .A Portaria que criou o Núcleo de Investigação Criminal e Controle Externo da Atividade Policial no âmbito do Ministério Público do Distrito Federal, no que tange a publicidade, não foi examinada no STJ. Enfrentar a matéria neste Tribunal ensejaria supressão de instância. Precedentes. 2. INQUIRIÇÃO DE AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. ILEGITIMIDADE. 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 nesse 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, Corregedoria. Recurso conhecido e provido. Informativo STF n.º 314.

não obstante, de entendimento ainda não pacificado[5].

Não é o caso, aqui, de levantar as todas as razões, jurídicas e extra-jurídicas, que levaram determinados operadores jurídicos a questionar a legitimidade da atuação do Ministério público quando suas atividades investigatórias bem sucedidas resultaram em material probatório consistente para a provocação da jurisdição penal. Convém limitar a abordagem ao campo técnico-jurídico, no qual a atividade investigatória do Ministério Público vem sendo combatida basicamente com dois argumentos: tal atividade *a)* não residiria, a partir da leitura da Constituição, entre suas funções, motivo pelo qual o *Parquet* não ostentaria atribuição no sítio investigatório, particularmente em matéria criminal (eventual atuação importando, por isso mesmo, em ofensa ao princípio do devido processo legal); *b)* a investigação criminal constitui função exclusiva da polícia judiciária; por isso, o *Parquet* não poderia atuar nesse sítio sem ofensa ao princípio da separação dos poderes. Os argumentos decorrem de um específico modelo de interpretação constitucional que leva em conta, basicamente, a literalidade do texto normativo.

A idéia neste texto não é apontar quem é melhor para apurar infrações criminais, o policial ou o membro do Ministério Público. Não se trata, sem mais, de aderir a esta ou àquela tese. Trata-se, antes, de oferecer alguns elementos para a melhor compreensão do arranjo constitucional envolvendo a competência dos órgãos dotados de dignidade constitucional, implicando isso, daí sim, tomada de posição. Cumpre, então, tecer breves comentários sobre o ponto chave da questão, qual seja, a interpretação constitucional.

2. Interpretação constitucional

As relações sociais hodiernamente travadas não raras vezes ensejam demandas complexas cuja tutela jurisdicional adequada só pode ser aventada com o manejo de técnicas arrojadas de interpretação constitucional.

Nota-se uma mudança no campo metodológico que orienta a prática constitucional na busca de um modelo hermenêutico que permita conferir a dinamicidade necessária ao texto para potencializar a eficácia dos direitos e garantias fundamentais e realizar as promessas constitucionais. Neste passo, texto e norma deixam de manter uma relação unívoca e absoluta[6]. O texto é o

[5] Cf. MS 21729 / DF (DJ 19/10/2001) Rel. Min. MARCO AURÉLIO; HC 75769-MG STF (DJ 28/11/97) Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI; HC 77371-SP STF (DJ 23/10/98) Rel. Min. NELSON JOBIM; HC 80948 / ES (DJ 19/12/2001) Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA; HC 81303 / SP (DJ 23/08/2002) Rel. Min. ELLEN GRACIE.

[6] "De um lado, a compreensão do significado como o conteúdo conceptual de um texto pressupõe a existência de um significado intrínseco que independa do uso ou da interpretação. Isso, porém, não ocorre, pois o significado não é algo incorporado ao conteúdo das palavras, mas algo que depende precisamente de seu uso e interpretação, como comprovam as modificações de sentidos dos termos no tempo e no espaço e as controvérsias doutrinárias a respeito de qual o sentido mais adequado que se deve atribuir a um texto legal. Por outro lado, a concepção que aproxima o significado da intenção do legislador pressupõe a existência de um autor determinado e de uma vontade unívoca fundadora do texto. Isso, no entanto, também não sucede, pois o processo legislativo qualifica-se justamente como um processo complexo que não se submete a

universo sobre o qual se debruça o operador jurídico. A norma, não se confundindo com o texto, é o resultado da operação hermenêutica.

Nos últimos anos, evidenciados os limites do positivismo, seja ele de matriz exegética, seja ele de matriz normativo-kelseniana, operou-se um deslocamento no campo das técnicas de interpretação, de molde a, especialmente nos *casos difíceis*, voltar o horizonte da ação a *razão prática*. Agora, portanto, além do exercício da *subsunção* ou da *categorização*, o intérprete haverá de manejar os recursos da argumentação e da ponderação para a resolução dos complexos problemas que se apresentam na sociedade contemporânea (*tecnológica, de informação*, *pós-industrial*, *em rede*, *de risco*, etc.) insuscetíveis de enfrentamento a partir de um padrão metodológico próprio de sociedades e discursos constitucionais menos complexos.

Superado o *paradigma da consciência*, está-se, agora, a operar sob o influxo do *paradigma da linguagem*, exigente de um renovado papel para os operadores jurídicos:

> "Como as Constituições na sociedade heterogênea e pluralista, repartida em classes e grupos, cujos conflitos e lutas de interesses são os mais contraditórios possíveis, não podem apresentar-se senão sob a forma de compromisso ou pacto, sendo sua estabilidade quase sempre problemática, é de convir que a metodologia clássica tinha que ser substituída ou modificada por regras interpretativas correspondentes a concepções mais dinâmicas do método de perquirição da realidade constitucional."[7]

A *força normativa* da Constituição depende grandemente da atualidade de suas normas para gerar a identidade dos diferentes grupos sociais que nela apostam suas esperanças.

> "... 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 antitético 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.

---

um autor individual, nem a uma vontade específica. Sendo assim, a interpretação não se caracteriza como um ato de descrição de um significado previamente dado, mas como um ato de decisão que *constitui* a significação e os sentidos de um texto." (g. n.) ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 23.

[7] BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, 14º ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 494.

> A validade do 'método histórico', nos termos em que está colocado, poderia levar o processo hermenêutico à produção de decisões absolutamente desconectadas da realidade."[8] (g. n.)

É nesse quadro que as mais polêmicas questões afetas às prescrições normativas devem ser resolvidas. E o poder de investigação criminal do Ministério Público aí se apresenta. Cumpre lembrar que a instituição ministerial passou por profunda alteração funcional com o advento da Constituição Federal de 1988, já que no sistema anterior, apresentava-se dependente do Poder Executivo. Diante disso, determinadas concepções acerca de suas atribuições não se coadunam com o paradigma democrático então instituído, demandante de constante afirmação. Daí porque não se deve compreender as funções ministeriais apartadas das transformações felizmente operadas com o sistema constitucional vigente[9].

Aliás, também a seara penal vem sofrendo mudanças necessárias para acompanhar as novas demandas sociais e refrear o avanço de condutas criminosas aperfeiçoadas com a velocidade da modernização tecnológica. Não é crível que o Código de Processo Penal seja interpretado, ainda, sem levar em conta o processo de mutação desencadeado pela nova Constituição. É preciso sintonizar a legislação processual-penal com o texto constitucional, operar a sua constitucionalização, fazer vazar as conseqüências da *filtragem constitucional*, realizar, enfim, a leitura da lei com os olhos voltados para a Constituição e para o futuro.

A aplicação da lei penal e processual penal tem por escopo oferecer solução para as condutas desviantes, sempre tipificadas, atentatórias aos valores e bens, reconhecidos pela normatividade constitucional, que dão base à organização social. Para operacionalizar a atividade do Estado no sítio considerado, 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, portanto, confere ao Estado o monopólio de tal relevante ação. A paz social fica, é indubitável, em grande parte dependente da eficiência e eficácia dos métodos postos em prática pela estrutura estatal. Diante de semelhante circunstância, é natural que as instituições e os órgãos públicos incumbidos da fundamental tarefa possam contar com recursos e preparação adequados ao salutar atendimento das vítimas e à persecução, nos termos da lei, dos acusados de transgressão. A separação de funções neste campo é instrumental, e assim deve ser considerada.

---

[8] STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição*: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 69-70.

[9] É de transcrever aqui apontamento particularmente feliz de Barbosa Moreira (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Poder Judiciário e a efetividade da nova Constituição. Revista Forense 304/152)* sobre a postura dos juristas que operam interpretação com olhos voltados para o passado. "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 representação da realidade que uma sombra fantasmagórica".

Traçado este breve panorama, é possível perceber que a questão sobre a legitimidade da apuração de infrações criminais pelo Ministério Público deve ser avaliada com adequada dose de 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 do 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 de 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*.

3. Uma questão de cooperação permanente e compartilhamento eventual

3.1. Investigação e acusação no juizado de instrução

A importância da devida interpretação das disposições constitucionais avulta quando se percebe entre os argumentos na linha da ilegitimidade dos procedimentos investigatórios promovidos por membros do Ministério Público, a tentativa de petrificar os debates ocorridos no Congresso Constituinte em prejuízo da Constituição mesma. Como se sabe, o Constituinte, à época, recusou proposta no sentido de instituir-se, entre nós, o sistema de juizados de instrução. Este é um fato. Mas daí não é possível extrair como conseqüência a idéia segundo a qual foi implantado, para a polícia judiciária, o monopólio das atividades investigatórias, quando na esfera criminal.

O juizado de instrução constitui modelo de investigação processual penal adotado em alguns países europeus no qual se manifesta rígida separação entre as funções de *acusação* e *instrução*. A separação, ensejada por razões históricas, deixa a cargo do promotor ou procurador acusar, a cargo do juiz a promoção da instrução e a cargo de outro órgão jurisdicional o julgamento. De modo que quem instrui não julga. É verdade que tal modelo foi sensivelmente modificado na atualidade, mas é preciso ressaltar, por outro lado, que mesmo aí não se opera separação rígida entre as funções de *acusação* e *investigação*, como se poderia imaginar.

Em alguns países que adotam o juizado de instrução, não é permitido ao membro do Ministério Público realizar a instrução, já que esta função é privativa do juiz. Este, detentor de amplos poderes, pode ordenar uma série de diligências para garantir a segura apuração do delito, como determinar a prisão preventiva, escutas telefônicas, busca e apreensão, etc.

O Ministério Público, enquanto órgão acusador, não tem poderes para promover a instrução criminal no sistema de juizados de instrução, nem no

sistema processual penal brasileiro. Aqui, tanto o Ministério Público quanto a polícia judiciária devem (e é bom que continue assim) solicitar ao juiz medidas de maior gravidade que possam afetar direitos fundamentais. Entenda-se que isso não significa que o órgão ministerial esteja proibido de investigar, mas sim de promover a instrução do processo penal.

É preciso notar, não obstante, que o juizado de instrução vem cedendo passo a outro sistema no qual o Ministério Público é responsável pela investigação preliminar[10]. Neste sentido, afirma Aury Lopes Jr:

> "A instrução preliminar a cargo do MP tem sido adotada nos países europeus como um substituto ao modelo de instrução judicial anteriormente analisado (juizado de instrução). Neste sentido, a reforma alemã de 1974 suprimiu a figura do juiz instrutor para dar lugar ao promotor investigador. A partir de então, outros países, com maior ou menor intensidade, foram realizando modificações legislativas nessa mesma direção, como sucedeu, *v.g*, na Itália (1988) e em Portugal (1995). Na Espanha, a Lei Orgânica (LO) 7/88 que instituiu o procedimento abreviado deu os primeiros passos nessa direção, ao outorgar ao *fiscal* maiores poderes na instrução preliminar."[11]

Ora, o debate constituinte do qual não resultou, entre nós, a adoção do sistema do juizado de instrução não é determinante para solução da questão da constitucionalidade da atuação do Ministério Público envolvendo a realização de certas diligências em investigação criminal. *Primeiro*, pela ressalva da interpretação constitucional adequada; *segundo* porque mesmo que tivesse sido adotado tal modelo, não se impediria a controvérsia nesta instaurada, que está cingida ao binômio acusação/investigação, e não ao binômio acusação/instrução.

Não é demais lembrar, com Lenio Streck e Luciano Feldens, que

> "... a partir da superação da hermenêutica clássica, que trabalha(va) com a idéia de que interpretar é extrair do texto o seu sentido (*Auslegung*), pela hermenêutica de cunho filosófico, *passou-se a entender que o processo interpretativo não é reprodutivo, mas sim, produtivo*. Interpretar é, pois, dar/atribuir sentido (*Sinngebung*). Com isto, deixa de existir equivalências

[10] O Comitê de Ministros do Conselho da Europa aprovou e encaminhou aos Estados Membros a Recomendação – REC (2000)19 – sobre o papel do Ministério Público no sistema de justiça penal, que dispõe: "1. O 'Ministério Público' é uma autoridade pública encarregada de zelar, em nome da sociedade e no interesse público, pela aplicação da lei, quando o incumprimento da mesma implicar sanção penal, tendo em consideração os direitos individuais e a necessária eficácia do sistema de justiça penal. 2. Em todos os sistemas de justiça penal, o Ministério Público: - decide se deve iniciar ou prosseguir um procedimento criminal; - exerce a ação penal; - pode recorrer de todas ou algumas decisões. 3. Em determinados sistemas de justiça penal, o Ministério Público também: aplica a política criminal nacional, adaptando-a, quando for o caso disso, às realidades regionais e locais; - conduz , dirige ou fiscaliza o inquérito; (...)16. O Ministério Público deve, em qualquer caso, estar em condições de proceder criminalmente, sem obstrução, contra agentes do estado, por crimes por estes cometidos, particularmente de corrupção, abuso de poder, violação grave dos direitos humanos e outros crimes reconhecidos pelo direito internacional." (g. n.)

[11] LOPES JR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*, 2.º ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 85.

entre texto e norma e entre vigência e validade, em face do que se denomina na fenomenologia hermenêutica de diferença ontológica.

Desse modo, se o texto não 'carrega' a sua norma e se a vigência de um dispositivo não implica diretamente a sua validade, *é possível afirmar que textos anteriores à Constituição recebem automaticamente novas normas*, atribuíveis a partir do *topos* hermenêutico que é a Constituição de 1988. Sentidos jurídicos atribuídos a textos legais, por exemplo, em 1963 (Projeto RÁO), 1941 (Código de Processo Penal) e 1957 (decisão do STF da lavra de HUNGRIA) *não se mantêm na contemporaneidade pós-Constituição de 1988*, pela profunda alteração do papel do Estado, da Constituição e, fundamentalmente, da função a ser exercida pelo Ministério Público."[12]

Afasta-se, portanto, o argumento de que a frustrada tentativa de adoção do modelo de juizado de instrução possa justificar a opção de atribuir, de forma monopolizada, a função de investigação – apartada da acusação – à polícia judiciária. A legitimidade das diligências investigatórias do Ministério Público decorre da nova ordem constitucional e nela deve ser compreendida.

Se das deliberações dos Constituintes não pode ser deduzida a proibição da ação ministerial no campo investigatório criminal, eis que tal ação decorre, naturalmente, da interpretação atualizada do texto constitucional vigente, com mais razão o mesmo ocorrerá quando em questão as deliberações do legislador ordinário. A efetividade da Constituição não pode ficar a mercê de contingentes interesses políticos, nem sempre concertados com os interesses sociais que legitimam os respectivos mandatos. Daí porque, projetos de lei,e mesmo projetos de emenda constitucional eventualmente não aprovados, não constituem diretriz hermenêutica séria para justificar determinada interpretação do texto ou para fechar questão sobre assunto que assume importância vital para a sociedade. Inclusive porque, em muitos casos, antes de ostentarem natureza verdadeiramente constitutiva, apresentavam finalidade meramente explicitadora, declaratória de uma condição disputada mas, todavia, perfeitamente extraível do texto constitucional.

De outra banda, conjuga-se ao argumento do juizado de instrução a idéia de que uma separação absoluta entre as funções de acusação e investigação asseguraria a imparcialidade dos órgãos respectivos. Patente equívoco por julgar, primeiramente, toda a instituição em função de valores que só a personalidade de cada pessoa vai determinar. Em segundo lugar não há fundamento jurídico para se creditar mais imparcialidade a membros do Ministério Público ou da polícia judiciária, seja qual função exerçam. Uma análise mais detida da função acusatória do Ministério Público permite aferir que o intuito investigatório é, a partir de indícios de um fato típico identificar e comprovar sua autoria e materialidade, seja a partir de notícia que lhe foi confiada diretamente, seja a partir de inquérito policial, seja a partir de investigação cível própria que apontou

[12] STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano, op. cit., p. 67.

emergência também de ilícito criminal.[13]

Não há uma distância abissal entre Ministério Público e polícia judiciária no exercício de suas respectivas atribuições, o que pode ser deduzido já da finalidade precípua de cada qual: - defesa da ordem jurídica democrática e preservação da ordem pública, respectivamente. Tais objetivos convergem na direção de outro maior: - a pacificação social por todos almejada, cuja efetivação demanda a conjugação de esforços.

3.2. Investigação e acusação no sistema constitucional brasileiro

Tem-se, então, que no modelo brasileiro não há divisão rígida, insuperável, entre as funções de investigação e acusação, de modo que ambas podem ser exercidas com responsabilidade pelos membros do Ministério Público. Isso não afasta a concepção segundo a qual aos órgãos é dada uma função precípua a ser devidamente exercida. No caso da instituição ministerial, reconhece-se como precípua a função acusatória desde que entendida, reitere-se, no contexto do Estado Democrático de Direito (a função acusatória não pode ser exercitada a qualquer custo, eis que o membro do *Parquet* é, antes de tudo, o fiscal da ordem jurídica e, portanto, da Lei e da Constituição). A investigação pode ser entendida como atividade típica da polícia judiciária, mas nem por isso exclusiva.

É evidente que a apuração de infrações penais requer uma série de ações que podem se dar no bojo de procedimentos variados, dentre os quais o inquérito policial é o mais comum. Mais comum, porque nem todos os procedimentos de investigação criminal preliminar substanciam inquéritos policiais. Cumpre ter clareza quanto a isso.

Não se resolve o problema que constitui objeto do presente texto a partir da definição do titular do inquérito policial. Ora, é inegável que tal procedimento integra a esfera das atividades da polícia judiciária. A questão de fundo é outra: - diz respeito à legitimidade do Ministério Público, através de seus próprios procedimentos, realizar, em determinadas circunstâncias muito bem justificadas, diligências investigatórias que venham a subsidiar a formação da convicção a propósito da necessidade de provocação da jurisdição penal.

---

[13] A concepção de imparcialidade merece cuidados e deve afastar posições ingênuas a respeito da natureza humana. Neste sentido, a imparcialidade do Ministério Público, e de outros órgãos afins, deve ser compreendida em cotejo com a legalidade inerente às funções públicas. Por isso, alegações de impedimento de membros do Ministério Público nas ações em que realizaram diligências não são procedentes na jurisprudência pátria. Do Superior Tribunal de Justiça colhe-se o julgado: "RHC 8106/DF (1998/0089201-0). Rel. Min. GILSON DIPP. Ementa: CRIMINAL. RHC. ABUSO DE AUTORIDADE. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. COLHEITA DE ELEMENTOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. LIMINAR CASSADA. RECURSO DESPROVIDO. Tem-se como válidos os atos investigatórios realizados pelo Ministério Público, que pode requisitar esclarecimentos ou diligenciar diretamente, visando à instrução de seus procedimentos administrativos, para fins de oferecimento da peça acusatória. A simples participação na fase investigatória, coletando elementos para o oferecimento da denúncia, não incompatibiliza o Representante do *Parquet* para a proposição da ação penal." (DJ 04/06/2001)

É preciso afastar argumentos apaixonados que insistem numa equivocada pretensão do Ministério Público de substituir-se à polícia judiciária ou mesmo de presidir inquéritos policiais, pois não é disto que se trata. Não há substituição dos órgãos encarregados, em princípio, da investigação criminal. A polícia judiciária deve continuar responsável pelos inquéritos policiais, sendo certo que o Ministério Público haverá de realizar investigações em casos excepcionais, devidamente justificados, sem que isso possa significar o esvaziamento da esfera funcional da instituição policial.

Exercer a função de polícia judiciária não significa exclusivamente realizar inquéritos policiais, pois envolve outras atividades (apoio ao Poder Judiciário para cumprimento de decisões liminares ou definitivas, promoção da segurança de magistrados e funcionários da Justiça ameaçados em razão de suas funções, etc.). De outra banda, o inquérito policial – uma das formas de investigação de infrações penais – constitui procedimento típico da polícia judiciária.

Além dos inquéritos policiais, diligências investigatórias podem ser realizadas no contexto de diversos outros procedimentos promovidos por órgãos do Executivo, Legislativo ou Judiciário. É o caso do procedimento fiscal da Receita Federal para investigação do delito de sonegação fiscal[14], das diligências do COAF na apuração de "lavagem" de dinheiro[15], do inquérito judicial[16] [17], das

[14] Lei 8137 de 1990: "Art. 1° Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias; (...)

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação. (...)

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V."

[15] Lei 9613 de 1998 : "Art. 14. É criado, no âmbito do Ministério da Fazenda, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, com a finalidade de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas nesta Lei, sem prejuízo da competência de outros órgãos e entidades. (...)

§ 3º O COAF poderá requerer aos órgãos da Administração Pública as informações cadastrais bancárias e financeiras de pessoas envolvidas em atividades suspeitas.

Art. 15. O COAF comunicará às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis, quando concluir pela existência de crimes previstos nesta Lei, de fundados indícios de sua prática, ou de qualquer outro ilícito."

[16] DL 7661 de 1945: "Art. 103. Nas vinte o quatro horas seguintes ao vencimento do dobro do prazo marcado pelo juiz para os credores declararem os seus créditos (artigo 14, parágrafo único, n° V) o síndico apresentará em cartório, em duas vias, exposição circunstanciada, na qual, considerando as causas da falência, o procedimento do devedor, antes e depois da sentença declaratória, e outros elementos ponderáveis, especificará, se houver, os atos que constituem crime falimentar, indicando os responsáveis e, em relação a cada um, os dispositivos penais aplicáveis.

§ 1° Essa exposição, instruída com o laudo do perito encarregado do exame da escrituração do falido (art. 63, n° V), e quaisquer documentos, concluirá, se for caso, pelo requerimento de inquérito, exames e diligência destinados à apuração de fatos ou circunstâncias que possam servir de fundamento à ação penal.

diligências das Comissões Parlamentares de Inquérito[18], da investigação de prática de crime por magistrados realizado pelo próprio Poder Judiciário[19]. Portanto, as hipóteses de investigação criminal preliminar não se resumem aos inquéritos policiais, não constituindo, por isso mesmo, atividade exclusiva da polícia judiciária.

Afirmar que à polícia judiciária incumbe presidir o inquérito policial nada acrescenta ao debate, já que o Ministério Público quando promove certas diligências investigatórias não o faz mediante instauração de inquérito policial. Não há que se falar, portanto, em usurpação de competência. Trata-se, antes, de cooperação entre instituições para a consecução de objetivo comum, qual seja, diminuir a impunidade na seara mais delicada do contexto jurídico, que é a criminal.

Cooperação é imperativo constitucional[20] decorrente de diversas disposições constitucionais, inclusive da interpretação hodierna do princípio da separação de poderes. Sobre este ponto, leciona Konrad Hesse:

> "Objeto da divisão de poderes é, antes, positivamente uma ordem de colaboração humana, que constitui os poderes individuais, determina e limita suas competências, regula sua colaboração e, desse modo, deve conduzir à

---

§ 2º As primeiras vias da exposição e do laudo e os documentos formarão os autos do inquérito judicial e as segundas vias serão juntas aos autos da falência." (g. n.)

[17] Regimento Interno do STF: **"**Art. 42. O Presidente responde pela polícia do Tribunal. No exercício dessa atribuição pode requisitar o auxílio de outras autoridades, quando necessário.

Art. 43. Ocorrendo 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.

Art. 44. A polícia das sessões e das audiências compete ao seu Presidente.

Art. 45. Os inquéritos administrativos serão realizados consoante as normas próprias."

[18] Conferir artigo 58, § 3.º da Constituição Federal: "As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores." (g. n.)

[19] Lei Complementar 35 de 1979: "Art. 33 - São prerrogativas do magistrado: (...)

IV - não estar sujeito a notificação ou a intimação para comparecimento, salvo se expedida por autoridade judicial; (...)

Parágrafo único - Quando, no curso de investigação, houver indício da prática de crime por parte do magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao Tribunal ou órgão especial competente para o julgamento, a fim de que prossiga na investigação."

[20] Não só no Brasil, como também em outros países, por exemplo, os europeus que adotaram a Recomendação REC (2000)19, que dispõe: "15. A fim de favorecer a equidade e eficácia da política criminal, o MP deve cooperar com departamentos e instituições do Estado, na medida em que isso esteja de acordo com a lei. (...) 23. Os Estados onde a polícia é independente do Ministério Público devem tomar todas as medidas para garantir que haja uma cooperação adequada e eficaz entre o Ministério Público e a Polícia." (g. n.)

> unidade do poder estatal – limitado. Essa tarefa requer não só um refreamento e equilíbrio dos fatores de poder reais, senão ela é também, sobretudo, uma questão de determinação e coordenação apropriada das funções, assim como das forças reais que se personificam nesses órgãos."[21]

Cumpre cotejar a hermenêutica até aqui desenvolvida com as normas constitucionais de regência da matéria a fim de que nem mesmo aos mais apegados à literalidade textual reste dúvida sobre a legitimidade das investigações realizadas pelo Ministério Público.

4. Competência constitucional e Ministério Público

O sistema constitucional, como se sabe, comporta normas explícitas e também implícitas, todas dotadas de idêntica hierarquia normativa. O arranjo das competências dos órgãos públicos não escapa a esse panorama. Tanto é assim que, tratando da repartição horizontal de competências, a melhor doutrina reconhece que a União dispõe de competências expressas e implícitas, sendo as últimas, em geral, vinculadas aos meios necessários para o devido exercício das primeiras

Trata-se de reforçar a idéia de que a efetividade da Constituição está ligada, entre outros fatores, à interpretação que possibilite uma compreensão do sistema constitucional apropriada ao Estado Democrático de Direito. Significa não congelar o conteúdo normativo no tempo ou no espaço (no texto literal dos dispositivos). Com toda propriedade, ensina Hesse:

> "... em casos, para cuja resolução a Constituição não contém critérios unívocos, isto é, porém, em todos os casos de interpretação constitucional, a Constituição ou o constituinte, na verdade, ainda não decidiram, senão somente deram pontos de apoio mais ou menos numerosos incompletos para a decisão. Onde nada de unívoco está querido, nenhuma vontade real pode ser averiguada, senão, quando muito, uma presumida ou fictícia e, sobre isso, também todas as fórmulas de embaraço como, por exemplo, aquela da 'obediência pensante' do intérprete não são capazes de ajudar a superar."[22]

Esta construção do direito constitucional não gera controvérsia digna de atenção nas mais autorizadas doutrina e jurisprudência. Curioso, então, ignorá-la ou confrontá-la para recusar ao Ministério Público as competências instrumentais indispensáveis para operar, do modo mais eficiente e dentro da legalidade, as suas atribuições expressas, em particular a consistente na promoção da ação penal. Ele, afinal, é o *dominus litis*. Ora, a delimitação da esfera de atribuições constitucionais do Ministério Público não pode ser desenhada ignorando-se a particularidade, razão pela qual doutrina e jurisprudência coerentes conferem à instituição a função de, em determinadas circunstâncias, realizar investigação

---

[21] HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. (trad. Luís Afonso Heck). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 369.

[22] HESSE, Konrad; op. cit., p. 57.

preliminar criminal para melhor decidir acerca da necessidade de provocação da jurisdição criminal[23].

Desde outra parte, tem sido alegado em proveito da tese da ilegitimidade da investigação criminal promovida pelo Ministério Público que, de acordo com o art. 144 da Constituição Federal, a apuração de infrações penais é uma das atribuições exclusivas da polícia judiciária. Diante disso, restaria configurada uma indébita invasão de competência por parte do Ministério Público. Ocorre que, *in casu,* parte-se de premissa superável sobre o preceito constitucional invocado.

Transcreve-se o texto normativo:

> "Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:
>
> I – polícia federal;
>
> II – polícia rodoviária federal;
>
> III – polícia ferroviária federal;
>
> IV – polícias civis;
>
> V – polícias militares e corpos de bombeiros militares.
>
> § 1.º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:
>
> I – apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da união ou de suas atividades

[23] Ilustra-se com o seguinte julgado do STJ:RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS Nº 13.728 - SP (2002/0161350-0) Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO Julgado em 15 de abril de 2004. EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGALIDADE.

1."1. O respeito aos bens jurídicos protegidos pela norma penal é, primariamente, interesse de toda a coletividade, sendo manifesta a legitimidade do Poder do Estado para a imposição da resposta penal, cuja efetividade atende a uma necessidade social.

2. Daí por que a ação penal é pública e atribuída ao Ministério Público, como uma de suas causas de existência. Deve a autoridade policial agir de ofício. Qualquer do povo pode prender em flagrante. É dever de toda e qualquer autoridade comunicar o crime de que tenha ciência no exercício de suas funções. Dispõe significativamente o artigo 144 da Constituição da República que 'A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio'

3. Não é, portanto, da índole do direito penal a feudalização da investigação criminal na Polícia e a sua exclusão do Ministério Público.

Tal poder investigatório, independentemente de regra expressa específica, é manifestação da própria natureza do direito penal, da qual não se pode dissociar a da instituição do Ministério Público, titular da ação penal pública, a quem foi instrumentalmente ordenada a Polícia na apuração das infrações penais, ambos sob o controle externo do Poder Judiciário, em obséquio do interesse social e da proteção dos direitos da pessoa humana." (g. n.)

> autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;
>
> II – prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;
>
> III – exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;
>
> IV – exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.
>
> [...]
>
> § 4.º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares." (g. n.)

Percebe-se que há uma distinção no texto, correta ou não, entre as funções de apuração de crimes e polícia judiciária. Diante disso, ressalva-se que, ao tratar da polícia federal, o Constituinte só reservou a exclusividade quanto à função de polícia judiciária, e não quanto à apuração de crimes. Em relação à Polícia Civil, a diferenciação também se manifesta, como se percebe pela leitura do § 4.º do art. 144 da Constituição Federal.

Levando a cabo a interpretação do dispositivo em questão, resta assentado que à Polícia Federal é reservada, com exclusividade, a função de polícia judiciária da União, ou seja, não há exclusividade quanto à apuração de crimes e a exclusividade referida se opera em relação ao âmbito de atuação das funções de polícia judiciária – federal – em contrapartida ao das polícias civis. Assim, não há exclusividade constitucionalmente garantida aos órgãos que exercem função de polícia judiciária para a apuração de infrações criminais.

Por outros fundamentos também não se justifica uma atribuição exclusiva à polícia judiciária da função investigatória. Ilustra-se com o entendimento esposado no elucidativo julgado do recurso ordinário em HC n.º 13.728-SP de lavra do Min. Hamilton Carvalhido do Superior Tribunal de Justiça, do qual se extrai o seguinte trecho:

> "4. Diversamente do que se tem procurado sustentar, como resulta da letra do seu artigo 144, a Constituição da República não fez da investigação criminal uma função **exclusiva** da Polícia, restringindo-se, como se restringiu, tão-somente a fazer exclusivo, sim, da Polícia Federal o exercício da função de polícia judiciária da União (parágrafo 1º, inciso IV).
>
> Essa **função de polícia judiciária** – qual seja, a de auxiliar do Poder Judiciário –, não se identifica com a **função investigatória**, isto é, a de apurar infrações penais, bem distinguidas no verbo constitucional, como exsurge, entre outras disposições, do preceituado no parágrafo 4º do artigo 144 da Constituição Federal, **verbis**:

'§ 4º às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.'

Tal norma constitucional, por fim, define, é certo, as funções das polícias civis, mas **sem estabelecer qualquer cláusula de exclusividade**.

5. O poder investigatório que, pelo exposto, se deve reconhecer, por igual, próprio do Ministério Público é, à luz da disciplina constitucional, certamente, da espécie excepcional, fundada na exigência absoluta de demonstrado interesse público ou social.

O exercício desse poder investigatório do Ministério Público não é, por óbvio, estranho ao Direito, subordinando-se, à falta de norma legal particular, no que couber, analogicamente, ao Código de Processo Penal, sobretudo na perspectiva da proteção dos direitos fundamentais e da satisfação do interesse social, que, primeiro, impede a reprodução simultânea de investigações; segundo, determina o ajuizamento tempestivo dos feitos inquisitoriais e, por último, faz obrigatória oitiva do indiciado autor do crime e a observância das normas legais relativas ao impedimento, à suspeição, e à prova e sua produção.

6. De qualquer modo, não há confundir investigação criminal com os atos investigatório-inquisitoriais complementares de que trata o artigo 47 do Código de Processo Penal.

7. 'A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia.' (Súmula do STJ, Enunciado nº 234)." (HC 24.493⁄MG, da minha Relatoria, *in* DJ 17⁄11⁄2003).

2. Recurso improvido."

Não é outra a conclusão decorrente da interpretação do dispositivo constitucional senão a de que a exclusividade conferida à polícia federal se dá apenas em relação a outros órgãos policiais[24], e não em prejuízo dos demais mecanismos de apuração de infrações penais. Frise-se que não se pretende aqui restringir a interpretação constitucional à técnica gramatical, olvidando os métodos mais festejados de otimização dos preceitos superiores. Assim, nem

[24] Neste sentido conferir STRECK e FELDENS: "Logicamente, ao referir-se à 'exclusividade' da polícia Federal para exercer funções 'de polícia judiciária da União', o que fez a Constituição foi, tão-somente, delimitar as atribuições entre as diversas polícias (federal, rodoviária, ferroviária, civil e militar), razão pela qual reservou, para cada uma delas, um parágrafo dentro do mesmo art. 144. daí porque, se alguma conclusão de caráter exclusivista pode-se retirar do dispositivo constitucional seria a de que não cabe à Polícia Civil 'apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas' (art. 144, §1º, I), pois que, no espectro da 'polícia judiciária', tal atribuição está reservada à Polícia Federal." Op. cit., p. 93.

mesmo a regra da exclusividade da polícia federal deve ser entendida de forma absoluta[25].

Ainda que se entenda que a separação entre as funções de polícia judiciária e de apuração de crimes decorra de censurável técnica legislativa – o que parece ser correto – e que a titularidade da primeira engloba a segunda, não se poderia concordar com a impossibilidade de qualquer outro órgão público exercer excepcionalmente atividades enquadradas na função de polícia judiciária. Tanto é verdade, que nem mesmo os resistentes mais empedernidos podem olvidar o que está disposto expressamente no Código de Processo Penal, *in verbis*:

> "Art. 4.º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.
>
> Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função." (g. n.)

Apenas por hipótese, ainda que o dispositivo conferisse literalmente à polícia judiciária a exclusividade das investigações criminais em quaisquer circunstâncias, não feriria a harmonia da ordem constitucional a previsão, explícita ou implícita, de outro órgão dotado de semelhante atribuição. A explicação é simples, exigindo, apenas, compromisso com a concretização da Constituição: - as normas constitucionais formam um sistema onde a dotação absoluta de sentidos cede passo a uma relativização tributária da otimização no quadro de inter-relação dinâmica em que se encontram os órgãos constitucionais, atravessados pelos valores, bens, interesses e objetivos (positivados) da sociedade plural.

É fato que o sistema é textualmente formulado por legisladores e não por exímios técnicos em redação jurídica, razão porque não é de se estranhar que exceções a prescrições constitucionais apresentem-se em catálogos ou lugares normativos distintos, demandando sensibilidade e atenção do intérprete. Neste passo, não é prudente afirmar que o sentido de determinada disposição isolada é absoluto, ainda que nela sejam utilizados termos delicados como "sempre",

---

[25] Lembra-se aqui os objetivos do Conselho Nacional de Segurança Pública estabelecidos no Decreto 2.169 de 04 de março de 1997*:*

"Art. 1 º O Conselho Nacional de Segurança Pública - CONASP, órgão colegiado de cooperação técnica entre a União, os Estados e o Distrito Federal no combate à criminalidade, com sede no Distrito Federal, subordinado diretamente ao Ministro da Justiça, tem por finalidade:

I - formular a Política Nacional de Segurança Pública; (...)

IV - desenvolver estudos e ações visando a aumentar a eficiência dos serviços policiais e promover o intercâmbio de experiências;

V - estudar, analisar e sugerir alterações na legislação pertinente;

VI - promover a necessária integração entre órgãos de segurança pública federais e estaduais." (g. n.)

"nunca", "privativo", "exclusivo", etc. Exemplo disso é a clara incumbência exclusiva da ação penal pública (art. 129, I)[26] conferida ao Ministério Público, pela Constituição Federal, e a previsão constitucional da ação penal privada subsidiária da pública (art. 5º, LIX)[27].

Verdadeiramente, a Constituição Federal não conferiu à polícia judiciária a exclusividade das investigações criminais. Pode-se afirmar a exclusividade do inquérito policial, mas este não se apresente como o único procedimento dirigido à apuração de infrações penais.

Neste sentido pronunciou-se a ilustre Ministra do Superior Tribunal de Justiça Laurita Vaz no voto referente ao Recurso Ordinário em HC n.º 12.871-SP, de sua relatoria, julgado em 13 de abril de 2004:

> "Verifica-se, pois, que a legitimidade do Ministério Público para conduzir diligências investigatórias decorre de expressa previsão constitucional, oportunamente regulamentada pela Lei Complementar, mesmo porque proceder à colheita de elementos de convicção, a fim de elucidar a materialidade do crime e os indícios de autoria, é um consectário lógico da própria função do órgão ministerial de promover, com exclusividade, a ação penal pública.
>
> Ademais, dispensável dizer que a polícia judiciária não possui o monopólio da investigação criminal. De fato, o próprio Código de Processo Penal é claro ao dizer, no parágrafo único do seu art. 4º, que a competência da polícia judiciária não exclui a de outras autoridades administrativas. Exemplos disso são as investigações efetuadas pelas Comissões Parlamentares de Inquérito; o inquérito judicial presidido pelo juiz de direito da vara falimentar; o inquérito em caso de infração penal cometida na sede ou dependência do Supremo Tribunal Federal (RISTF, art. 43), entre inúmeros outros.
>
> Por fim, cumpre ressaltar que, como se sabe, a atuação do *Parquet* não está adstrita à existência do inquérito policial, podendo este ser dispensado, na hipótese de já existirem elementos suficientes para embasar a propositura da ação penal." (g. n.)

5. Autorização constitucional: legitimidade do poder investigatório do Ministério Público

É de fazer o resumo da ópera: - os argumentos contrários à investigação criminal preliminar providenciada pelo Ministério Público convergem para a tese da ausência de autorização expressa na Constituição para tanto. Um olhar atento sobre as atribuições da instituição ministerial na Constituição exige enfrentar, no entanto, a cláusula de abertura que dispõe *explicitamente* que o Ministério Público

[26] "Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;"

[27] "Art. 5.º, LIX – será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal;"

poderá "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."[28]

Nem mesmo uma interpretação literal, histórica e restritiva das funções institucionais do Ministério Público poderia, sem quedar em erro grosseiro, afirmar que as atribuições prescritas no art. 129 da Constituição Federal são taxativas. Claro que a cláusula de abertura não é ilimitada, seja do *ponto de vista negativo* (há restrições quanto à representação judicial e consultoria jurídica a entidades públicas), seja do *ponto de vista positivo* (a função que não está expressa deve ser adequada à finalidade do Ministério Público).

Em decorrência da disposição constitucional foi promulgada a Lei Complementar n.º 75 de 1993 que dispõe sobre as atribuições do Ministério Público da União, contemplando expressa autorização para a realização de inspeções e diligências investigatórias[29].

A legitimação do poder investigatório do Ministério Público tem, portanto, sede constitucional e, no plano infraconstitucional, autoridade própria de lei complementar. A Lei Complementar n.º 75 de 1993 apenas conformou no plano infraconstitucional o que já podia ser 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.

Em que pesem as mais singelas técnicas de concretização constitucional e a patente instrumentalidade do procedimento investigatório para o exercício da ação penal revelarem a constitucionalidade da legislação de regência da matéria,

---

[28] Artigo 129, inciso IX da Constituição Federal de 1988.

[29] "Art. 8º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência:

I - notificar testemunhas e requisitar sua condução coercitiva, no caso de ausência injustificada;

II - requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta;

III - requisitar da Administração Pública serviços temporários de seus servidores e meios materiais necessários para a realização de atividades específicas;

IV - requisitar informações e documentos a entidades privadas;

V - realizar inspeções e diligências investigatórias;

VI - ter livre acesso a qualquer local público ou privado, respeitadas as normas constitucionais pertinentes à inviolabilidade do domicílio;

VII - expedir notificações e intimações necessárias aos procedimentos e inquéritos que instaurar;

VIII - ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública;

IX - requisitar o auxílio de força policial."

importa demonstrar a compatibilidade da atividade com a finalidade do Ministério Público. São os seguintes os preceitos constitucionais exigentes de atenção:

> "Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.
>
> Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
>
> I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;
>
> II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;
>
> III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;
>
> IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;
>
> V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;
>
> 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;
>
> 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."

A atividade de investigação tem clara natureza preparatória para o juízo de pertinência da ação penal, de modo que, sendo o Ministério Público o titular da ação penal pública, por ele é providenciada a fim de formar sua convicção de acordo com os elementos colhidos[30]. Sendo a investigação conduzida através de inquérito policial ou por outro meio, a finalidade é a mesma, porém, o deslinde

[30] "Se o MP é o titular constitucional da ação penal pública – atividade fim -, obviamente deve ter ao seu alcance os meios necessários para lograr com mais efetividade esse fim, de modo que a investigação preliminar, como atividade instrumental e de meio, deverá estar ao seu mando." LOPES JR, Aury, op. cit., p. 264.

não, já que a qualidade da investigação é determinante para a formação do juízo do titular da ação penal. Diante disso, parece lógico que, dispondo de meios apropriados e recursos adequados, a atuação do membro do Ministério Público não deve ser, em todos os casos e circunstâncias, *limitada* pela atuação da polícia judiciária. É que o limite, em última instância, pode significar o seqüestro da possibilidade de propositura da ação penal. E nem se afirme que o controle externo da atividade policial seria suficiente para remediar a possibilidade. Necessária e acertadamente externo, o controle possui fronteiras. Pode implicar possibilidade de emergência de censura à eventual desídia, mas nunca solução ao específico caso que, diante da dificuldade de encaminhamento do inquérito, produziu reduzida possibilidade de êxito na propositura da ação penal. Em semelhante hipótese, sequer a possibilidade de requisitar a instauração de inquérito ou de diligências investigatórias, no limite, pode se apresentar como solução para o impasse, eis que o órgão ministerial, titular da ação penal, sem poder interferir *diretamente* na ação policial, não dispõe de instrumentos, a não ser reflexos (controle externo), para garantir a *qualidade* das diligências providenciadas em virtude de requisição. A autoridade policial tem, com o inquérito policial, meios para auxiliar o *Parquet* na promoção da ação penal, mas se, em virtude de hermenêutica menos elaborada, lhe for atribuída a exclusividade da investigação preliminar criminal, terá também, e certamente, um meio para *limitar* sua função, o que importa em risco (sendo, na *sociedade de risco*, ainda mais grave e incompreensível) para o Estado Democrático de Direito.

O atendimento do requisito de compatibilidade com a finalidade institucional transparece, então, já diante da primeira das funções do Ministério Público prevista pela Constituição, qual seja, a promoção da ação penal de iniciativa pública, com a qual estabelece clara vinculação[31]. A compatibilidade pode ser certificada, ademais, com a previsão de atribuição expressa da função investigatória ao Ministério Público em diferentes diplomas normativos. Dentre as passagens encontráveis no ordenamento jurídico vigente, cite-se, entre outras, o preceituado no art. 201, VII, da Lei 8.069 de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente)[32] e art. 74, VI da Lei 10.741 de 2003 (Estatuto do Idoso)[33] para instauração de sindicâncias, de natureza nitidamente criminal.

---

[31] Cf. LIMA, Marcellus Polastri, *Ministério Público e persecução criminal,* 3. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002; MAZZILI, Hugo Nigro, *Regime Jurídico do Ministério Público*, 2ª Ed., São Paulo: Saraiva, 1995; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal,* 14. ed., São Paulo: Atlas, 2003; STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição*: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público. Rio de Janeiro: Forense, 2003; LOPES JR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*, 2.º ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

[32] "Art. 200. As funções do Ministério Público previstas nesta Lei serão exercidas nos termos da respectiva lei orgânica.

Art. 201. Compete ao Ministério Público: (...)

II - promover e acompanhar os procedimentos relativos às infrações atribuídas a adolescentes; (...)

VI - instaurar procedimentos administrativos e, para instruí-los:

a) expedir notificações para colher depoimentos ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela polícia civil ou militar;

6. Investigação criminal, Ministério Público e devido processo legal

Um último argumento merece ainda ser enfrentado. Trata-se da afirmação segundo a qual os procedimentos investigatórios levados a cabo pelo Ministério Público são inconstitucionais porque ferem o princípio do devido processo legal e as garantias daí decorrentes.

Antes de mais nada é preciso lembrar que o Constituinte conferiu aos membros do Ministério Público a garantia da independência funcional - similar à dos juizes - não apenas para a atuação profissional livre de pressões, mas também para que pudessem não acusar quando fundamento jurídico para tanto não existisse. Este aspecto da instituição ministerial representa garantia para o Estado e, principalmente, para os cidadãos.

As garantias constitucionais não podem, nem devem, ser afastadas na investigação criminal realizada por membros do Ministério Público tanto quanto na realização do inquérito policial. Isso para se dizer o mínimo, já que, como sabido, o descrédito das instituições policiais (nem sempre justo, é verdade!) tem pesado muito no juízo de justiça do cidadão comum, a ponto de conferir um *plus* de legitimidade ao procedimento realizado pelo *Parquet*[34]. Mas aqui, convém citar Luís Roberto Barroso[35], segundo o qual as vicissitudes pelas quais passa a

---

b) requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades municipais, estaduais e federais, da administração direta ou indireta, bem como promover inspeções e diligências investigatórias;

c) requisitar informações e documentos a particulares e instituições privadas;

VII - instaurar sindicâncias, requisitar diligências investigatórias e determinar a instauração de inquérito policial, para apuração de ilícitos ou infrações às normas de proteção à infância e à juventude;"

[33] "Art. 74. Compete ao Ministério Público: (...)

V – instaurar procedimento administrativo e, para instruí-lo:

a) expedir notificações, colher depoimentos ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado da pessoa notificada, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar;

b) requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades municipais, estaduais e federais, da administração direta e indireta, bem como promover inspeções e diligências investigatórias;

c) requisitar informações e documentos particulares de instituições privadas;

VI – instaurar sindicâncias, requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, para a apuração de ilícitos ou infrações às normas de proteção ao idoso;"

[34] A confiança da comunidade na instituição ministerial é verbalizada com a autoridade de Paulo Bonavides: "Sem embargo de quantos obstáculos lhe foram postos pelo Executivo ao legítimo exercício de seu papel essencial à conservação do sistema constitucional, a instituição vanguardista do combate à corrupção cresceu, conforme já mostramos, na estima dos cidadãos, na opinião comum, na fé pública. Cresceu como nenhuma outra neste País." In: Os dois Ministérios Públicos do Brasil: o da Constituição e o do Governo. *Revista Latino-americana de estudos constitucionais*, n.º 1, jan./jun. 2003, p. 58.

[35] BARROSO, Luís Roberto. Investigação pelo Ministério Público. Argumentos contrários e a favor. A síntese possível e necessária. Parecer disponível na Internet em:

polícia devem ser tributadas menos às qualidades ostentadas pelos seus integrantes, e mais ao contexto no qual operam suas funções. Por isso, não é demais imaginar que, eventualmente, um Ministério Público transformado em polícia possa conduzir os seus membros a experimentarem semelhantes contingências e demonstrações de fragilidade moral. Não se fala, portanto, da qualidade intrínseca das instituições em tela ou dos seus membros, e mais do lugar, mais seguro ou mais suscetível aos apelos da vantagem injustificável, no qual necessariamente transitam durante o desenrolar de suas atividades. Aqui, sim, a real compreensão do problema robustece, ao contrário de enfraquecer, a solução defendida neste texto. Se a sedução é real, e tão real que as próprias forças armadas são reticentes quanto à utilização de seu corpo, no campo da segurança pública, em vista dos riscos que tal atividade oferece à integridade moral da tropa, melhor que as interferências recíprocas entre os órgãos estatais, o intercruzamento de objetivos, a cooperação necessária, ajustem as condutas dos agentes públicos e a atuação dos órgãos, tudo com o fito de melhor facilitar a vida em sociedade e a proteção dos valores constitucionalmente tutelados. Sem se transformar em polícia, portanto, porque não é disso que se trata, é justificável, à luz de argumentos racionais deduzidos do texto constitucional, a ação investigatória do Ministério Público, em particular nos casos especialíssimos e mesmo naqueles nos quais, diante do material probatório já colacionado, em face do encaminhamento por outros órgãos públicos ou de investigação de outra natureza que não criminal (*v.g*, improbidade administrativa ou matéria ambiental ou vinculada ao direito do consumidor ou da criança e adolescente ou ao idoso, etc.) não se justifique a instauração de inquérito policial, eis que singelas ou poucas, emboras complexas, diligências complementares são suficientes para a formação da convicção a propósito da necessidade ou não da propositura da ação penal.

A possibilidade de desvirtuamento da competência investigatória por membros do Ministério Público e conseqüente lesão a direitos e garantias fundamentais não justifica a proscrição de seu exercício pela simples razão de que falhas humanas podem acontecer e acontecem no ambiente de qualquer instituição. As distorções devem ser prevenidas, corrigidas ou punidas no plano concreto, seja internamente através de instâncias superiores ou fiscalizadoras, seja externamente através da atividade jurisdicional em cada caso. O excesso no manejo de competências constitucionalmente assinaladas, expressamente ou não, é um risco inerente ao exercício das funções públicas, cuja gravidade não justifica a irracionalidade do arranjo hermenêutico limitado, perigoso e materializador do monopólio titularizado por determinado órgão. Ao contrário, trata-se antes de, aceitando a interpretação mais condizente com os desafios projetados em nosso tempo e, por isso mesmo, ajustada com as *démarches* por essa temporalidade requeridas, reclamar a satisfação dos direitos do homem no sítio investigatório. Neste ponto avulta a importância dos Procuradores-Gerais, autoridades necessárias para, sem risco de quebra do princípio constitucional da *independência funcional*, condensar os parâmetros norteadores da atividade, tudo em prol da efetivação de outro princípio constitucional por vezes esquecido: - o

<http://www.mp.rs.gov.br/hmpage/homepage2.nsf/pages/spi_investigadireta2>. Acesso em: 23/08/2004.

determinante da *unidade* do Ministério Público. A unidade, para além do sentido clássico, neste novo momento constitucional, haverá de significar também o delinear de parâmetros mínimos necessários para a ação ministerial, ação pautada, antes de tudo, pela obediência aos cânones da legalidade e, também, da racionalidade controlável e justificável, tudo no contexto de uma coerência consensual e coletivamente construída no âmbito de cada carreira, a partir da provocação dos Procuradores-Gerais. A idéia da independência funcional não prescinde do sentido, das diretrizes necessárias para dotar a instituição de coerência, ainda que consensualmente construída. O Ministério Público haverá de agir como orquestra e não como coletivo despido de organicidade no qual, sem regente, cada um toca a música de sua predileção com o instrumento que bem entender. Avulta, igualmente, neste caso, o papel do legislador, que poderá também, a partir da liberdade de conformação que lhe é própria, e comprometido com a integral realização da Constituição, dispor sobre o assunto no momento mais oportuno. Fala-se, aqui, de *meios* para melhor definir os *limites* da investigação levada a termo pela autoridade ministerial, especialmente para ajustá-los aos demais valores, regras e princípios dotados de dignidade constitucional. Está-se, aqui, todavia no campo das medidas cuja ausência não importa, em absoluto, a supressão ou a paralisação da eficácia do conjugado normativo que, corretamente interpretado, confere ao *Parquet* atribuição de natureza investigatória.

Afinal, a apuração das infrações penais, antes de constituir atribuição deste ou daquele órgão público, reveste-se da característica inafastável de matéria de interesse coletivo que deve ser eficazmente concretizado. Isso reclama frentes de trabalho múltiplas e não a compressão, mediante este ou aquele artifício doutrinário, da importante atividade de combate à criminalidade. Tal entendimento guarda consonância com a diretiva constitucional da colaboração entre as entidades estatais, repise-se, razão a mais para não serem repelidas as diligências investigatórias do Ministério Público.

Sabe-se que a investigação criminal preliminar deve servir como um “filtro processual” através do qual somente passarão para o plano jurídico-processual as condutas revestidas de evidente tipicidade. A eficácia desse filtro é garantia para os cidadãos, que não terão contra si promovidas ações descabidas, e também para o sistema judicial, que não desperdiçará recursos e esforço em processos natimortos. O bom funcionamento deste sistema requer amplo conhecimento, por parte dos encarregados da atividade investigatória, do ordenamento jurídico, especialmente dos princípios constitucionais, e sensibilidade quanto ao problema do abarrotamento dos órgãos judiciais. Este é mais um motivo para se creditar ao Ministério Público a realização direta e pontual de diligências investigatórias.

7. Conclusão

Confiar, em função de uma operação hermenêutica singela, o *monopólio* da investigação criminal preliminar a um único órgão, no caso a polícia judiciária, equivale a colocar uma pá de cal nos avanços que a cooperação e, em determinadas circunstâncias, o compartilhamento de tarefas tem possibilitado. O país tem avançado, ninguém pode negar. A instituição ministerial tem acertado

mais do que errado. As eventuais falhas podem ser corrigidas pela ação concertada dos membros do Ministério Público, ou em virtude da manifestação do legislador. O modelo, todavia, haverá de ser preservado.

A Constituição de 1988 desenha o novo Estado brasileiro a partir de um nítido perfil democrático, desafiando, para o que aqui interessa, a correta compreensão das competências conferidas aos órgãos encarregados de sua defesa. Neste caso, o modelo adotado não é mais o das atividades radicalmente apartadas, mas, antes, o da cooperação, o das interferências, o da interpenetração e, mesmo, em determinados casos, o do compartilhamento. Da leitura pertinente da Constituição vigente, operacionalizada por uma *teoria constitucionalmente adequada* ao nosso espaço-tempo, infere-se, inegavelmente, a possibilidade, em hipóteses justificadas, pontuais, e transparentes à luz da *razão pública*, das investigações de natureza criminal, conduzidas pelo Ministério Público. Afinal, o inquérito policial, este sim instrumento exclusivo da autoridade policial, não consome todas as hipóteses de investigação. Trata-se, com efeito, de apenas uma delas, sendo certo que as investigações, mesmo com repercussão criminal, podem ser desenvolvidas das mais variadas formas no contexto da normativa constitucional vigente. O direito compreendido como *integridade* haverá de reconhecer o fato e dele extrair a inevitável conseqüência: - sim, o Ministério Público, autorizado pela Constituição Federal, pode, quando haja fundamento para tanto, conduzir investigações criminais. A discussão que haverá de ser travada, portanto, não envolve a *possibilidade,* mas, sim, os *limites* da atividade.

Referência Bibliográfica deste Trabalho (ABNT: NBR-6023/2000):

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Investigação Criminal e Ministério Público. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 1, janeiro, 2004. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

Obs. Substituir x por dados da data de acesso ao site **direitodoestado.com.br**

Publicação Impressa:

Informação não disponível.