



Universidade de Brasília
Faculdade de Direito
Coordenação de Graduação

Vinicius Luiz Monção Cunha 06/39826

Investigação criminal direta pelo Ministério Público – um estudo da jurisprudência do
Supremo Tribunal Federal à luz do conceito de integridade de Dworkin

Brasília – DF
2013



Vinicius Luiz Monção Cunha 06/39826

Investigação criminal direta pelo Ministério Público – um estudo da jurisprudência do
Supremo Tribunal Federal à luz do conceito de integridade de Dworkin

Monografia Final de conclusão do
curso de graduação apresentada
como requisito parcial à obtenção
do título de bacharel em Direito,
desenvolvida sob a orientação do
professor Raphael Peixoto.

Brasília/DF – 2013
Vinicius Luiz Monção Cunha 06/39826

Investigação criminal direta pelo Ministério Público – um estudo da jurisprudência do
Supremo Tribunal Federal à luz do conceito de integridade de Dworkin

Monografia Final de conclusão do
curso de graduação apresentada
como requisito parcial à
obtenção do título de bacharel em
Direito e aprovada pela seguinte
banca examinadora:

Professor Doutorando Raphael Peixoto
Orientador

Professor Doutor Cristiano Paixão
Membro

Mamede Doutor Said Maia Filho
Membro

Brasília – DF
2013

Agradecimentos

Aos meus queridos pais, Vanise Maria de Monção Ribeiro e Wilson Luiz da Cunha, que sempre me apoiaram incondicionalmente, desde minha tenra mocidade, no escopo de galgar este meu sonho, no que, também, devo-os eterna estima e reconhecimento.

A minha querida esposa, Emanuela de Carvalho Monção, que ao meu lado, me motiva e me motivou todos os dias a perseverar e a continuar lutando, fazendo o possível para manter a minha crença neste sonho.

Ao professor Cristiano Paixão, que mesmo em uma hora difícil de sua vida teceu esforços para tornar possível este dia e sem o qual, decerto, eu não teria conhecido o professor Raphael Peixoto, ao qual devo igual estima e reconhecimento, precipuamente, por ter aceitado este desafio de me orientar, mesmo sem tempo hábil e por, dia-a-dia, me aconselhar, dispondo-se incondicionalmente. Neste sentido, também agradeço ao professor Mamede Said Maia Filho, que de forma solícita e solidária, aceitou este desafio.

Agradeço também a todos que de alguma forma fazem parte deste dia, no que não posso deixar de reconhecer os diálogos com meu amigo Tiago de Carvalho Rezende Rodrigues e com o professor Argemiro Cardoso Moreira Martins, que me fizeram optar pela escolha da presente temática, reconhecendo eu, ao final, o presente trabalho como a miscelânea de todas estas vivências sem as quais eu não poderia estar aqui, ou sonhar da forma como o fiz e faço.

"O que não provoca a minha morte faz com que eu fique mais forte".

(FRIEDRICH NIETZSCHE)

Resumo

O presente trabalho busca analisar a temática relativa ao poder de investigação do Ministério Público sob o prisma de direito como integridade proposto por Ronald Dworkin.

Neste sentido, buscar-se-á expor os julgados do Supremo Federal Tribunal como se um “romance em cadeia” fossem, demonstrando, ora a descontinuidade com o propósito de se construir uma história coerente, ora a sua continuidade.

O objetivo, portanto, é demonstrar a contribuição que a proposta de integridade pode dar ao julgador, notadamente, no que concerne à busca de se imprimir ao caso concreto uma resposta que possibilite tanto a continuidade da perspectiva jurisdicional ali trabalhada, quanto a garantia de que os argumentos ali perpetrados reflitam os princípios do corpo normativo moralmente justificado pela sociedade; fornecendo-o subsídios para se construir uma melhor interpretação.

De forma complementar, também se questionará a coerência dos julgados no sentido de estarem fundamentadamente articulados com os princípios que norteiam a temática do poder de investigação do Ministério Público.

Busca-se, portanto, superar o embate doutrinário limitado à exposição das correntes favoráveis ou contrárias, tratando a matéria como verdadeiro romance em cadeia em meio ao qual cada decisão se revelaria única e irrepetível, compondo uma história, uma narrativa interligada e imbricada, onde cada argumento terá o seu papel para a compreensão do que se poderia se vislumbrar como um todo, dando-se ênfase aos principais discursos que fundamentam os entendimentos dos vários Ministros que compuseram o plenário da Suprema Corte, desde o primeiro julgamento que se tem evidência.

PALAVRAS-CHAVE:A ideia de Direito como integridade e romance em cadeia “*chain novel*” de Dworkin; Investigação Criminal Direta do Ministério Público; Teoria dos Poderes Implícitos; Caso McCULLOCHvs Maryland.

Sumário

Introdução.....	8
1. O conceito de integridade de Dworkin e a ideia de romance em cadeia “chain novel”	13
2. O poder de investigação do Ministério Público em meio aos julgados do Supremo Federal Tribunal – uma análise da integridade de alguns dos principais julgados sobre a temática.....	18
2.1. A origem do debate – a exposição de alguns julgados acerca do Poder de Investigação do Ministério Público anteriores à Constituição de 1988.....	20
2.2. A jurisprudência do Supremo Federal Tribunal Federal sobre a investigação criminal direta pelo Ministério Público após a Constituição de 1988.....	30
2.2.1. O RE nº 535.478 e a argumentação fundada na Teoria dos Poderes Implícitos.....	49
2.2.2. Alguns dos recentes capítulos da “chain novel” – novas tendências argumentativas e novos enfoques jurídicos.....	61
3. Conclusão.....	69
Referências.....	76

Introdução

Pouco tempo após arejeição massiva na Câmara dos Deputados da Proposta de Emenda Constitucional nº 37 – PEC 37, computando-se 430 votos desfavoráveis, 9 favoráveis e 2 abstenções¹, a discussão relativa à investigação criminal direta pelo Ministério Público permanece em voga, haja vista o ainda desconhecido, malgrado previsível, desfecho no âmbito do Judiciário.

E, embora tudo caminhe para que se reconheça a constitucionalidade da atuação do *Parquet* em sede de investigação criminal preliminar, no que se verifica o atendimento dos anseios sociais, mesmo que, por vezes, não por argumentos propriamente de princípios, fato é que muito se caminhou para que se chegasse ao estágio atual de entendimento.

Neste sentido, busca o presente trabalho examinar os julgados relativos ao poder de investigação criminal do Ministério Público, como se um “romance em cadeia”² o fossem, no qual os magistrados, no caso, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, atuassem como uma espécie de críticos literários, que ao interpretarem cada caso em concreto reescrevem um pouco da história que ali vinha sendo contada, no sentido de considerar o que já fora escrito em meio a esta narrativa e propiciá-los a melhor interpretação possível³, evidenciando-se a importância da

¹ Votação ocorrida em 25/06/2013. Informação obtida na consulta do andamento da Proposta de Emenda à Constituição nº 37 do deputado Lourival Mendes - PTdoB/MA, de 08/06/2011, no site da Câmara dos Deputados: “ nº <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=507965>”. Acessado em 20/06/2013.

² DWORKIN, Ronald. O império do Direito. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 7ª Edição. 2007. p. 275.

³ Ou a única resposta correta no sentido defendido por Menelick: “pois requerem a intermediação da sensibilidade do intérprete capaz de reconstruir não o sentido de um texto normativo tido como *a priori* aplicável, mas aquela específica situação individual e concreta de aplicação, em sua unicidade e irrepitibilidade, do ponto de vista de todos os envolvidos, levando a sério as pretensões a direitos, as pretensões normativas, levantadas por cada um deles, para garantir a integridade do direito, ou seja, que se assegure na decisão, a um só tempo, a aplicação de uma norma previamente aprovada (*fairness*— aqui empregada no sentido de respeito às regras do jogo, algo próximo do que Kelsen denominava certeza do direito) e a justiça no caso concreto, cada caso é único e irrepitível. É nesse contexto que Dworkin levanta a tese da única resposta correta.” CARVALHO NETTO, Menelick de. **“Uma reflexão acerca dos Direitos Fundamentais do portador de sofrimento ou transtorno mental em conflito com a lei como expressão da dinâmica complexa dos princípios em uma comunidade constitucional – os influxos e as repercussões constitucionais da Lei nº 10.216, de**

percepção temporal de continuidade desta dinâmica para a história institucional do Supremo Tribunal Federal.

Neste sentido, a proposta de se utilizar a metáfora do “romance em cadeia” para o estudo dos casos relativos ao poder de investigação em meio aos julgados do Supremo Tribunal Federal busca impor uma ótica de interpretação da matéria que se pautar pelo modelo de direito como integridade de Dworkin, o qual será cabalmente trabalhado no primeiro capítulo desta pesquisa.

A hipótese que aqui emerge é a de que o estudo da história dos julgamentos dos casos envolvendo o poder de investigação do *Parquet*, como um romance em série no qual cada juiz atuasse como autor e crítico⁴, poderia ajudar o julgador a buscar uma melhor interpretação para os casos concretos apreciados, de uma forma a tanto resgatar a história institucional do órgão acerca da generalidade dos julgados sobre a matéria afeta ao poder de Investigação do Ministério Público, quanto propiciar uma resposta coerente ante a incidência dos princípios que norteiam determinado contexto fático, tendo por consequência, portanto, uma decisão única e irrepetível⁵.

Antes de se prosseguir com a exposição e análise de tais julgados, cumpre tecer um breve contorno dado à matéria de investigação criminal preliminar pelo Ministério Público pela doutrina pátria, a qual também exerce e exerceu importante papel na escrita desta história.

6 de abril e 2001.” Revista Virtual de Filosofia Jurídica e Teoria Constitucional. Número 01, Março/Abril/Maio de 2007. Salvador/BA. Brasil. p. 11. Consultado em: “<http://br.vlex.com/vid/sofrimento-transtorno-express-influxos-58932940>”. Acessado em: 08/07/2013.

⁴ DWORKIN, Ronald. O império do Direito. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 7ª Edição. 2007. p. 275.

⁵ Neste sentido assevera Vera Karam e Joanna Maria de Araujo: “Tanto Dworkin quanto Gunther referem-se à coerência como um atributo essencial da fundamentação da decisão judicial. Dworkin, desde o *Taking Rights Seriously* até seu mais recente livro *Justice for Hedgehogs*, defende a ideia de que as decisões judiciais devam ser coerentes ao articularem determinada pretensão de direito com princípios e, assim, reconstruírem o direito em cada caso, à sua melhor luz. Neste sentido é que decisões únicas e irrepetíveis (ao que poderíamos dizer, interna e externamente articuladas) compõem uma história, uma narrativa, como elos em uma corrente: *the chain of law*.” CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. “**COERÊNCIA, INTEGRIDADE E DECISÕES JUDICIAIS**” NOMOS Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito – UFC. Volume 32.1 – jan/jul – 2012/1. Fortaleza/CE. Brasil. p. 179. Consultado em: “http://www.academia.edu/2029099/Coerencia_integridade_e_decisoes_judiciais” Acessado em: 08/07/2013.

Nesta esteira, podemos nos valer do voto do Ministro Gilmar Mendes em sede do julgamento do *Habeas corpus* 84.548/SP⁶, em meio ao qual as posições doutrinárias relativas à temática são expostas de forma concisa, iniciando-se esta breve contextualização pelos argumentos doutrinários desfavoráveis ao poder de investigação criminal do *Parquet*:

“A questão ora submetida a julgamento – poder de investigação do Ministério Público - não é nova, é polêmica, apresenta posições bem delineadas e em sentidos diametralmente opostos. Uma primeira corrente, contrariamente à possibilidade de o Ministério Público promover procedimentos administrativos investigatórios, aduz, em síntese, que:

- a) a atividade investigatória, consoante o artigo 144, § 1º, IV, e § 4º, da Constituição de 1988, é exclusiva da polícia judiciária.
- b) a investigação procedida pelo *Parquet* viola o sistema acusatório, porquanto promove um desequilíbrio entre acusação e defesa.
- c) o *Parquet* tem o poder de requisitar diligências ou a instauração de inquéritos policiais, mas jamais de presidi-los, nos termos do art. 129, III, da CF.
- d) a inexistência de previsão legal de instrumento hábil a permitir e demarcar os limites das investigações.”⁷

Continuando com o voto do Ministro, em sentido contrário, ter-se-ia:

“Em sentido contrário, negando as premissas anteriores, o entendimento favorável ao poder de investigação do Ministério Público:

- a) a atividade investigatória não é exclusiva da polícia judiciária, pois o próprio Código de Processo Penal prevê, em seu art. 4º, parágrafo único, que a competência da polícia judiciária não excluirá a de autoridades administrativas a quem por lei seja cometida a mesma função.
- b) não há de se falar em violação ao sistema acusatório, na medida em que os elementos de informações colhidos pelo Ministério Público deverão ser submetidos ao crivo do contraditório e da ampla defesa perante a autoridade judiciária.
- c) teoria dos poderes implícitos.
- d) a Resolução 13 do CNMP delimita o procedimento investigatório promovido pelo *Parquet*.”⁸

Por oportuno, é importante destacar que as hipóteses levantadas se constituem um breve resumo dos argumentos, existindo ainda outros vários, de maior ou menor razoabilidade⁹.

⁶ Pendente de julgamento e interrompido pelo pedido de vista do Ministro Ricardo Lewandowski. Consultado em: “<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2229923>”

⁷ Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 84.548/SP, Voto Ministro Gilmar Mendes, Plenário, Rel. Ministro Marco Aurélio. Disponível em: “http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiantificiastf/anexo/votoMinistro_gilmar_mendes.pdf”. Acessado em 25/06/2013.

⁸ *Ibidem*.

E a despeito da coerência ou não de tais argumentos, fato é que esta gama teórica, não poucas vezes, será utilizada sem a devida contextualização fática e temporal, consoante tentaremos demonstrar, em perceptível desrespeito à construção interpretativa que poderia ser propiciada pela análise abrangente da história institucional permeada pelos julgados do órgão.

Cessada esta breve exposição das teses doutrinárias acerca do poder de investigação criminal do Ministério Público, podemos, doravante, nos dedicar ao verdadeiro objeto da presente pesquisa, uma vez que o escopo aqui pleiteado pretende ir um pouco além da mera elucidação das correntes doutrinárias favoráveis ou contrárias.

Revela-se, portanto, o objeto do presente trabalho, na medida em que a construção interpretativa engendrada pelo Supremo Federal Tribunal, ao longo de seus julgados acerca do poder de investigação do Órgão Ministerial, pode demonstrar maior riqueza do que a mera exposição maniqueísta dos argumentos mais utilizados comumente.

E é neste íterim que se erguem estes breves escritos, com o escopo de se tecer a análise dos julgados afetos ao poder de investigação do Ministério Público, como se estes fossem componente de um todo, o qual deve ser minimamente considerado na interpretação do julgador de forma a propiciar uma visão crítica da integridade da história institucional de seu órgão, bem como uma melhor resposta às pretensões de direito que lhe são expostas.

Neste sentido, será possível observar o enfoque dado à dimensão diacrônica¹⁰ do direito como integridade, não que ela se seja dissociada da ideia de

⁹ Cf. STRECK, Lenio Luiz Streck; FELDENS, Luciano. “Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público, Forense”, Rio de Janeiro, 2003, p. 106-116. e ACCIOLY SILVA, Leonardo da Silva. Proposição n. 49.0000.2013.001996-0/COP. Disponível em: <http://www.oab.org.br/arquivos/4900002013001996-0cop-1248529557.pdf>. Consultado em 27/06/2013.

¹⁰ Segundo Menelick: “A integridade do Direito significa, a um só tempo, a densificação vivencial do ideal da comunidade de princípio, ou seja, uma comunidade em que seus membros se reconhecem reciprocamente como livres e iguais e como co-autores das leis que fizeram para reger efetivamente a sua vida cotidiana em comum, bem como, em uma dimensão diacrônica, a leitura à melhor luz da sua história institucional como um processo de aprendizado em que cada geração busca, da melhor forma que pode, vivenciar esse ideal. Desse segundo sentido decorre a metáfora do romance em cadeia.” *Ibidem*. p. 11. Consultado em: <http://br.vlex.com/vid/sofrimento-transtorno-express-influxos-58932940>. Acessado em: 08/07/2013.

integridade como um todo, mas é que, conforme veremos na análise dos julgados, a negligência dada à releitura da história institucional sobre a matéria afeta ao poder de investigação do Ministério Público por alguns magistrados se fez perceptível, causando perplexidades que poderiam ter sido evitadas.

De maneira suplementar, será em cada julgado, quanto oportuno, explorada a coerência¹¹ dos argumentos utilizados para se defender a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do poder de investigação do Ministério Público, no que será dado enfoque especial à Teoria dos Poderes implícitos.

Pretende-se, portanto, demonstrar que o parâmetro de análise nos moldes de uma “*chain novel*”, poderia oferecer à interpretação dos casos relativos ao poder de investigação do Ministério Público referenciais mais adequados aos magistrados de uma forma que se construísse em meio a sua história institucional uma narrativa como se de um só autor fosse e não, conforme se observará na grande maioria dos casos, como um produto de muitas mãos diferentes¹².

Cabe ressaltar, conforme Dworkin bem acentuou, que este esforço em se escrever uma narrativa como um romance em cadeia não busca garantir inequivocamente a produção de uma história da melhor qualidade possível, ou a melhor delas, mas sim garantir que os magistrados que interpretem determinado contexto fático tenham algum domínio sobre a sua atividade, de forma a compreender o seu papel na história institucional que ali vem sendo escrita.

Neste sentido, bem salienta Dworkin:

“Essa pode ser uma tarefa impossível; talvez o projeto esteja condenado a produzir não apenas um romance incrivelmente ruim, mas na verdade a não produzir romance algum, pois a melhor teoria da arte exige um único criador ou, em caso de mais de um, que cada qual exerça algum controle sobre o todo. (quer dizer, porém, de lendas e piadas? E sobre o Antigo Testamento ou, segundo certas teorias, a *Ilíada*?) Não preciso levar a questão muito adiante, pois só estou interessado no fato de que a tarefa tem sentido, que cada um dos romancistas da cadeia pode ter algum domínio daqui que lhe pediram para fazer, sejam quais foram as suas dúvidas sobre o valor ou a natureza do que será então produzido.”¹³

¹¹ Coerência no sentido de se articular da melhor forma possível determinada pretensão de direito com os princípios que a regem, consoante já fora explicitado.

¹² DWORKIN, Ronald. *O império do Direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 7ª Edição. 2007. p. 276.

¹³ *Ibidem*.

1 –O conceito de integridade de Dworkin e a ideia de romance em cadeia “*chain novel*”

Antes de se adentrar na exposição dos julgados do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria atinente ao poder de investigação do Ministério Público, o qual, na própria terminologia de Dworkin revela-se como notório “caso difícil”¹⁴ a ser utilizado como pano de fundo do presente trabalho; cumpre expormos de uma forma breve o conceito de integridade aqui considerado.

Neste sentido, preleciona a ótica de integridade uma proposta de superação ao defendido pelas teorias realista e positivista, na qual se buscaria uma espécie de terceira via de interpretação *sui generis*:

Habermas identifica a teoria jurídica de Ronald Dworkin como uma tentativa de superar os desafios e as perspectivas colocadas pelas teorias *hermenêuticas, realistas e positivista*. Dworkin se propõe a lidar com o direito de uma perspectiva deontológica – a pressupor a possibilidade e a necessidade da fundamentação racional das decisões em termos de *correção normativa* –, atribuindo ao ordenamento jurídico a dupla tarefa de garantir simultaneamente os requisitos de **segurança jurídica** (*fairness due process*– respeito aos procedimentos e às regras pré-estabelecidas) e de **justiça** (correção normativa substantiva, tendo-se em vista o *conteúdo moral* dos direitos fundamentais democraticamente positivados)¹⁵

É, pois, uma proposta desmistificadorado paradigma positivista que permeia e permeou a atividade interpretativa dos magistrados contemporâneos, impondo-os uma preocupação deontológica, em meio a qual este ator, o juiz, e os demais membros da coletividade se vejam reciprocamente dignos de igual respeito e consideração.

¹⁴ Aqui no sentido de: “Casos difíceis ou controversos seriam aqueles “casos em que nenhuma regra explícita no livro de regras decide com firmeza a favor de qualquer uma das partes”. CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. **“Coerência, Integridade e Decisões Judiciais”** NOMOS Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito – UFC. Volume 32.1 – jan/jul – 2012/1. Fortaleza/CE. Brasil. p. 179. Consultado em: http://www.academia.edu/2029099/Coerencia_integridade_e_decisoes_judiciais Acessado em: 06/07/2013. p. 187.

¹⁵ SCOTTI, Guilherme **“Uma concepção pós iluminista de razão na reflexão contemporânea sobre o direito moderno”**. Artigo publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI Tema: “XX anos da Constituição da República do Brasil: reconstrução, perspectiva e desafios” 20, 21 e 22 de novembro de 2008 - Brasília – DF. p. 5792. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/guilherme_scotti.pdf.

“uma tentativa de evitar as falhas das propostas de solução realistas, positivistas e hermenêuticas, bem como de esclarecer, através da adoção de direitos concebidos deontologicamente, como a prática de decisão judicial pode satisfazer simultaneamente às exigências da segurança do direito e da aceitabilidade racional. **Contra o realismo, Dworkin sustenta a possibilidade e a necessidade de decisões consistentes ligadas a regras, as quais garantem uma medida suficiente de garantia do direito. Contra o positivismo, ele afirma a possibilidade e a necessidade de decisões ‘corretas’, cujo conteúdo é legitimado à luz de princípios (e não apenas formalmente através de procedimentos).** No entanto, a referência hermenêutica a uma pré-compreensão determinada por princípios não deve entregar o juiz à história de tradições autoritárias com conteúdo normativo; ao contrário, **esse recurso obriga-o a uma apropriação crítica de uma história institucional do direito, na qual a razão prática deixou seus vestígios;**Dworkin tem em mente os direitos que gozam de validade positiva e merecem reconhecimento sob o ponto de vistas da justiça.”¹⁶

Neste sentido, é uma via que tanto considera o papel da contínua contextualização histórica permeada pelos julgados anteriores ao tempo presente, respeitando-se, portanto, o conjunto dos precedentes, quanto reconhece a necessidade de se dar uma resposta condizente com o referencial normativo, social e principiológico que ali está em jogo, considerando, ainda o que será construído dali em diante.

Noutros termos, é uma visão em meio ao presente que considera tanto passado como futuro para se construir a interpretação que mais coerente se irrompa à luz dos princípios que se irradiam sobre as pretensões de direito trazidas pelos atores sociais que compõe determinado contexto fático específico e irrepetível.

“O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado, na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. **Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (às vezes incluindo, como veremos, o que disseram) em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado.** O direito como integridade deplora o mecanismo do antigo ponto de vista que “lei é lei”, bem como o cinismo do novo “realismo”.

¹⁶HABERMAS, Jürgen, *apud* VASCONCELOS, Eneas Romero. “Direito e Democracia: entre facticidade e validade”, Volume 1, p. 52, em: “A teoria dos princípios de Dworkin: o direito como integridade” Consultado em: “<http://eneasromero.blogspot.com.br/2009/07/teoria-dos-principios-de-dworkin.html>”. (grifamos)

Considera esses dois pontos de vista como enraizados na mesma falsa dicotomia entre encontrar e inventar a lei.”¹⁷

Percebe-se que tal proposta recusa o olhar mecânico do julgador antea lei propagado pelo parâmetro positivista, bem como a relatividade da ótica realista que permite uma discricionariedade irresponsável ao juiz; impondo-o uma compreensão do caráter temporal da atividade de interpretação, de forma a impeli-lo tarefa hercúlea de olhar para o passado, o presente e o futuro.

“A integridade não é nem um olhar para trás do convencionalismo; nem um olhar instrumental para o futuro, do pragmatismo, mas combina ambos os elementos. É o desdobramento de uma narrativa política. **O convencionalismo não permite ao juiz interpretar a lei como um todo; ele tem que repetir os casos passados. Pragmatismo trata a lei instrumentalmente, em direção ao futuro.** A consistência principiológica não ignora o passado, a história, embora exija uma consistência nos princípios mais horizontal do que vertical. **A integridade se encontra no entrecruzamento do vetor história que realiza uma coerência situada no tempo, e do vetor da justiça que demanda uma validade horizontal do ordenamento jurídico.**”¹⁸

Neste sentido, embora reconheça a sua maior complexidade, Dworkin compara a atividade jurisdicional à literatura, sendo o juiz um romancista que se propõe a continuar uma obra que fora escrita, interrompida e que será reescrita no futuro, na qual imprescindível se faz a preocupação contemporânea de se “redigir” da melhor forma possível para o leitor, a sociedade, respeitando-se, aí, a “coerência” da narrativa.

“Para compreender a sua teoria do direito como integridade, Dworkin faz uma analogia com o processo de criação literária. Para ele o direito como integridade pode ser exemplificado por um romance em cadeia, no qual vários autores escrevem uma obra em conjunto. O romance deve ficar o mais coerente possível e os autores devem pensar em qual interpretação daria maior significado tanto ao que já foi escrito por aqueles que lhes antecederam, quanto ao que será escrito pelos futuros romancistas. Portanto, ao continuar a “obra” do autor anterior, o autor atual deverá analisar toda a história do romance e escrever de maneira a possibilitar que as aspirações da obra possam ser melhor escritas no futuro. Com isso Dworkin mostra que não se pode escrever um romance sem esquecer do caminho trilhado no passado,

¹⁷DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. P. 274. (grifamos).

¹⁸DUTRA, Delamar José Volpato. “**Justiça como integridade: Dworkin e o princípio da coerência na aplicação do direito**”. *Phrónesis*, Campinas, v. 8, nº 2, p. 11-32, jul/dez. 2006. p.11. (grifamos)

mas se não se perceber os seus objetivos futuros ele poderá tomar outros rumos não desejados.”¹⁹

Neste ínterim, possui a coerência importante papel norteador para as decisões dos juízes as quais deve observar os ideários de justiça, equidade e devido processo legal.

“O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal, e pedelhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e eqüitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de decisão judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios”²⁰

É neste contexto que se erige a presente proposta de pesquisa, na medida em que os julgados relativos ao poder de investigação do Ministério Público se consubstanciam razoável referencial para tecermos uma análise dos principais argumentos neles contidos à luz do conceito de integridade de Dworkin, tratando-os como se fossem um “romance em cadeia”.

Pautando-nos pela ideia trazida pela metáfora do juiz Hércules²¹ buscaremos explicitar alguns dos principais julgados relativos ao poder de investigação do Ministério Público, dando enfoque ao que Dworkin chama de dimensão de adequação, de sorte a se engendrar uma visão da integralidade da temática.

“Deve adotar um ponto de vista sobre o romance que se vai formando aos poucos, alguma teoria que lhe permita trabalhar elementos como personagens, trama, gênero, tema e objetivo, para decidir o que considerar como continuidade e não como um novo começo. Se for um bom crítico, seu modo de lidar com essas questões será complicado e multifacetado, pois o valor de um bom romance não pode ser apreendido a parti de uma única perspectiva.

¹⁹CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. **“Coerência, Integridade e Decisões Judiciais”**, NOMOS Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito – UFC. Volume 32.1 – jan/jul – 2012/1. Fortaleza/CE. Brasil. p. 179. Consultado em: http://www.academia.edu/2029099/Coerencia_integridade_e_decisoes_judiciais. Acessado em: 08/07/2013. p. 18.

²⁰DWORKIN, Ronald. **“O império do Direito”**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 291. (grifamos).

²¹Segundo Dworkin, seria um juiz com atributos de cognição excepcionais, que fosse capaz de integrar a percepção da história institucional do direito ali analisado no caso concreto no seu passado, presente e futuro, de forma a dar a melhor resposta aos pretensões de direito que lhe fossem expostas, à luz também da melhor coerência principiológica. Trata-se de uma ideia regulativa, uma metáfora, para melhor explicar algumas nuances da sua teoria, não objetivando Dwrokin, por óbvio, que algum juiz tivesse tais aptidões. *Ibidem*.

Vai tentar encontra níveis e correntes de sentido, em vês de um único e exaustivo tema, Contudo, segundo a maneira que agora nos é peculiar, podemos dar uma estrutura a qualquer interpretação que ele venha a adotar, distinguindo duas dimensões a partir das quais será necessário submetê-la à prova. **A primeira é a que até aqui chamamos de dimensão de adequação. Ele não pode adotar nenhuma interpretação, por mais complexa que seja, se acredita que nenhum autor se põe a escrever um romance com as diferentes leituras de personagem, trama, tema e objetivo que essa interpretação descreve, poderia ter escrito, de maneira substancial, o texto que lhe foi entregue. Isso não significa que sua interpretação deva se ajustar a cada seguimento do texto.** Este não será desqualificado simplesmente porque ele afirma contra ambições literárias que são afirmada pela interpretação. Ainda assim, a interpretação que adotar deve fluir ao longo de todo o texto, uma trama secundária tratada como se tivesse grande importância dramática, ou uma metáfora dominante ou recorrente. Se não se encontrar nenhum interpretação que não possua tais falhas, o romancista em cadeia não será capaz de cumprir plenamente sua tarefa; terá de encontrar uma interpretação que apreenda a maior parte do texto, admitindo que este não é plenamente bem sucedido.”²²

²²DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 277.P. 277 (grifamos).

2. O poder de investigação do Ministério Público em meio aos julgados do Supremo Federal Tribunal – uma análise da integridade de alguns dos principais julgados sobre a temática.

Prima facie, cabe destacar que, a fim de dar um tratamento delimitado à matéria, a presente pesquisa se irradiará em meio aos julgados do Supremo Tribunal Federal, porquanto, conforme já asseverado, faz-se este o substrato referencial ideal para o desenvolvimento das ideias que nos propomos, malgrado se reconheça de plano a importância dos julgados exarados em meio a outros órgãos do Judiciário, notadamente, o Superior Tribunal de Justiça – STJ.

Neste sentido, ater-se-á a presente pesquisa, em sua maior parte, à análise dos julgados exarados ante a atual Magna Carta de 05 de outubro de 1988, dedicando-se apenas um pequeno espaço à análise dos anteriores a este marco histórico.

É que a exegese da celeuma acerca da constitucionalidade da investigação criminal direta intentada pelo *Parquet* é produto mediado pelo *status* dado ao Órgão Ministerial pela atual Magna Carta, na medida em que a sua atuação se viu potencializada à luz das novas disposições constitucionais, precipuamente no que concerne à defesa do regime democrático e dos interesses individuais indisponíveis.

Nesta esteira, somente para efeito de contextualização merece transcrição o art. 127 da Constituição de 1988:

“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.”

Da leitura do dispositivo em tela, já se pode denotar a nova roupagem conferida ao Órgão Ministerial, dando outro aspecto ao seu papel institucional, o que sempre deve ser considerado ao se interpretar os casos envolvendo a adoção por sua parte de diligências investigatórias.

Neste sentido, assevera Moraes:

“(...) a Constituição de 1988 ampliou sobremaneira as funções do Ministério Público, transformando-o em um verdadeiro defensor da sociedade, tanto no campo penal com a titularidade exclusiva da ação penal quanto no campo cível como fiscal dos demais Poderes Públicos e defensor da legalidade e moralidade administrativa, inclusive com a titularidade do inquérito civil e da ação civil pública”²³

Após pontuar brevemente este novo contexto em meio ao qual a atividade de investigação criminal preliminar deve se irromper, o qual, malgrado não seja o nosso objetivo explorá-lo, vai muito além do pontuado, cumpre-nos analisar alguns julgados anteriores a Constituição de 1988. Analise esta que merece o devido cuidado e feitura de algumas ponderações.

É que de nenhuma forma se buscará aqui considerá-los, senão, no contexto que o paradigma constitucional autoritário que os delineiam nos permite, à luz do novo paradigma constitucional que vivenciamos. Noutros termos, iremos considerá-los somente como referencial às raízes do romance em cadeia compreendido pela temática relativa ao poder de investigação do Ministério Público, de forma a expor a maneira como os argumentos jurídicos ali foram perpetrados, sem, contudo, nos valeremos deles para de uma maneira descontextualizada e incoerente trabalhá-los, como que se coerente fossem ao se considerar o novo paradigma democrático relativos aos julgados posteriores a 1988.

Noutro turno, o estudo dos julgados anteriores a 1988, também se faz indispensável para a interpretação da narrativa que compreende os casos posteriores, na medida em que estes já utilizaram aqueles de maneira descontextualizada, em perceptível afronta à dimensão do direito como integridade que nos propomos a explorar.

Ademais, é importante notar que a exposição de tais julgados pode ajudar um pouco a melhor compreendermos a história institucional do Ministério Público de forma que, mesmo em contexto autoritário, já se havia a percepção da importância institucional do Órgão Ministerial, notadamente, no que concerne à atividade jurisdicional e ao reconhecimento do seu *dominus litis*, o que já havia sido materializado pelo Art. 1º e os incisos I e II do Art. 3º da Lei Complementar nº 40/81.

²³ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 490.

“Art. 1º - O Ministério Público, instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, é responsável, perante o Judiciário, pela defesa da ordem jurídica e dos interesses indisponíveis da sociedade, pela fiel observância da Constituição e das leis, e será organizado, nos Estados, de acordo com as normas gerais desta Lei Complementar. (...) Art. 3º - São funções institucionais do Ministério Público:I - velar pela observância da Constituição e das leis, e promover-lhes a execução;II - promover a ação penal pública;”²⁴

Isto posto, justifica-se a importância de se considerar tais julgados, a medida que tal consideração tem o condão de resgatar parte da história institucional destes atores que compõe a narrativa afeta ao poder de investigação do Ministério Público, sob pena de se perder importante compreensão deste romance em cadeia, que possui raízes bem mais antigas que a Magna Carta hodierna.

2.1. A origem do debate – a exposição de alguns julgados acerca do Poder de Investigação do Ministério Público anteriores à Constituição de 1988.

Limitaremos, neste ponto, a evidenciar alguns julgados anteriores à Constituição de 1988, posto que, malgrado terem sido exarados em um contexto de autoritarismo²⁵, são imprescindíveis para a aplicação da noção de integridade promulgada por Dworkin.

E embora não trate, propriamente, do poder de investigação criminal do Ministério Público, cabe iniciarmos a exposição de tais julgados pelo Recurso em *Habeas corpus* nº 34.827/AL julgado em 31/01/1957, tendo em vista que o mesmo já fora utilizado como fundamento argumentativo para deslegitimar a atuação do *Parquet*²⁶, desconsiderando a notória diferença entre a investigação de uma “Comissão Judiciária” composta por juízes e membros do Ministério Público ante o paradigma da

²⁴BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: “http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm”.

²⁵ Excetuando o Habeas Corpus nº 34.827/AL, de 31/01/1957, o qual foi exarado sobre a vigência da Constituição de 1946.

²⁶ Conforme já asseverado, em sede de julgamento do Recurso em *Habeas Corpus* nº 81.326 pelo Ministro Nelson Jobim, de 06/05/2003.

constituição de 1946 da de um membro do Ministério Público ante ao paradigma constitucional de 1988.

Após deixarmos isto bem claro, podemos prosseguir com a breve exposição do julgado em questão, qual seja, o antigo Recurso em *Habeas corpus* nº 34.827/AL, julgado em 31/01/1957, pelo plenário do Supremo Tribunal Federal composto, à época, pelos Ministros, Rocha Lagoa Candido Motta, Barros Barreto Ary Franco, Luiz Gallotti, Ribeiro da Costa, Orozimbo Nonato, Lafayette de Andrada, Hahnemann Guimarães e, notadamente, Nélson Hungria, merecendo destaque o seu voto que tanto nos contextualiza ante ao julgado, quanto expõe a posição acolhida por unanimidade dos magistrados ali presentes:

“Tenho para mim, Senhor Presidente, que, embora permitida pelo Art. 73, VIII, da Constituição de Alagoas, a “Comissão Judiciária” a que se refere o recorrente, não é ela compatível com o Código de Processo Penal, pois este não autoriza, sob qualquer pretexto semelhante deslocação da competência, ou seja, a substituição da autoridade policial pela judiciária e membro do M.P. na investigação do crime e, a seguir, o afastamento do Juiz que seria competente por distribuição, para investir como juiz processante aquele mesmo que presidiria o inquérito policial. (...) Reconhecendo a nulidade *exradice* do processo instaurado contra o paciente, dou provimento ao recurso para conceder a ordem de “*habeas corpus*”, sem prejuízo de ulterior ação penal perante o Juiz competente.”²⁷

Resta nítido, portanto, o contexto em que se deu o julgamento do recurso supracitado. Contexto este visivelmente destoante com o que se pode compreender sobre a investigação criminal do Ministério Público atualmente, no que completamente desconexa a sua consideração perante os padrões atuais de investigação do *Parquet*, sob pena de se elidir a coerência mínima proposta pela percepção do direito como integridade que se pretende explorar ao longo da análise dos julgados.

Adiante, merece menção o Recurso em *Habeas corpus* nº 48.728/SP, julgado em 26/05/1971, exarado, portanto, à luz da Constituição de 1967, no qual se pode vislumbrar o posicionamento do plenário do Supremo, à época, composto pelos Ministros Eloy da Rocha Barros Monteiro, Antônio Neder, Thompson Flores, Amaral

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso de Habeas corpus nº 34.827**, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Nélson Hungria, Brasília, DF, 31 de janeiro de 1957. Disponível em: “<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=88653>”. Em: 21/06/2013.

Santos, Aliomar Baleeiro, Djaci Falcão, Luiz Gallotti, Adalício Nogueira, Oswaldo Trigueiro e Bilac Pinto.

Merece ressalva o fato de que, embora a questão de maior relevância na análise do RHC supracitado se volva à legalidade de determinada portaria (Portaria nº 1.320) editada pelo Procurador Geral de Justiça de São Paulo, a qual delegava competência para determinado Procurador de Justiça do Estado para supervisionar e orientar as tarefas pertinentes ao Ministério Público no episódio relativo ao caso do “Esquadrão da Morte”; a matéria acerca do poder de investigação do *Parquet* se fez presente nos argumentos, na medida em que houvera adoção de atividades investigatórias, no que merece alusão o voto do Ministro Amaral Santos:

“Permitir que o autor da investigação, isto é, o seu dirigente, orientador ou executor, ele próprio aprecie os seus resultados e lhe confira idoneidade bastante para com fundamento nela, propor ação penal, corresponde a entregar à mesma pessoa o poder de ajuizar dos seus próprios atos, o que repudia à consciência jurídica.

(...)

Em suma, no sistema brasileiro, em que o Ministério Público oferecerá a denúncia quando encontrar elementos suficientes para ela, podendo até mesmo recusar-se a denunciar por não encontrá-los, existe veemente incompatibilidade jurídica entre o autor da investigação e o órgão estatal titular do direito de ação penal. Para mim, que me devoto aos estudos de direito processual, que é o mais legítimo instrumento de defesa das liberdades humanas, esse é o ponto central do processo em julgamento: o órgão do Ministério Público, **que ofereceu a denúncia, estava juridicamente impedido de oferecê-la, porque se fundamentava na investigação da qual ele era o autor, isto é, seu supervisor, orientador, dirigente e executor.** Em poucas palavras, o autor da investigação estava ética e juridicamente impedido de colocar-se na situação de seu destinatário e, pois, de apreciá-la ele próprio e oferecer denúncia”²⁸

Em sentido contrário ao exarado pelo Ministro Amaral Santos, reconhecendo a legalidade da atuação do *Parquet*, acentuou o Ministro Luiz Gallotti, relator:

“Ora, aqui, não se trata de juiz e, portanto, não está em causa a independência do poder Judiciário, nem estão em causa princípios cardiais da nossa organização judiciária ou cânones constitucionais. O caso de Alagoas (*Habeas*

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso de Habeas corpus nº 48.728**, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Luiz Gallotti, Brasília, DF, 26 de maio de 1971. Disponível em: “[http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC &docID=93199](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=93199)”. Acessado em: 22/06/2013. **Grifamos.**

corpus 34.827, acórdão de 31/01/1957), de que foi relator o Ministro Nelson Hungria e de cujo julgamento participei, **era bem diverso do presente: tratava-se de substituição da autoridade policial por uma comissão judiciária, integrada, além do Ministério Público, por um juiz e este, afastado o juiz que seria competente por distribuição, foi investido como juiz processante, isto é, o juiz de processo era aquele mesmo que presidia o inquérito policial.** Por isso, concedemos o *habeas corpus*, sem prejuízo de ulterior ação penal perante o juiz competente. Não há identidade, portanto, sequer analogia, entre aquele caso e o presente.”²⁹

É importante notar o esforço buscado pelo Ministro em diferenciar o contexto do julgado em questão do HC 34.827/AL, no qual se questionou a legalidade das “Comissões Judiciárias”, adequando a análise para que se possibilitasse uma resposta no presente ao que já fora preliminarmente analisado no passado, mas em outro contexto, exercício de contextualização que se talvez tivesse sido feito pelo Ministro Nelson Jobim em sede de julgamento do RHC 81.326-DF³⁰ Ihe teria proporcionado melhor compreensão do contexto fático sobre o qual incidiu a sua interpretação.

Ainda no mesmo sentido, merece menção o voto do Ministro Djaci Falcão, em meio ao qual podemos apreciar interessante diálogo acerca da temática em voga:

“É bem verdade que o eminente Ministro Amaral Santos trouxe em seu voto, um novo fundamento ponderável, não resta dúvida, sobremodo do ponto de vista doutrinário, mas estamos aqui apreciando um recurso ordinário em *habeas corpus*. Poder-se-ia concedê-lo de ofício, se houvesse nulidade. Todavia, em que se pese a distinção feita por S.Ex^a. quanto ao órgão de investigação e o órgão de ação penal, não diviso, no direito positivo, uma norma da qual resulte essa nulidade.

O Sr^o MINISTRO AMARAL SANTOS – V.Ex^a, permite uma aparte? V.Ex^a. não admite as incompatibilidades ou os impedimentos implícitos? Se não admite, eu concordo com V. Ex^a.

O Sr^o MINISTRO DJACI FALCÃO – Para declaração de nulidade em matéria penal, não.

O Sr^o MINISTRO LUIZ GALLOTTI – Se o Procurador firmou sua convicção nas investigações, o impedimento ético estaria em sustentar ele, como parte acusadora, o oposto. Se sustentou, como parte acusadora, a mesma convicção que formara nas investigações, onde o **impedimento ético**?

O Sr^o MINISTRO AMARAL SANTOS – V.Ex^a está interpretando – peço licença – mal o meu pensamento. Eu não disse, nem de longe, que este promotor eticamente funcionou mal.

O Sr^o MINISTRO LUIZ GALLOTTI – V. Ex^a. Aludiu o impedimento ético.

²⁹ *Ibidem*. Grifamos.

³⁰ Será oportunamente analisado.

O Srº MINISTRO AMARAL SANTOS – Não. O que estou dizendo é que o impedimento **é de natureza ético-jurídica**. Não estou dizendo que ele eticamente procedeu mal. **A figura impedimento é de natureza ético-jurídica.**

O Srº MINISTRO LUIZ GALLOTTI – V. Exª **Mas essa figura não existe, quanto ao Ministério Público, no elenco das nulidades que a lei processual estabelece.**

O Srº MINISTRO AMARAL SANTOS – V. Exª.: A todo momento estamos nos dando por impedidos.

O Srº MINISTRO LUIZ GALLOTTI – Um advogado que investigue um assunto está impedido de propor a ação respectiva?

O Srº MINISTRO DJACI FALCÃO – Não obstante os ponderáveis argumentos de ordem doutrinária no eminente Ministro Amaral Santos, não vejo, na hipótese, configurado um caso de nulidade prevista em nosso direito processual penal. Tanto assim que o próprio impetrante não a argüiu, como nem sequer argüiu a existência de prejuízo decorrente dessa possível irregularidade. Em matéria de nulidade, a interpretação há de ser restritiva. Não podemos fugir aos limites da definição **que se contém na sistemática processual brasileira.**”³¹

A longa transcrição deste trecho do julgamento não é casual.

É que este breve diálogo revela um importante elemento da compreensão da integridade na atividade jurisprudencial, na medida em que vislumbramos o embate dos argumentos jurídicos ali sustentados, atuando os Ministros, no caso, como verdadeiros “romancistas” em busca da melhor forma de se interpretar a narrativa, o que se talvez fosse engendrado em julgados futuros³², possibilitaria maior liame argumentativo, de uma forma a aparentar ao leitor desta história a impressão de que ela teria sido feita por um só escritor, que compreendesse de uma forma coerente as nuances de contexto ali sopesado.

De forma complementar, consolidando o entendimento no sentido da inexistência de nulidade acerca da atuação do Órgão Ministerial em sede de investigação criminal preliminar, tem-se o voto do Ministro Eloy da Rocha:

“O Srº MINISTRO ELOY DA ROCHA: - Os fatos, diante dos autos, não correspondem ao que se supunha. O Procurador da Justiça não presidiu nem integrou o órgão que precedeu às investigações. A requisição, pelo Ministério Público de inquérito, ou de diligências, nos crimes de ação pública, contém-se nas suas atribuições normais art. 5º, II, 13 II e 16, do C. Proc. Pen. **A presença**

³¹ *Ibidem.* (Grifo nosso).

³² Veremos em sede da análise do julgamento do RHC 81.326-DF, o quanto que o entendimento relativo à inconstitucionalidade do poder de investigação do Ministério Público se deu por falta de afinamento de discurso, o que possibilitou a mudança de entendimento do Ministro Carlos Velloso no julgamento de caso posterior no qual a adoção de diligências investigatórias também fora questionado, qual seja, Recurso em *Habeas Corpus* nº 83.991-6/MG, que será trabalhado adiante.

e a intervenção de Procurador de Justiça, na sindicância, na forma que acabei de referir, não constituem causa da argüida nulidade da investigação. Ademais, instruíram a denúncia outros documentos e inquérito policial³³

Findando a análise do presente acórdão, denota-se que a interpretação favorável às diligências investigativas praticadas pelo Ministério Público se embasou no próprio corpo normativo daquele período, o qual não vislumbrava impedimento motivado, ou alguma regra clara, para se declarar a nulidade da atuação do *Parquet* em sede de procedimento administrativo de investigação criminal preliminar. Noutros termos, em que se pese, à época, não possuir o *Parquet* o *status* constitucional hodierno dado pelo Art. 127 da Magna Carta de 1988, não se vislumbrara, *in casu*, nenhum fundamento normativo para se anular a respectiva ação penal.

Ademais, observa-se que esta foi a inteligência da maioria do plenário, vencidos os Ministros Antônio Neder, Thompson Flores e Amaral Santos, neste ponto.

Prosseguindo com a narrativa deste “romance”, outro salutar julgado sobre a matéria que merece ser explanado, ainda à luz da Constituição de 1967, indubitavelmente, fora o Recurso em *Habeas corpus* nº 58.859-2/SC, julgado em 12/05/1981.

É que, malgrado não tratar o caso da adoção de investigação criminal direta pelo *Parquet*, mas sim da requisição de diligências, talvez, tenha sido este um dos primeiros a impor uma interpretação mais teleológica à atuação do Órgão Ministerial em sede de investigação preliminar, reconhecendo-se a requisição de diligências investigatórias como um efeito inerente a sua prerrogativa de *dominus litis*, a qual seria materializada, logo após, pela Lei Complementar nº 40 de 14/12/1981.

Contextualizando o julgado, trata-se, em suma, de recurso interposto por Delegado de Polícia Federal, lotado no Distrito Federal, que no afã de lograr provas contra suposto usuário de drogas submeteu o investigado a severa tortura. Tais fatos foram encaminhados a determinado Procurador da República, vendo por bem este inquirir o agente policial responsável pela entrega do investigado à delegacia, por meio de requisição ao respectivo juiz, o qual a deferiu de pronto. Daí, a impetração do

³³ *Ibidem*.

Habeas corpus e, por conseqüência da sua denegação, o presente Recurso em *Habeas corpus* em apreço.

Prosseguindo com a análise, cabe transcrever trecho da ementa do julgado:

“Não tem o indiciado, portanto, direito a opor-se à realização de um dos atos investigatórios que o integram – o reconhecimento -, sob a alegação de que por interferência do Ministério Público, não serão necessariamente realizados todos os demais atos desse procedimento administrativo.

- Pode, pois, o Ministério Público requisitar a instauração do inquérito policial, estabelecendo que se proceda a uma diligência preliminar, de cujo resultado, a seu critério – como titular que é da ação penal pública -, dependerá a realização, ou não dos demais atos que a lei determina em razão da eficiência da atividade investigatória, e não como procedimento obrigatório cuja relevância possa ser erigida pela defesa.”³⁴

De forma complementar à ementa, faz-se importante citar o voto do Ministro Relator Moreira Alves o qual fora acolhido de forma unânime pelos demais Ministros:

“A denúncia pode ser apresentada sem inquérito policial, o que está a demonstrar que ele não é elemento imprescindível à acusação, nem à defesa. Por isso mesmo, aliás, é que, quanto a esta, o inquérito não é acusatório, mas inquisitivo. Trata-se de procedimento informativo, realizado pela Polícia Judiciária, que é órgão auxiliar do Ministério Público, como órgão que é de preparação da ação penal, de que aquele é titular. (...)

Não há, portanto, nenhum impedimento legal, que implique coação ilícita contra alguém que é suspeito de crime, a não permitir que o Ministério Público requirite a instauração de inquérito policial, para que se proceda a uma diligência preliminar, que, a sua juízo, poderá ser bastante, em face dos demais elementos que possui, para a instauração da ação penal. **Essa atitude demonstra, até, por parte do promotor, a consciência da responsabilidade do exercício de sua função, pois, em casos como o presente, poderia apresentar denúncia sem tal diligência.**”³⁵

Cabe salientar que se trata de julgado exarado pela Segunda Turma, composta, à época, pelos ministros Leitão de Abreu, Cordeiro Guerra, Moreira Alves e Decio Miranda.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas corpus nº 58.849**, Segunda Turma, Rel. Moreira Alves, Brasília, DF, 15/05/1981. Disponível em: “http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/RHC_58849_SC_1278825176807.pdf?Signature=x6mVxE2NPV6a1rlwQcaNT6TEHzs%3D&Expires=1372733334&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf”. Acesso em: 24/07/2013.

³⁵ *Ibidem*. (grifamos)

Por derradeiro, ainda no que concerne ao poder de investigação criminal do Ministério Público, merece alusão o Recurso em *Habeas corpus* nº 61.610-9/RJ, de 05/08/1983, em cujo julgamento a Primeira Turma do Supremo reconheceu de forma unânime a legalidade da atuação do MP com vistas adoção de diligências investigatórias.

O presente caso merece cuidadosa contextualização, na medida em que podemos resgatar um fragmento importante da história institucional do Ministério Público, tendo em vista a defesa dos direitos dos cidadãos ante as atrocidades perpetradas pelo Estado mesmo à luz do paradigma constitucional autoritário que ali era referência, no que se vislumbra a importância que a atuação do *Parquet* em sede de investigação criminal tem e teve para ao longo da história no combate aos abusos de poder Estatal.

Neste sentido, tratou-se de Recurso em *Habeas corpus* com vistas a trancar a ação penal por inépcia da denúncia, eis que fundamentada por provas diligenciadas a pedido do Ministério Público.

Na ocasião, era o paciente policial militar comandante de pelotão que com o intuito de esvaziar galpão da empresa Ciferal, no qual operários faziam protestos em busca de melhorias das condições de trabalho, determinou o avanço das tropas com uso de força e emprego de violência, de forma a se perpetrar agressão aos trabalhadores que ali se encontravam com socos, pontapés e golpes de cassetete, justificando-se ao ser questionado pelo jornal local que ele teria, na ocasião, utilizado a “energia necessária para conter o tumulto instalado”³⁶.

Neste sentido, merece menção o voto do Ministro Rafael Mayer, acolhido de forma unânime, erigido em meio à presença dos Ministros Néri da Silveira, Alfredo Buzaid, Oscar Corrêa e, como presidente, Soares Muñoz:

“Por outro lado, a justificativa da conduta incriminada por se ter verificado no estrito cumprimento do dever legal diz com o mérito da ação penal, e depende do sopesamento das provas no contraditório, não se apresentando como evidência que autorize o trancamento da ação penal.
Finalmente, **como já constitui pacífico entendimento, a atuação do Representante do Ministério Público na fase de inquérito policial, propondo diligências e acompanhando a sua realização, tem justificativa**

³⁶ *Ibidem*.

na sua própria missão de titular da ação penal, sem que configure usurpação da função policial, nem venha a ser impedimento a que ofereça denúncia.³⁷

Emblemática é a argumentação supracitada, pois demonstra a afinidade do Ministro perante a matéria, de forma a se sentir seguro o suficiente para afirmar que se constituía entendimento pacífico a legalidade da atuação do Ministério Público em sede investigação Criminal, haja vista a sua missão como titular da ação penal.

Importante repisar que a despeito do contexto constitucional autoritário houve o reconhecimento da constitucionalidade da atuação do *Parquet* em desfavor da própria máquina estatal coercitiva, conotando-se, daí, a importância institucional que o Órgão Ministerial vinha construindo na defesa dos direitos do cidadão, o que adiante seria cristalizado em meio da atual Magna Carta.

Encerrando a exposição de alguns casos anteriores à Constituição de 1988, pode-se observar que não poucas vezes a temática relativa à atuação do Órgão Ministerial em meio investigação criminal, seja requisitando diligências, seja atuando diretamente, fora aventada.

E é aí que se irrompe a importância da proposta de integridade do direito de Dworkin.

É que, embora tais julgados tenham sido erigidos em meio a outro contexto constitucional, não poderiam, simplesmente, serem desconsiderados ao se imprimir uma interpretação aos pretensos casos apreciados adiante, como se, dali para frente uma nova história fosse iniciada, sob pena de se perder importante evolução da construção interpretativa do Supremo Tribunal Federal acerca do poder de investigação do Ministério Público, notadamente, no que concerne ao papel institucional deste órgão em sede da defesa dos direitos do cidadão ante aos abusos da máquina estatal³⁸.

³⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas corpus nº 61.110/RJ**, Primeira Turma, Rel. Rafael Mayer, Brasília, DF, 05/08/1988. Disponível em: "http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/RHC_61110_RJ_1278806060476.pdf?Signature=HtP4%2F7OmLSUMFgNH91ttgbg7X%2BQ%3D&Expires=1372732190&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf". Acesso em: 24/07/2013.

³⁸ É importante salientar, conforme ficará mais claro com a exposição dos julgados posteriores à Constituição de 1988, que grande parte dos casos que envolvem a atuação preliminar de investigação pelo *Parquet*, envolve os próprios agentes da máquina Estatal de investigação, ou seja, são casos nos

Dando continuidade à nuance diacrônica da percepção do direito como integridade e se tendo a idéia de romance de cadeia como parâmetro, é como se os juízes, salvo algumas exceções³⁹ passassem a escrever uma nova história, simplesmente, por se ter mudado o roteiro, malgrado reconhecermos o caráter completamente diverso deste.

É importante notar que, embora represente a Magna Carta de 1988 um paradigma completamente diferente, já possuía o *Parquet* relevante papel institucional, principalmente no que se refere à efetividade da prestação jurisdicional e à defesa dos interesses indisponíveis da sociedade, conforme preconizado pelo *Caput* do Art. 1º da Lei Complementar nº 40/81. O reconhecimento da sua condição de titular da proposição da ação penal pública também já era cristalizado. Condição esta essencial à compreensão propugnada atualmente pela Teoria dos Poderes implícitos, no que, ainda naquela época já se vislumbrava fundamentação para se reconhecer a atuação do Ministério Público em sede de investigação criminal em termos minimamente coerentes⁴⁰, ao menos de uma forma mais contextualizada que a que será observada na exposição dos casos posteriores a 1988, mesmo não se fazendo presente os pilares da coerência preconizada por Dworkin nos termos que usufruímos atualmente (justiça, equidade e devido processo legal).

quais se conota grande dificuldade de se investigação, haja vista a ação do corporativismo, prejudicando, sobremaneira a formação do *opinio delictie*, o que praticamente, retira a eficácia da condição do Ministério Público de *dominus litis*.

³⁹Os julgados anteriores à Constituição de 1988 foram utilizados para fundamentação ao menos duas vezes em meio aos julgados feitos na sua vigência. Primeiramente pelo Ministro Nelson Jobim que, para justificar o seu entendimento contrário à participação do Ministério Público em diligências investigativas preliminares, valeu-se do Recurso em *Habeas corpus* nº 34.827/AL julgado em 31/01/1957, em sede de julgamento do Recurso em *Habeas corpus* nº 81.326-DF, de 06/05/2003, o qual, na verdade questionava a constitucionalidade das chamadas “Comissões Judiciárias” compostas por juízes e membros do MP, no que merece questionamento quais seriam os motivos para tamanho resgate descontextualizado. Em segundo, também podemos observar a citação de tais precedentes pelo Ministro Carlos Velloso que, embora tivesse opinião contrária à atuação do *Parquet* em investigação criminal, acabou por considerar em sede de julgamento do HC nº 83.463-9/BA alguns destes julgados, conforme será explorado adiante (**RHC 61.610/RJ e RHC 63.529/RJ**), de forma a, no final, não reconhecer a inconstitucionalidade da atuação investigativa do Órgão Ministerial, por não “não considerar problema algum a tomada de alguns depoimentos” Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 83.463, Segunda Turma, Rel. Ministro Carlos Velloso, Brasília, DF, 16 de março de 2004. Disponível em: “<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79358>”. Acesso em: 26/07/2013.

⁴⁰Ao menos de uma forma mais contextualizada que àquela que poderemos observar ante a análise de alguns julgados exarados à luz da atual Magna Carta.

Isto posto, percebe-se que a discussão acerca do poder de investigação do Ministério Público possui raízes remotas, as quais, poderiam terem sido adequadamente exploradas para a formação de uma melhor interpretação dos julgados futuros, caso se desse maior espaço para a consideração da história institucional do Supremo Tribunal Federal no que se refere aos julgamentos acerca do poder de investigação criminal do *Parquet* anteriores à atual Lei Maior.

2.2 A jurisprudência do Supremo Federal Tribunal Federal sobre a investigação criminal direta pelo Ministério Público após a Constituição e 1988

Novamente, nos preocuparemos aqui em demonstrar a continuidade dos julgados relativos ao poder de investigação do Ministério Público, porquanto imprescindível para esboçarmos uma visão do horizonte sobre o qual a história institucional do Supremo Federal Tribunal se ergue.

Não se objetiva, entretanto, dar evidência à exposição do contexto institucional formado pelos julgados anteriores em detrimento aos aspectos fáticos que compõem cada caso em específico, mas é que, a quebra de linha de continuidade é perceptível ao se analisar os julgados relativos à investigação criminal preliminar do *Parquet* exarados em meio ao novo paradigma constitucional.

É neste aspecto que a exposição dos julgados e dos argumentos utilizados em meio aos votos dos magistrados se faz relevante, na medida em que podem revelar a opinião coletiva dos Ministros que compunham o Supremo de maneira a propiciar ao interprete deste *hard case* uma melhor opção de interpretação, que tanto propicie coerência com os argumentos principiológicos, quanto respeite a continuidade da história institucional ali perpetrada, engendrando uma ótica que tome os motivos das decisões como um todo.

“Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance escrito até então. **Qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados, registro de muitos casos plausivelmente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por muitos outros**

juízes, de estilos e filosofias judiciais e políticas diferentes, em períodos nos quais o processo e as convenções judiciais eram diferentes. Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomado como um todo, o propósito ou tema da prática até então.”⁴¹

Neste sentido, serão analisados, nesta etapa, cinco julgados, a saber, Mandado de Segurança nº 21729-DF, Recurso em *Habeas corpus* nº 81.326-DF, *Habeas corpus* nº 83.157, *Habeas corpus* nº 83.463-9/BA e Recurso em *Habeas corpus* nº 83.991-6/MG.

Iniciemos, portanto, fazendo alusão ao Mandado de Segurança nº 21.729-DF, de 05/10/1995, tendo este sido talvez o primeiro julgado que apreciasse o poder de investigação do *Parquet* à luz da atual Constituição, bem como o primeiro a dar oportunidade de manifestação ao plenário do Supremo Tribunal Federal – STF, sob este novo parâmetro.

Neste sentido, cabe nos valermos da sua ementa:

“- Mandado de Segurança. Sigilo bancário. Instituição financeira executora de política creditícia e financeira do Governo Federal. Legitimidade do Ministério Público para requisitar informações e documentos destinados a instruir procedimentos administrativos de sua competência.

Solicitação de informações, pelo Ministério Público Federal ao Banco do Brasil S/A, sobre concessão de empréstimos, subsidiados pelo Tesouro Nacional, com base em plano de governo, a empresas do setor sucroalcooleiro.

(...)

O poder de investigação do Estado é dirigido a coibir atividades afrontosas à ordem jurídica e a **garantia do sigilo bancário não se estende às atividades ilícitas. A ordem jurídica confere explicitamente poderes amplos de investigação ao Ministério Público - art.129, incisos VI, VIII, da Constituição de 1988, e art. 8º, incisos II e IV, e § 2º, da Lei Complementar nº 75/1993.**

Não cabe ao Banco do Brasil negar, ao Ministério Público, informações sobre nomes de beneficiários de empréstimos concedidos pela instituição, com recursos subsidiados pelo erário federal, sob invocação do sigilo bancário, em se tratando de requisição de informações e documentos para instruir procedimento administrativo instaurado em

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 238.

defesa do patrimônio público. Princípio da publicidade, ut art. 37 da Constituição.(...)Mandado de segurança indeferido.”⁴²

Consoante se pode denotar, trata-se de Mandado de Segurança impetrado pelo Banco do Brasil S/A, haja vista o pedido de quebra de sigilo bancário pelo Procurador Geral da República, à época, para efeito colher informações, a fim de fundamentar futura ação penal.

Nesta esteira, embora a alegação primária do impetrante se volva ao seu dever de garantia de guarda dos dados relativos a operações financeiras ativas e passivas, bem como dos serviços prestados, já se erigem como pano de fundo algumas controvérsias acerca da possibilidade do pedido de informações preliminares, aos moldes de uma pretensa diligência investigatória, porquanto, além de se questionar o sigilo, questionou-se também a legitimidade da atuação direta do Procurador Geral da República. Atuação esta de caráter preliminar e de instrução para pretensa proposição de ação penal pública incondicionada.

Por conseguinte, observa-se que a atuação do Órgão Ministerial, no que se refere à investigação, limitou-se ao pedido de informações, o que, *in casu*, fora aceito sem maiores controvérsias, adotando-se, como referência, uma interpretação sistemática da questão ante ao ordenamento jurídico referencial.

In casu, podemos observar situação que se encontra no liame tênue entre investigação direta e requisição de diligências, tendo o Ministro Marco Aurélio proferido o seu voto no sentido de que tal atuação estaria amparada pelos incisos VI e VIII do Art. 129 da Constituição, entendendo abarcar o caso da segunda hipótese.

Seguindo com a exposição, especial atenção será dada, adiante, à análise do Recurso em Habeas Corpus nº 81.326-DF de 06/05/2003, interposto pelo Senhor Marco Aurélio Vergílio de Souza, delegado de polícia, contra suposto ato coativo do Ministério Público consubstanciado por notificação para que aquele comparecesse ao Núcleo de Investigação Criminal e Controle Externo da Atividade Policial, a fim de ser ouvido em Procedimento Administrativo Investigatório Supletivo – PAIS.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 21.729**, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Marco Aurélio, Brasília, DF, 05/10/1995. Disponível em: “<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85599>”. Acessado em: 26/06/2013. (grifamos)

Tal atenção se intensifica na medida em que, no que se refere à interpretação desfavorável à atuação do Órgão Ministerial, talvez tenha sido este o julgado em meio ao qual se pode observar maior incoerência ante a análise do contexto, bem como maior desvirtuamento da história institucional afeta à matéria em apreço.

Neste sentido, cabe esmiuçarmos termos do voto do Ministro Relator Nelson Jobim, no qual, de forma pormenorizada podemos ver as nuances argumentas expostas:

“2. FALTA DE LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Quanto à falta de legitimidade do Ministério Público para realizar diretamente investigações e diligências em procedimento administrativo investigativo, com fim de apurar crime cometido por funcionário público, no caso, DELEGADO DE POLÍCIA, a controvérsia não é nova. **Faço breve exposição sobre sua evolução histórica. Em 1936, o Ministro da Justiça VICENTE RÁO tentou introduzir, no sistema processual brasileiro, os juizados de instrução.** A Comissão da Segunda Secção do Congresso Nacional do Direito Judiciário, composta pelos Ministros BENTO DE FARIA, PLÍNIO CASADO e pelo professor GAMA CERQUEIRA, acolheu a tese no anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal. Ela, entretanto, não vingou. Na exposição de motivos do Código de Processo Penal o Ministro FRANCISCO CAMPOS ponderou acerca da manutenção do inquérito policial. Leio, em parte, a ponderação: “... O preconizado juízo de instrução, que importaria limitar a função da autoridade policial a prender criminosos, averiguar a materialidade dos crimes e indicar testemunhas, só é praticável sob a condição de que as distâncias dentro do seu território de jurisdição sejam fácil e rapidamente superáveis...”. Prossigo. A POLÍCIA JUDICIÁRIA é exercida pelas autoridades policiais, com o fim de apurar as infrações penais e a sua autoria (CPP, art. 4º). O inquérito policial é o instrumento de investigação penal da POLÍCIA JUDICIÁRIA. É um procedimento administrativo destinado a subsidiar o MINISTÉRIO PÚBLICO na instauração da ação penal. A legitimidade histórica para condução do inquérito policial e realização das diligências investigatórias, **é de atribuição exclusiva da polícia.** Neste sentido, leio ESPÍNOLA FILHO: “...a investigação da existência do delito e o descobrimento de vários participantes de tais fatos, reunindo os elementos que podem dar a convicção da responsabilidade, ou irresponsabilidade dos mesmos, com a circunstância, ainda, de somente nessa fase se poderem efetivar algumas diligências de atribuição exclusiva da polícia, ...” (grifei).”⁴³

Percebe-se, aqui, que o bojo da sua fundamentação ante a contrariedade da atuação investigativa do Ministério Público tem a sua gênese na

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas corpus nº 81.326**, Segunda Turma, Rel. Ministro Nelson Jobim, Brasília, DF, 06 de maio de 2003. Disponível em: “<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102770>”. Acesso em: 28/06/2013. (grifamos).

imane e descontextualizada percepção de que, desde longínquas datas - mais precisamente ano de 1936, quando Ministro da Justiça VICENTE RÁO, tentou introduzir, no sistema processual brasileiro, os juizados de instrução - é vedado ao *Parqueta* atividade investigativa em sede criminal, o que, a despeito da existência de regra expressa em sentido contrário⁴⁴, faz-se desarrazoado ante ao novo marco paradigmático constitucional e à luz das idéias que já vinham sendo sedimentadas nos julgados anteriores à Constituição de 1988, nos quais, tanto já se vinha construindo outra percepção quanto a importância do papel institucional do Ministério Público, bem como já se havia dado outra perspectiva para a discussão, que poderia ter sido considerada, sem contar que a nada se relaciona a hipótese do juizado de instrução daquela época com a adoção de diligências preliminares de investigação pelo *Parquet* nos moldes atuais.

Continua o Ministro:

“Com essa orientação, há precedentes de NELSON HUNGRIA, neste Tribunal (RHC 34.827). Leia, em seu Voto: “...o Código de Processo Penal ... não autoriza, sob qualquer pretexto, semelhante deslocação da competência, ou, seja, a substituição da autoridade policial pela judiciária e membro do M.P na investigação do crime ...”. Até a promulgação da atual Constituição, o MINISTÉRIO PÚBLICO e a POLÍCIA JUDICIÁRIA tinham seus canais de comunicação na esfera infraconstitucional. A harmonia funcional ocorria através do Código de Processo Penal e leis extravagantes, como a Lei Complementar 40/81, que disciplinava a Carreira do MINISTÉRIO PÚBLICO. Na assembléia Nacional Constituinte (1988), quando se tratou de questão de CONTROLE EXTERNO DA POLÍCIA CIVIL, o processo de instrução presidido pelo Ministério Público voltou a ser debatido. Ao final, manteve-se a tradição. O constituinte rejeitou as Emendas 945, 424. 1.025, 2.905, 20.524, 24.266 e 30.513, que, de um modo geral, davam ao MINISTÉRIO PÚBLICO a supervisão, avocação e o acompanhamento da investigação criminal.”⁴⁵

Verifica-se, novamente, a relevância dada ao prisma histórico, valendo o Ministro de descontextualizada exposição do RHC 34.827/AL, porquanto, como já fora visto, tratou-se de hipótese de “comissão judiciária” completamente destoante do presente caso, haja vista a ausência de participação da autoridade julgadora que implicasse ameaça à pretensa “neutralidade”. Ainda neste sentido, busca fundamentar

⁴⁴Cf. Inciso V do Art. 8º da Lei Complementar nº 75. Consultado em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm

⁴⁵*Ibidem*

o seu entendimento com base na hipotética intenção dos constituintes originários ao rejeitarem uma série de emendas, sem contudo, explicitar o porquê das rejeições, ou o conteúdo das emendas, limitando-se em alegar a tradição fora mantida em decorrência desta suposta rejeição.

A Constituição de 1988 assegurou as funções de POLÍCIA JUDICIÁRIA e a apuração de infrações penais à POLÍCIA CIVIL (CF, art. 144, § 4º). Na esfera infraconstitucional, a Lei Complementar 75/93. cingiu-se aos termos da Constituição no que diz respeito às atribuições do MINISTÉRIO PÚBLICO (art. 7º e 8º). Reservou-lhe o poder de requisitar diligências investigatórias e instauração do inquérito policial (CF. Art. 129, inciso VIII). Ainda assim, a matéria estava longe de ser pacificada. Leio: “...Proposta de Emenda Constitucional em trâmite no Congresso Nacional brasileiro, relacionada com a questão do controle externo da atividade policial, ... a de nº 109, também de 1995, de autoria do Deputado Federal Coriolano Sales, que se propõe a alterar a redação dos incs. I e VIII, do Art. 129, da Constituição da República. A exemplo da anterior, em 03 de junho de 1997, esta também foi apensada a Proposta de Emenda Constitucional 059/95. Com a alteração da redação do inc. I, do citado Art. 129, da Constituição da República, a Proposta pretende incluir a instauração e direção do inquérito como uma das funções institucionais do Ministério Público. ... Em março de 1999, o Senador Pedro Simon Apresentou nova Proposta de Emenda Constitucional, sob o nº 21, acrescentando parágrafo único, ao art. 98, da Constituição da República, disciplinando que nas infrações penais de relevância social, a serem definidas em lei, a instrução será feita diretamente perante o Poder Judiciário, sendo precedida de investigações preliminares, sob a direção do Ministério Público, auxiliado pelos órgãos da polícia judiciária.”⁴⁶

Nesta senda, volve-se o Ministro a uma interpretação sistemática do corpo normativo, fundamentando o seu posicionamento na percepção de que o § 4º do Art. 144º da CF assegura à polícia civil a apuração de infrações penais, bem como, assevera, ausência de previsão expressa de possibilidade de investigação penal engendrada pelo Ministério Público em meio à Lei Complementar nº 75/93⁴⁷, eis que, a seu ver, limitou-se esta, em seus artigos 7º e 8º a propugnar os mesmos termos cristalizados no inciso VIII do Art. 129 da Constituição de 1988, ou seja, “requisitar diligências investigatórias e instauração de inquérito policial”.

“Prossigo eu. O Tribunal enfrentou a matéria (RE 233.072, NÉRI DA SILVEIRA). Na linha do Voto que proferiu na ADIN nº. 1.571, o Relator entendia que o MINISTÉRIO PÚBLICO tinha legitimidade para desenvolver atos de

⁴⁶*Ibidem*.

⁴⁷ Em contrariedade da interpretação do inciso V do seu Art. 8º cumulado com o inciso IX do Art. 129 da Constituição de 1988.

investigação criminal. Divergi. Leio, em parte, o que sustentei em meu Voto. “...quando da elaboração da Constituição de 1988, era pretensão de alguns parlamentares introduzir texto específico no sentido de criarmos, ou não, o processo de instrução, gerido pelo MINISTÉRIO PÚBLICO. Isso foi objeto de longos debates na elaboração da Constituição e foi rejeitado. (...) o tema voltou a ser discutido quando em 1993, votava-se no Congresso Nacional a Lei Complementar relativa ao Ministério Público da União e ao Ministério Público dos Estados, em que havia essa discussão do chamado processo de instrução que pudesse ser gerido pelo Ministério Público. Há longa disputa entre o Ministério Público, a Polícia Civil e a Polícia Federal em relação a essa competência **exclusiva da polícia de realizar os inquéritos. Lembro-me de que toda essa matéria foi rejeitada, naquele momento, no Legislativo...** “.

Neste passo, percebe-se que a interpretação do Ministro se volveu a buscar a vontade do constituinte originário, alegando que, quando da elaboração do Constituição de 1988 houvera pretensão rejeitada de alguns parlamentares de introduzir texto específico para criar processo de instrução gerido pelo Ministério Público. E em desconsideração ao caráter teleológico dado às funções que poderia o Órgão Ministerial desempenhar nos termos do inciso IX do Art. 129 da Constituição de 1988⁴⁸, é possível notar em meio aos argumentos exarados pelo respeitável Ministro a preponderância de uma insubstancial ótica positivista mecânica consubstanciada pelo interesse desmedido de se buscar a intenção do constituinte originário em termos de que, se não há previsão expressa na Constituição, ao *Parquet* seria vedado o exercício de atividade de investigação. Interpretação esta que merece ser sopesada ante aos cuidados que devem ser tomados ao se impor à compreensão de qualquer contexto fático uma ótica que se pautar, isoladamente, na vontade do constituinte originário, pois esta pode desconsiderar a influência do tempo sobre a contínua construção interpretativa do próprio constituinte.

“Cabe, pois, lembrar que a teoria intencionalista se mostra por demais pobre. Se fossem examinadas todas as decisões judiciais sobre uma determinada matéria, talvez se pudesse chegar a explicações de ordem psicológica, econômica ou social que levaram o juiz a pensar o que de fato pensou. Todavia, o resultado da pesquisa seria diferente para cada juiz anterior e uma ordem só apareceria por meio da inclusão de alguma espécie de sumário estatístico (PEDRON, 2006, p. 136). Tudo isso ainda não apresentaria utilidade para um juiz decidir no presente um caso semelhante, uma informação similar para um romancista participante da cadeia imaginária. Ainda aqui se exigiria um novo exercício de interpretação que não seria nem uma pesquisa histórica

⁴⁸Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...) 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. (Grifamos)

pura, nem uma idéia completamente nova de como as coisas deveriam ser(DWORKIN, 2001, p. 245)..”⁴⁹

Continuando com a exposição do voto do Ministro, tem-se:

“A polêmica continuou. O CONTROLE EXTERNO DA POLÍCIA, concedido ao MINISTÉRIO PÚBLICO pela Constituição foi regulamentado pela Resolução nº 32/97, do CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. A Constituição de 1988 dotou o MINISTÉRIO PÚBLICO do poder de requisitar diligências investigativas e a instauração de inquérito policial (CF, art. 129, inciso VIII). **A norma Constitucional não contemplou, porém, a possibilidade do mesmo realizar e presidir inquérito policial.** Nem a Resolução 32/97. Não cabe, portanto, aos seus membros, inquirir diretamente pessoas suspeitas de autoria de crime. Mas requisitar diligências à autoridade policial. Nesse sentido, decidiu a Segunda Turma (RE 205.473, CARLOS VELLOSO). Leia na ementa: “... I – Inocorrência de ofensa ao art. 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 requisita-las à autoridade policial, competente para tal (CF, art. 144, §§ 1º e 4º). Ademais, a hipótese envolvia fatos que estavam sendo investidos em instância superior...”⁵⁰

Por derradeiro, vale-se o Ministro de seu próprio entendimento exarado em meio ao RE 233.072, de relatoria do Ministro Néri da Silveira, consubstanciado pelo mesmo prisma de interpretação histórico, segundo o qual se teria rejeitado a criação do processo de instrução gerido pelo Ministério Público, quando da elaboração da Magna Carta hodierna.

Verifica-se, por derradeiro, alusão à Resolução nº 32/97, expedida pelo Conselho Superior do Ministério Público Federal, a qual ao regulamentar o controle externo da atividade policial, não teria contemplado “a possibilidade do mesmo realizar e presidir inquérito policial”⁵¹, tampouco o teria, a seu ver, a Constituição de 1988, no que, nota-se, no mínimo, um equívoco terminológico, na medida em que a realização e a presidência de inquérito policial sempre fora competência da polícia judiciária e sempre o será, não ambicionando o Ministério Público em nenhum momento usurpá-la,

⁴⁹ OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de. “Dworkin: de que maneira o direito se assemelha à literatura?” Ver. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 54, p. 91-118, jan./jun. 2009. p. 113..

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas corpus nº 81.326**, Segunda Turma, Rel. Ministro Nelson Jobim, Brasília, DF, 06 de maio de 2003. Disponível em: “<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102770>”. Acesso em: 28/06/2013.

⁵¹ *Ibidem*.

haja vista que o questionamento em voga se cinge à feitura de investigação criminal pelo *Parquet*.

Neste sentido, bem esclarecem Lênio Streck e Luciano Feldens ao diferenciarem duas situações completamente distintas, quais sejam, a condução de inquérito policial e a realização de diligências investigatórias:

“Quanto à primeira hipótese, não se revela necessário um esforço de raciocínio mais rigoroso para concluirmos que o Ministério Público não tem poderes para a condução de “inquérito policial”. Sobre isso não resta dúvida alguma, pela singela razão de que se o inquérito fosse conduzido pelo Ministério Público já não mais se poderia qualificá-lo como “policial”, senão teria outra designação (procedimento administrativo, procedimento criminal, etc). Simples pois. A questão de fundo é, sensivelmente distinta: reside em saber se, à luz do ordenamento jurídico vigente, o Ministério Público tem – ou não – legitimidade para, no âmbito de seus procedimentos, realizar “diligências investigatórias” no intuito de subsidiar a proposição de futura ação penal pública.”⁵²

Merece ainda destaque trecho do voto do Ministro Carlos Velloso:

“Em voto que proferi, conforme mencionado pelo eminente Relator, no RE 205.473, sustentei que não cabe ao membro do Ministério Público realizar diretamente investigações penais, mas requisitá-las à autoridade policial competente, conforme dispõe a Constituição de 1988, art. 144, §§ 1º e 4º. (...) **Não lhe cabe, pois, fazer as vezes a Polícia Federal ou da Polícia Civil.**”⁵³

Percebe-se também por parte do Ministro Carlos Velloso certa negligência ao passado institucional do órgão, limitando-se, neste sentido a aceitar os termos de interpretação propugnados pelo ministro Nelson Jobim. Importa mencionar, ainda, que sua interpretação se preocupa muito mais em garantir a proeminência do papel institucional das polícias civil e federal, do que em se buscar uma interpretação fundada sob uma análise dos princípios que poderiam nortear o caso em apreço, sem contar com a sua desconsideração ao regramento da matéria dado pela Lei Complementar nº 75/93 em virtude de previsão constitucional expressa de cunho

⁵² FELDENS, Luciano; STRECK, Lênio Luiz. **Crime e constituição**: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 80.

⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas corpus nº 81.326**, Segunda Turma, Rel. Ministro Nelson Jobim, Brasília, DF, 06 de maio de 2003. Disponível em: “<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102770>”. Acesso em: 28/06/2013. (grifamos)

teleológico⁵⁴, no que se releva o caráter político que circunda o seu argumento em detrimento ao trato principiológico que lhe deveria ter sido dedicado.

Já em 1º de julho de 2003, tivemos uma oportunidade de vislumbrar o posicionamento, mesmo que parcial, do pleno à luz da Magna Carta de 1988, por ocasião do julgamento do *Habeas corpus* nº 83.157 cuja primeira impressão apontou para o reconhecimento do poder de investigação do Ministério Público, malgrado não fosse propriamente esta a matéria trabalhada.

É que, em suma, tratava-se de *habeas corpus* impetrado com o objetivo de reconhecer a ilegalidade de prisão preventiva de cidadão, que supostamente teria cometido crime de lavagem de dinheiro de narcotráfico e formação de quadrilha. Ocorre que um dos depoimentos que fundamentaram a denúncia fora colhido diretamente pelo Ministério Público, no que ao se votar sobre a constitucionalidade de tal depoimento, fora trazido aos autos o debate sobre a questão do poder de investigação do *Parquet*.

Neste ínterim, devemos dar especial atenção às interpretações delineadas, iniciando pela a do Relator, o senhor Marco Aurélio:

“Conforme decidido a pouco pela Segunda Turma, ao Ministério Público somente cabe promover o inquérito civil, Titular da ação penal pública – acusador -, impossível é conferi-lhe atividade investigatória – a presidência de audiências para oitiva de testemunhas. Há de lançar mão do que previsto no inciso VIII do Art. 129 da Constituição de 1988, requisitando “diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais”. A cláusula ensejadora do exercício de outras funções – inciso IX do referido artigo – fica jungida àquelas compatíveis com a respectiva finalidade, bem como à distinção entre o inquérito civil e o inquérito penal. **Logo, não se sustenta o decreto de prisão preventiva, no que se baseia no depoimento de Joaci das Neves, colhido pelos Ministério Públicos Federal e Estadual. Trata-se de peça ilícita, porque veio ao mundo jurídico à margem dos limites impostos, pela Constituição de 1988, ao Ministério Público.**”⁵⁵

⁵⁴ Cf. Inciso IX do Art. 129 da Constituição de 1988: “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...) 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”.

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 83.157, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Marco Aurélio, Brasília, DF, 01 de julho de 2003. Disponível em: “<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79273>”. Acessado em: 26/06/2013. (Grifamos)

Novamente, observa-se ausência de ponderação ante ao regramento sistemático dado à matéria pela Lei Complementar nº 75/93 (inciso V Art. 8º) e a Constituição de 1988 (inciso IX do art. 129), sendo silente também em se trazer para o debate o viés principiológico que poderia ser dado, sem mencionar a negligência diante da história institucional que ali deveria ter sido considerada, limitando-se, o Ministro em expor como fundamento a pretensa ausência de previsão legal, motivo pelo o qual o depoimento prestado seria peça processual ilícita “porque veio ao mundo à margem dos limites impostos pela Constituição de 1988 ao Ministério Público”⁵⁶.

No mesmo sentido interpretou o caso a ministra Ellen Gracie, acompanhando o voto do Ministro Relator sem maiores ponderações.

“A Senhora Ministra Ellen Gracie - :Srº Presidente, não fiz qualquer remissão porque me parecia desnecessário, uma vez que acompanhei o Relator. Posta a questão, e como vários colegas já se posicionaram, quero fazer a expressa manifestação do meu pensamento a respeito. Quero afirmar a minha integral adesão ao voto do Relator, no que toca especificamente à missão do Ministério Público. Este promove investigação, em que atuará mais tarde como acusador. Entendo que o Ministério Público não pode acumular estas duas tarefas: a de acusador com a de inquisidor.”⁵⁷

É interessante notar que tal entendimento por parte da Ministra não se perpetuará, na medida em que, como será demonstrado adiante, houve uma mudança de seu entendimento sobre a matéria em meio aos futuros julgados⁵⁸. Ora, isto é, senão, reflexo da interpretação reducionista dada, *a priori*, ao contexto, a qual ao prescindir do devido resgate da dimensão diacrônica, impossibilitou-lhe melhor compreensão dos elementos fáticos ali coligados.

Adiante, tem-se interessante voto do Ministro Carlos Velloso, no qual se observa a flexibilização da sua inteligência atinente ao poder de investigação do *Parquet*, em sentido oposto ao que já tinha decidido em outros julgados, consolidando o caráter político sob o qual a sua interpretação se pauta, porquanto não fundamentado nem pelos princípios, tampouco pelas regras que poderiam ser ali aplicadas.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ Conforme será demonstrado na análise do Recurso Extraordinário nº 535.478, em 28 de outubro de 2008, entre outros.

“... estou de acordo com o Ministro-Relator. No entanto, quero deixar expresso o meu pensamento no sentido de que **não considero ilegal o fato de a testemunha ter prestado o seu depoimento perante o Procurador da República, perante membro do Ministério Público. Aliás, é do Ministro Sepúlveda Pertence este exemplo dado há pouco, quando comentávamos a questão: se o agente do Ministério Público recebe uma carta relatando fatos delituosos relativamente a uma certa pessoa, é claro que essa carta vai valer. Agora, porque não vale o depoimento prestado a ele, agente do Ministério Público?** Quero fazer uma ressalva, porque sou um dos que, na Segunda Turma, sustenta não obstante as altas funções do Ministério Público, a sua importância no contexto social, que as investigações correm por conta da Polícia. É o que está na Constituição, art. 144, § 1º, I, § 4º, Art. 129, VIII. Não chego a impedir, entretanto, que o Ministério Público, em certos casos, como este, tome o depoimento de alguém, enfim, oriente as provas em que ele vai se basear para oferecer a denúncia, instaurar a ação penal da qual ele é o titular.”⁵⁹

Ora, novamente, pelo o que se pode conotar de seu entendimento, temos que a preocupação do senhor Ministro é que a atuação do *Parquet* em sede de investigação acabe por usurpar a competência das polícias civis e federal para a investigação, ou seja, em suas palavras “não compete ao Procurador da República, na forma do disposto no art. 129, VIII, da Constituição de 1988, **assumir a direção das investigações, substituindo à autoridade policial,**”⁶⁰, o que, entretanto, não significaria impedir que o Ministério Público adotasse algumas diligências investigativas, ou que, noutros termos, “tome o depoimento de alguém, enfim, oriente as provas em que ele vai se basear para oferecer a denúncia, instaurar a ação penal da qual ele é o titular”⁶¹.

Segue-se, com o voto do Ministro Joaquim Barbosa:

“Gostaria de fazer uma pequena retificação do meu voto, porque ele pode se prestar a equívoco. Eu disse que acompanhava o voto do Ministro-Relator sem ressalvas. Na verdade, quero dizer que o acompanho, **mas com a ressalva de que não considero ilegítima a investigação por parte do Ministério Público. Se a Constituição de 1988 criou esta instituição tão importante, tão cara ao regime democrático, à nossa democracia, não a criou para ser um órgão manietado, inerte. Nesse sentido, o meu voto acompanha o do Ministro Carlos Velloso e Carlos Britto.** Entendo que o Ministério Público, pode sim, e deve proceder a investigação quando fatos delituosos chegarem ao seu conhecimento.”⁶²

⁵⁹ *Ibidem.* (grifamos)

⁶⁰ *Ibidem.*

⁶¹ *Ibidem.*

⁶² *Ibidem.* (grifamos)

Nesta esteira, já podemos vislumbrar alguns pequenos sinais de mudança interpretativa sobre a matéria, resgatando em seu voto o Ministro Joaquim Barbosa importante fragmento da história institucional do Órgão Ministerial, no sentido de reconhecer o novo *status* conferido pela Constituição ao Ministério Público, embora se reconheça a superficialidade dada a matéria em seu voto.

Superficialidade esta proposital no caso do voto do Ministro Sepúlveda Pertence, o qual declarou apenas sua divergência quanto à matéria em relação ao voto do Ministro Relator, Marco Aurélio, bem como que se dedicaria, em caso de que ele era relator, “exame mais aprofundado”⁶³.

Por todo exposto, já podemos aferir sinais de mudança de interpretação acerca da matéria, erigindo como pretensos defensores quanto ao poder de investigação do Ministério Público os Ministros Joaquim Barbosa, Ayres Britto e Sepúlveda Pertence, como opositores ter-se-ia, *a priori*, os Ministros Marco Aurélio, Néelson Jobim, Carlos Velloso⁶⁴ e Ellen Gracie⁶⁵, ressalvando que, à época, compunham o plenário os Ministros Marco Aurélio, Maurício Corrêa, Celso de Mello, Néelson Jobim, Sepúlveda Pertence, Carlos Velloso, César Peluso, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa e Ayres Britto.

Ainda com o escopo de se resgatar a história institucional afeta aos julgados relativos à atividade investigatória dirigida pelo Órgão Ministerial, importa analisar o *Habeas corpus* nº 83.463-9/RS, julgado em 16/03/2004, sob a Relatoria do Ministro Carlos Velloso, posto que revela a sua, no mínimo questionável, interpretação.

Para efeito de contextualização, tratou-se de *Habeas corpus* impetrado por determinado servidor público acusado de crime de corrupção passiva com o objetivo de declarar a nulidade da ação penal, eis que denúncia tinha se pautado por, além de outras, provas obtidas por meio de diligências investigativas pontuais pelo Ministério Público.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ Embora se declarasse contrário ao poder de investigação, acabou por exarar entendimento em contrário em alguns julgados, conforme veremos afreta na exposição do Habeas Corpus nº 83.463-9/RS.

⁶⁵ Nota-se a sua mudança de entendimento em meio ao julgamento do Recurso Extraordinário nº 535.478, em 28 de outubro de 2008, que será explorado mais adiante.

Neste sentido, vale nos remetermos aos termos do voto do Ministro

Calos Velloso:

Certo é que, na hipótese, não estamos diante de um caso de instauração de inquérito no âmbito do próprio Ministério Público. Aqui, conforme acentuou o *Parquet*, não houve inquérito policial, porque desnecessário. É que o Ministério Público possuía farto material já registrado em autos processuais que evidenciava a materialidade do delito e a autoria – provas obtidas por meio de quebra de sigilo bancário e buscas e apreensões deferidas em expediente administrativo que tramitava perante o Juízo da 1ª Vara Criminal do Foro Regional de Alto Petrópolis (...). É certo que o Ministério Público colheu em seu gabinete alguns depoimentos (fls. 139/141 e 197/202). **Entretanto, não vejo impedimento para que o Ministério Público efetue a colheita de determinados depoimentos, quando, tendo conhecimento fático do indício de autoria e da materialidade do crime, teve notícia diretamente de algum fato que merecia ser elucidado.** De qualquer sorte, ainda que assim não se entenda, a denúncia está fundada em provas outras que justificam o procedimento penal.⁶⁶

Novamente, verifica-se a hesitante interpretação do Ministro, pontuando o seu repúdio em relação da possibilidade de instauração de inquérito no âmbito do próprio Ministério Público, o que, a seu ver, não se confundiria, com “a colheita de determinados depoimentos, quando, tendo conhecimento fático do indício de autoria e da materialidade do crime, teve notícia diretamente de algum fato que merecia ser elucidado.”⁶⁷:

É certo que o Ministério Público colheu em seu gabinete alguns depoimentos (fls. 139/141 e 197/202). Entretanto, não vejo impedimento para que o Ministério Público efetue a colheita de determinados depoimentos, quando, tendo conhecimento fático do indício de autoria e da materialidade do crime, teve notícia diretamente de algum fato que merecia ser elucidado.⁶⁸

Todavia, o *Habeas corpus* em cotejo não guarda a sua valia institucional no que refere ao voto do Ministro Carlos Velloso, o qual já tinha exarado posicionamento semelhante em meio ao Recurso Ordinário em *Habeas corpus* nº 81.326 e ao *Habeas corpus* nº 83.157, já trabalhado aqui, tampouco no voto da Ministra Ellen Gracie que também adotou interpretação semelhante à propugnada no *Habeas corpus* nº 83.157, mas sim no que se refere ao voto do Ministro Nelson Jobim,

⁶⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 83.463, Segunda Turma, Rel. Ministro Carlos Velloso, Brasília, DF, 16 de março de 2004. Disponível em: “<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79358>”. Acesso em: 26/07/2013. (grifo nosso).

⁶⁷*Ibidem*.

⁶⁸*Ibidem*.

o qual, malgrado, à época, talvez fosse o maior opositor quanto à investigação criminal pelo Ministério Público, reconheceu, *in casu*, a legitimidade da atuação do *Parquet*, mesmo que por fundamentação questionável juridicamente, no que merece destaque a remissão ao seu voto.

“Uma coisa é examinarmos o problema durante as tentativas investigatórias do Ministério Público em que podemos examinar a ilicitude; outra coisa – mesmo que isso acontecesse – **é examinarmos um *habeas corpus* em cima da demonstração da existência de indícios fortíssimos da prática de ilícito, porque senão estaríamos – como V.Exa. disse, com clareza – colocando a forma na frente do fundo; melhor estaríamos destruindo o mundo, ou seja, aquilo que aconteceu, sob o argumento de que a forma pelo qual se investigou o mundo não podia ser feita. Ou seja, o mundo não desaparece independente da forma.** Observo mais, confirmado da tribuna, que, se essas ilicitudes de investigação se deram, **qual a razão pela qual não se reagiu durante o fluxo do próprio inquérito, do chamado inquérito, afirmado inquérito, enquanto naquele momento eventualmente poderíamos paralisar?** Não podemos efetivamente nos furtar à demonstração a existência de ilícitos, seja pela forma que foi investigada – e, aí – V.Exa. ter dito que inclusive por cartas ou outros documentos pode o Ministério Público, independentemente de um inquérito policial fazer acompanhar. Com isso, mantenho a minha posição inicial, sem lesão, que também V. Exa. A tem em relação às funções do Ministério Público, mas não posso me furtar à circunstância do caso concreto. Acompanho o voto de V. Exa.”⁶⁹

Nota-se, portanto, que a mudança de entendimento do Ministro deu-se, o que só se daria, a seu ver, neste caso em específico, na medida em que, não poderia a forma lesar a manifestação fática, sob pena de “colocar a forma na frente do mundo”⁷⁰. Ter-se-ia, então, reitera-se, somente neste caso e, por conseqüência, talvez, em qualquer outro sobre a mesma matéria em que a forma viesse a ameaçar a manifestação fática, a licitude da atuação investigatória do *Parquet*, tecendo, *data venia*, ilação desprovida de consideração do regramento normativo, ou do arcabouço principiológico, bem como descontextualizada à luz da história institucional do órgão sobre a matéria, não cabendo outra identificação ante a tal argumento, senão, do que se pode evidenciar da sua qualidade política.

No mesmo sentido da exposição do *Habeas Corpus* nº 83.463-9/RS, insta perscrutarmos o Recurso em *Habeas Corpus* nº 83.991-6/MG, também, de relatoria do Ministro Carlos Velloso com acórdão proferido em 20/04/2004, no qual

⁶⁹ *Ibidem.* (grifamos)

⁷⁰ *Ibidem.*

buscou a recorrente denunciada por suposta prática de tráfico ilícito de entorpecentes, entre outros objetivos, a reforma do acórdão que denegou provimento a *writ* anterior proposto perante o Superior Tribunal de Justiça, com o fito de se declarar a nulidade da denúncia, eis que instruída em decorrência da investigação pelo Ministério Público.

É que, no mesmo sentido ventilado em meio ao *Habeas Corpus* nº 83.463-9/BA, observa-se a consolidação da mudança de interpretação do Ministro Carlos Velloso, não sendo, a seu ver, vedado ao Ministério Público a adoção de diligências investigativas pontuais.

“No que respeito à primeira alegação, tenho sustentado que não cabe ao Ministério Público realizar diretamente investigações penais, mas requisitá-las à autoridade policial competente, não **lhe cabendo fazer as vezes da Polícia Federal ou da Polícia Civil**. Tenho entendido, também, conforme jurisprudência firmada na Corte, que a instauração de inquérito policial não é imprescindível à propositura da ação penal pública, podendo o Ministério Público valer-se de outros elementos de prova para formar sua convicção. Destaco do voto que proferi, recentemente, na Turma, quando do Julgamento do HC 83.463/RS, por mim relatado: (...)

Acrescente-se, ademais, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a participação de membro do Ministério Público na fase investigativa não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia. Neste sentido, os acórdãos proferidos no RHC 61.610/RJ, Rel. Min. Soares Muñoz, “DJ” de 26/08/1983, e no RHC 63.529/RJ, Rel. Min. Francisco Rezek, “DJ” de 19/12/1995⁷¹

É importante destacar que, embora tenha alegado o citado Ministro que não haveria nulidade por se tratar de denúncia fundada em elementos de provas não diretamente ligadas às diligências investigatórias perpetradas pelo *Parquet*, não é isto que se depreende da sentença que denegou *Habeas Corpus* anterior e que ele utiliza para justificar a sua argumentação acima exposta, senão vejamos *ipsis litteris*:

Ademais, necessário que se estabeleça a diferença entre inquérito e mera coleta de informações e elementos outros para embasar propositura de ação penal. Naquele, de caráter inquisitório, a autoridade policial, embora gozando de relativa discricionariedade, está limitada aos ditames legais, sujeita a regras, prazos e procedimentos, como aqueles relativos ao prazo de conclusão, à nomeação de curador ao indiciado relativamente menor, entre outros. No presente caso, não, pois os membros do Ministério Público, de posse de informações e elementos colhidos em outros autos, concluíram haverem

⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 83.991, Segunda Turma, Rel. Ministro Carlos Velloso, Brasília, DF, 20/04/2004. Disponível em: “<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102948>”. Acessado em: 06/07/2013. (grifamos)

incidido os réus em tipos legais específicos, propondo a ação penal com os elementos de que dispunham, **colhendo outros, como lhes é facultado.**⁷²

Ora, a despeito da ação penal ter sido ou não embasada por tais elementos de provas colhidos de maneira facultativa, fato é que o Ministério Público efetuou diligências de cunho preliminar e investigativo, as quais, de uma forma ou de outra, poderiam influenciar a interpretação que ali vinha sendo impressa. Esta compreensão equivocada poderia nos levar ao entendimento incoerente de que não haveria nulidade nos casos em que as diligências investigatórias adotadas não fundamentassem a denúncia e, casuisticamente, haveria nulidade nos casos em que as diligências investigatórias tomadas fundamentassem a denúncia. Não se trataria, portanto, de um critério jurídico, porquanto ausência qualquer princípio que o justifique, mas sim de um critério ideológico de forma a vincular a constitucionalidade do poder de investigação do Ministério Público ao acaso.

E a despeito da incoerência dos argumentos do julgado, fato é que foram adotadas diligências investigatórias pontuais e que, à unanimidade, o Habeas Corpus fora denegado, seguindo sem ressalvas, os demais ministros presentes o voto do relator⁷³, no que se conota uma total ausência de fixação de parâmetros mínimos de contextualização perante o debate da matéria.

É interessante novamente repisar que a preocupação do Ministro Carlos Velloso é de se garantir a incolumidade da competência das polícias civis e federais de forma a impedir que o Ministério Público “faça às vezes da polícia federal e civil”⁷⁴, de sorte que, se houver a adoção de pequenas diligências, mas estas não ameaçar a competência de tais órgãos de investigação, ou serem de pequena monta, ou não servirem de base para fundamentar a denúncia, estaria o *Parquet* legitimado a adotar diligências pontuais, evidenciando-se, portanto, o caráter casuístico da argumentação. Tal interpretação incoerente decorre perceptivelmente do equívoco de se achar que o Ministério Público estaria agindo sob o manto de algum tipo de inquérito

⁷² *Ibidem.* (Grifamos)

⁷³ Paradoxalmente o Ministro Nelson Jobim e a Ministra Ellen Gracie que já tinham se posicionado contrários ao poder de investigação do Ministério Público, conforme já exposto.

⁷⁴ *Ibidem.*

aos moldes de um inquérito policial⁷⁵, ou estaria tencionando “fazer às vezes da polícia”, o que não guarda nenhuma relação com a adoção de diligências investigatórias para se lastrear o devido *opinio delicti* nos casos em que a colheita de provas é insubsistente ou improvável.

Ante ao todo exposto, finda-se aqui importante fase da história institucional do Supremo Tribunal Federal em meio a qual, notadamente, pudemos observar a natureza de alguns dos argumentos expostos com o objetivo, em sua maioria, de se vedar ao Ministério Público a adoção de diligências preliminares em sede de investigação criminal.

Ademais, observou-se também que se preponderou a negligência da história institucional que o Supremo aos poucos vinha construindo, notadamente, no que concerne à interpretação de alguns argumentos que, mesmo antes da Constituição de 1988, serviram de fundamento para se reconhecer a constitucionalidade da atuação do Ministério Público em investigação criminal preliminar.

E é aí que a releitura constitucional dos princípios atinentes à matéria e ao papel institucional do *Parquet* merecia ter sido imprimida, na medida em que a nova roupagem dada pela Constituição de 1988 poderia ter trazido ao debate maior incidência de argumentos de princípio.

Ora, o que se aparentou da análise destes julgados, que sem dúvidas marcaram a história institucional do Supremo acerca da interpretação do poder de investigação criminal, é que este novo paradigma constitucional que dotou o Ministério Público de tamanha importância à efetividade da função jurisdicional do Estado e ao regime democrático, contraditoriamente, teria limitado a incidência de princípios ante as argumentações jurídicas, se é que assim podem ser classificadas.

É que o que se pôde observar da análise julgados foi uma visível carência de argumentações que dessem à questão um trato principiológico, no que, ou se admite que não há princípios incidentes sobre a matéria, o que é inadmissível, ou que tais interpretações foram exaradas em total negligência a história institucional que ali merecia ter sido construída e resgatada, sem contar com a total desconsideração,

⁷⁵ Ou até mesmo presidindo algum, conforme defende alguns argumentos.

em alguns julgados, de uma coerência mínima ao se interpretar as pretensões de direitos em cotejo.

Por oportuno, não se objetivou aqui, em nenhum instante, delinear a melhor interpretação ou a mais adequada, mas sim, demonstrar a importância que a contextualização dos casos, no sentido de se escrever uma história institucional coerente, poderia ter para se engendrar uma interpretação que de alguma forma empreendesse a continuidade da narrativa que vinha sendo escrita, observando-se, ao revés, uma releitura do contexto que resultou na fragmentação deste “romance em cadeia”.

Esta preocupação com um esforço argumentativo que represente uma consideração mínima do direito como integridade se revela completamente adequada, quando da análise dos julgados precedentes. Contextualizando, o que se argumenta aqui, na construção deste romance em cadeia é que até então, tivemos a oportunidade de observar, dentre outros, um romancista que irá voltar atrás na sua percepção (Ellen Gracie), um outro que decidia a depender da casuística ideológica do caso (Carlos Velloso), ora reconhecendo a constitucionalidade da adoção de algumas diligências pontuais, ora reconhecendo a inconstitucionalidade de tais diligências caso estas fundamentassem a denúncia, e, finalmente, outro (romancista), que se valeu de toda sorte de argumentação descontextualizada (Nelson Jobim), pautando-se em decisões anteriores à Constituição Federal que questionavam a constitucionalidade de pretensa “Comissão Judiciária”, ora questionando a vontade do constituinte originário sem maiores ponderações, ora considerando a não aprovação de projetos de Lei da década de 30 (Vicente Ráo), entre outros argumentos já explicitados.

É neste sentido que o olhar atento para trás desempenha para o interprete importante elemento de compreensão do contexto fático proposto no presente, como numa perspectiva integral daquele “romance” que ali vai sendo escrito. Olhar este basilar para a feitura de uma melhor interpretação dos precedentes à luz da base principiológica que o é reflexa.

“Os juízes desenvolvem uma abordagem particular da interpretação jurídica, formando e aperfeiçoando uma teoria política sensível a essas questões, de que dependerá a interpretação em casos específicos, e chamam isso de sua filosofia jurídica. Ela incluirá características estruturais, que elaborem a exigência geral de que uma interpretação se ajuste à história doutrinal, e

afirmações substantivas sobre os objetivos sociais e os princípios de justiça. A opinião de um juiz sobre a melhor interpretação será, portanto, a consequência de convenções que outros juízes não precisam compartilhar... Se insistirmos em um grau elevado de neutralidade na nossa descrição da interpretação jurídica, portanto, não podemos tornar nossa descrição da natureza da interpretação jurídica muito mais concreta do que a fiz. (DWORKIN, 2000, pp. 241-242)”⁷⁶

Portanto, objetivou-se aqui revelar o caráter construtivista⁷⁷ da interpretação da questão relativa ao poder de investigação do Ministério Público onde a dimensão temporal se faz elementar para a que o julgador possa reconstruir os seus referenciais a partir daqueles que compunham o passado, mas, agora, refletindo a base de princípios moralmente justificados que compõe o sistema jurídico paradigma.

“E, por outro lado, a tese da única resposta correta pressupõe uma reconstrução de acerca de como interpretar o Direito: para além do dilema positivista e realista entre *descobrir* ou *inventar* uma decisão, Dworkin defende que o raciocínio jurídico é um exercício de *interpretação construtiva*, de que o Direito constitui a melhor justificação do conjunto das práticas jurídicas, a narrativa que faz de tais práticas as melhores possíveis. A tese da única resposta correta pressupõe, portanto, uma ruptura tanto com o paradigma positivista de ciência e teoria do Direito, quanto uma ruptura com o próprio paradigma positivista do Direito, que se esgotaram.”⁷⁸

A exposição de tais julgados, ressalva-se, é elementar para que possamos compreender as bases interpretativas que serão lançadas nos casos posteriores, posto que, doravante, o que se perceberá do conjunto dos julgados é o crescente reconhecimento da constitucionalidade do poder de investigação do Ministério Público e a maior incidência de argumentos jurídicos. Reconhecimento este não poucas vezes também dissociado da história institucional da Corte Maior que ali vinha sendo impressa.

2.2.1. O RE nº 535.478 e a argumentação fundada na Teoria dos Poderes Implícitos

⁷⁶ OLIVEIRA, Marcelo Canotti de. “Dworkin: de que maneira o direito se assemelha à literatura?” Ver. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 54, p. 91-118, jan./jun. 2009. p. 111

⁷⁷ *Ibidem*. p. 92

⁷⁸ *Ibidem*. p.92.

O ano de 2006 representou grande variação na tendência de interpretação dada à matéria do poder de investigação do Ministério Público pela Suprema Corte.

Não por acaso o ocorrido, na medida em que dois dos maiores defensores da impossibilidade do exercício de atividades investigatórias diretas pelo Ministério Público aposentaram-se, Carlos Mario da Silva Velloso⁷⁹, em 19 de janeiro de 2006 e Nelson Azevedo Jobim⁸⁰, sucedidos, respectivamente, pelos Ministros Enrique Lewandowski e Cármen Lúcia, ambos partidários da constitucionalidade da investigação criminal preliminar pelo Ministério Público.

Prosseguindo com linha de pesquisa tracejada, neste ponto, vale mencionarmos o HC nº 88.190-4, de 29/08/2006, em meio ao qual se pode verificar o até então desconhecido entendimento do Ministro Cezar Peluso sobre a matéria, o qual fora acolhido sem muitas reservas pelo Ministro Joaquim Barbosa e na totalidade pelo Ministro Eros Grau, ausente justificadamente o Ministro Celso de Mello.

Importa aludir que se trata de *Habeas corpus* impetrado com o objetivo de, além de outros, declarar a nulidade de procedimento de investigação ante ao a suposto envolvimento do paciente nos crimes de lavagem e dinheiro e superfaturamento de sua empresa, que manteria relações comerciais com a Angola. Neste sentido, buscou o paciente acesso aos autos de investigação interna do Ministério Público Federal (registrada sob nº 1.30.11.000936/2004-59) cujo visto lhe fora negado pela procuradora responsável pelo caso, surgindo a necessidade de se impetrar o presente *writ*, haja vista anterior denegação de *Habeas corpus* pelo Superior Tribunal de Justiça, nos mesmos termos.

E, embora a Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro, ao prestar informações, tenha alegado que não houve a adoção de diligências de investigação, existindo somente peças de informação enviadas pelo Banco Central as

⁷⁹ Decreto de 19 jan. 2006 D.O.U jan. 2006. Seção 2, p.1. Disponível em: "http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfComposicaoMinistroApresentacao/anexo/linha_sucessoria_tabela_11dez2012.pdf". Consultado em: 27/06/2013.

⁸⁰ Aposentado em 29 mar. 2006 pelo Decreto de 29 mar. 2006. D.O.U de 30/03/2006. Seção 2, p.1. Disponível em: "http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfComposicaoMinistroApresentacao/anexo/linha_sucessoria_tabela_11dez2012.pdf", consultado em: 27/06/2013.

quais se encontrariam em análise⁸¹, acabou por trabalhar em voto o Ministro Cezar Peluso a matéria de forma abrangente, reconhecendo tanto a ausência de nulidade da investigação que ali se perpetrara, quanto a nulidade do sigilo oposto ao paciente, pois estaria o Ministério Público, ao exercer as atividades de investigação, obrigado a respeitar todas as garantias individuais dos cidadãos, da mesma forma que o são as polícias civis e federal. Nota-se, portanto, uma superação do embate acerca da constitucionalidade ou não do poder de investigação, volvendo-se, agora, a questão, para o questionamento dos limites deste poder, de forma a se exarar argumento que juridicamente perfaz a matéria.

“Diversamente do inquérito policial, que tem disciplina própria e explícita no Código de Processo Penal, até com prazo para seu término (art. 10, *caput*), sob pena de responsabilidade administrativa, civil e penal por abuso de autoridade, nos termos da Lei nº 4.868/65, os procedimentos investigatórios do Ministério Público não encontram figura em forma legais, de modo que não se sabe a que **rito determinado e estável devam obedecer, nem sequer se estão subordinados a prazo certo, tudo o que sobremodo dificulta o exercício do direito de defesa do investigado**, sotoposto à expectativa de eventos futuros e incertos, não infensos, em tese, a abusos. Diante da remessa, ao Ministério Público, de documentos que revelam, em tese, eventual prática de delito, com autuação e registro do feito não é lícito impedir à defesa do paciente e ter acesso aos autos, pelo menos quanto às peças que lhe digam respeito, sob pretexto de o expediente – **diga-se, registrado em 2004, ao que parece – não ter sido, até agora, analisado pelo Ministério Público Federal, quando dele a imprensa já lhe teve conhecimento e noticiou que o paciente é alvo da mesma investigação!** Afinal, nada obsta a que o paciente possa, desde logo, afastar a suspeita que lhe pesa, concorrendo para o escopo último das investigações e evitando investigação formal. É, antes, até recomendável que o Ministério Público amplie o campo de busca de elementos para elucidação dos fatos: novos dados podem ser trazidos aos autos pela própria defesa da pessoa que se encontra ou supõe encontra-se na posição de suspeito.”⁸²

Ademais, o presente julgado guarda a sua importância por resgatar um pouco da história institucional reiteradamente negligenciada, superando o recalcitrante embate referente à constitucionalidade ou não da atuação investigatória do *Parquet*,

⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 88.190**, Segunda Turma, Rel. Ministro Cezar Peluso, Brasília, DF, 29/08/2006. Disponível em: “<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=382091>”. Acesso em: 24/06/2013.

⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 88.190**, Segunda Turma, Rel. Ministro Cezar Peluso, Brasília, DF, 29 de agosto de 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=382091>>. Acesso em: 24/06/2013. (grifo nosso)

direcionando-se, portanto, para o sopesamento dos argumentos de princípio atinentes aos limites que devem ser dados ao pretense poder de investigação, bem como revelando maior esforço em se evidenciar os problemas jurídicos relevantes de delineiam a temática.

Mais uma peça da história institucional do Supremo pode ser resgatada ao fazermos breve menção aos autos do *Habeas corpus* 84.548/SP, caso de repercussão nacional envolvendo o julgamento da participação do empresário Sérgio Gomes, vulgo o Sombra, na morte de Celso Daniel em janeiro de 2004, à época, prefeito de Santo André.

E, embora ainda não se tenha, até a presente data, acórdão em decorrência do pedido de vista do Ministro Ricardo Lewandowski⁸³, merece destaque a interpretação dada pelo Ministro Marco Aurélio, o único talvez a ainda se posicionar de forma desfavorável ao poder de investigação do Ministério Público.

Neste sentido, em desrespeito à história institucional que vem sido aqui exposta, o Ministro relator Marco Aurélio em decisão monocrática, deferiu o pedido liminar de trancamento da ação penal e revogou o mandado de prisão preventiva expedido contra o acusado, entendendo não haver previsão expressa, senão no sentido de que a investigação criminal seria atividade exclusiva da polícia civil e federal.

“Asseverou que ao Ministério Público cabe o controle externo da atividade policial, sendo que, em relação a investigações de práticas delituosas, pode requisitar diligências investigatórias e provocar a instauração do inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais, nos termos do que dispõem os incisos VII e VIII do art. 129 da CF, normas harmônicas com o que previsto quanto às atribuições das polícias federal e civis (CF, art. 144 e parágrafos). Ressaltou não ser possível proceder à leitura ampliada dos aludidos incisos do art. 129 da CF, sob pena de se chegar a conflito com o texto constitucional sobre o papel investigatório das polícias, transmudando-se o inquérito policial em inquérito ministerial. Destacou que o próprio art. 129 da CF dá um tratamento diferenciado, conforme o inquérito vise à propositura de ação civil pública, quando é função institucional do *Parquet* promover o inquérito, ou à ação penal, hipótese em que lhe cumpre apenas provocar a instauração e requisitar as diligências que repute indispensáveis.”⁸⁴

⁸³BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acompanhamento Processual. Consultado em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2229923>. Acessado em 10/07/2013

⁸⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Assessoria da Presidência. Plenário: investigação criminal

Interpretação esta que segue exatamente o modelo positivista contraditado pela ótica do direito como integridade, negligenciando a incidência de princípios relativos ao papel institucional do Ministério Público, bem como a própria narrativa que já fora dada ao longo dos anos. Repisa-se que não se questiona aqui posição favorável ou desfavorável que o respectivo Ministro poderia ou não ter, mais sim, a ausência de contextualização ante a história institucional do Supremo Federal Tribunal e do Ministério Público, bem como a negligência que a interpretação dá a incidência dos princípios que poderiam nortear o entendimento da matéria. Também não se intenta dispor que este ou aquele princípio deveria ser aplicado, mas que o resgate da história institucional poderia fornecer subsídios para a aplicação dos princípios que melhor respondessem neste caso em específico aos anseios morais de justiça, equidade e igualdade.

Insta elucidar, doravante, as interpretações propugnadas em meio ao acórdão firmado no julgamento do **Recurso Extraordinário nº 535.478**, interposto contra julgado do Superior Tribunal de Justiça que negou provimento a Recurso Ordinário Constitucional, eis que novamente erigida a matéria acerca do poder de investigação do Ministério Público.

Contextualizando, trata-se de caso de indícios de crime contra a ordem tributária, em meio ao qual o *Parquet*, solicitou a quebra de sigilo bancário de determinados cidadãos que movimentaram valor superior dois milhões de reais no ano calendário de 1998, em razão de reportagem divulgada pela Revista Veja.

De relatoria da Ministra Ellen Gracie, sua importância se solidifica, na medida em que se vale de importantes elementos para a compreensão do atual contorno dado à matéria, notadamente, quanto à compreensão da incidência da Teoria dos Poderes Implícitos sobre as interpretações dos casos que ali se iriam constituir.

Neste sentido, menciona-se o seu voto, o qual foi acolhido de forma unânime, fazendo-se presentes os Ministros Joaquim Barbosa e Cezar Peluso e ausentes, justificadamente, os Ministros Eros Grau e Celso Mello (presidente):

promovida pelo ministério público e adiantamento da denúncia - 2. **Informativo STF**, Brasília, DF, n. 471, 11 a 15 de junho de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo471.htm>>. Acesso em: 10/07/2013.

“Não há óbice a que o Ministério Público requirite esclarecimentos ou diligencie diretamente a obtenção da prova de modo a formar seu convencimento a respeito de determinado fato, aperfeiçoando a persecução penal, mormente em casos graves como o presente que envolvem altas somas em dinheiro movimentadas em contas bancárias. É perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem delito, ainda que a título excepcional, como seria a hipótese do caso em tela. Tal conclusão não significa retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (art. 129 e 144) de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos supostamente delituosos, mas também a formação da *opinio delicti*.”⁸⁵

Nota-se, portanto, que a ministra passou a adotar uma nova ótica, reconhecendo a importância do papel institucional do Ministério Público, tendo-se por norte o princípio da obrigatoriedade da ação penal, na medida em que a *opinio delicti* necessita de lastro probatório mínimo, o qual, se não galgado, deslegitimaria posterior denúncia. Trata-se, também, de entendimento que guarda relação reflexa com o princípio constitucional de presunção de inocência, na medida em que o poder de investigação do Ministério Público não se consubstancia em face da busca inexorável de se dar uma resposta à sociedade, mas ao revés, em verdadeira garantia do cidadão ante aos possíveis abusos do Estado, no sentido de que o cidadão somente poderá responder a processo judicial se realmente houverem provas que embasem a denúncia, não podendo sua vida ser devassada ao bel prazer de uma compreensão equivocada do contexto fático por uma autoridade pública.

Evidencia-se, portanto, a dimensão de garantia individual que o poder de investigação do Ministério Público pode se revestir, adequando-se a anseios de pacificação social e de justiça que sejam coerentes com os mandamentos constitucionais do devido processo legal e presunção de inocência. Neste sentido, percebe-se o Ministério Público, ao se valer do poder de investigação criminal, tanto poderá buscar elementos probatórios que fundamente a denúncia, quanto deverá agir no sentido contrário, ou seja, afastar os elementos probatórios falsos, ilícitos ou temerários, evitando, assim, devassa ilegal da imagem do investigado.

⁸⁵BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 535.478**, Segunda Turma, Rel. Ministra Ellen Gracie, Brasília, DF, 28 de outubro de 2008. Disponível em: “<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=563935>”. Acesso em: 25/06/2013.

“A obrigatoriedade da ação penal pública é o exercício de um poder-dever, conferido ao Ministério Público, de exigir do Estado-juiz a devida prestação jurisdicional a fim de satisfazer a pretensão acusatória estatal, restabelecendo a ordem jurídica violada. Trata-se de um múnus público constitucional conferido ao Ministério Público pela sociedade, através do exercício do poder constituinte originário.”⁸⁶

Cabe mencionar que o entendimento dado à matéria pela Ministra fora diametralmente oposto ao exarado em meio ao *Habeas corpus* nº 81.157, de 01/07/2003, no que se evidenciar as perplexidades que podem surgir ao se negligenciar a história institucional, senão vejamos:

“A Senhora Ministra Ellen Gracie - :Srº Presidente, não fiz qualquer remissão porque me parecia desnecessário, uma vez que acompanhei o Relator. Posta a questão, e como vários colegas já se posicionaram, quero fazer a expressa manifestação do meu pensamento a respeito. Quero afirmar a minha integral adesão ao voto do Relator, no que toca especificamente à missão do Ministério Público. **Este promove investigação, em que atuará mais tarde como acusador. Entendo que o Ministério Público não pode acumular estas duas tarefas: a de acusador com a de inquisitor.**”⁸⁷

Percebe-se, portanto, marcante alteração do contorno interpretativo de forma a se reconhecer a constitucionalidade da atuação do Órgão Ministerial.

Prossegue a Ministra em seu voto:

“O art. 129, inciso I, da Constituição Federal, atribui ao *Parquet* a privatividade na promoção da ação penal pública. Do seu turno, o Código de Processo Penal estabelece que o inquérito policial é indispensável, já que o Ministério Público pode embasar pedido em peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia. Ora, é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos “poderes implícitos”, segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Se a atividade fim – promoção da ação penal pública – foi outorgada ao *Parquet* em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que “peças de informação” embasem a denúncia.”⁸⁸

⁸⁶RANGEL, Paulo. *Investigação criminal direta pelo Ministério Público: visãocrítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 4ª Edição. 2012 p. 129.

⁸⁷BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 83.157, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Marco Aurélio, Brasília, DF, 01 de julho de 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79273>>. Acesso em: 25/06/2013.

⁸⁸BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 535.478**, Segunda Turma, Rel. Ministra Ellen Gracie, Brasília, DF, 28 de outubro de 2008. Disponível em: “<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=563935>”. Acesso em: 25/06/2013.

Nota-se, talvez, a primeira remissão à Teoria dos Poderes Implícitos, em relação a qual teceremos algumas ponderações a respeito, não se fazendo equívoco buscar as suas raízes.

É que, em que se pese a intenção nobre da Ministra de se dar à matéria do poder de investigação criminal outro trato daquele já dado até aquele momento, a utilização descontextualizada de tal teoria poderia gerar as mesmas perplexidades advindas das óticas de interpretação realista ou positivista, que a visão do direito como integridade tanto se propõe a contrapor.

Neste sentido, merece ser feito um breve retrospecto ao célebre caso *McCULLOCH v MARYLAND*⁸⁹, julgado em 6/03/1819 pela Suprema Corte Americana sob a presidência de John Marshall, em meio ao qual a Teoria dos Poderes Implícitos ou *inherent powers* teve os seus contornos delineados.

A discussão trazida naquele contexto fático em específico questionava os limites do poder de atuação dos Estados em face do poder do governo federal.

Em suma, a discussão decorre da edição de Lei aprovada pelo Estado de Maryland em 11/02/1918 que impunha o recolhimento de taxas de todos os bancos não estabelecidos pelo estado, de sorte que tais bancos, no exercício de suas atividades estariam proibidos de emitir notas bancárias, a não ser por meio de papel selado emitido pelo próprio estado de Maryland. Ocorre que, anteriormente à edição desta, havia o Congresso Americano editado em 10/04/1816 Lei, incorporando ações do *Bank of The United States*, que operava como um banco privado, no intuito de auxiliar a controlar a emissão de moedas irregulares por bancos estaduais.

É daí que se insurge o embate, posto que determinado operador de caixa denominado McCulloch que trabalhava na filial do citado banco em Baltimore emitiu notas bancárias sem obedecer à lei estadual de Maryland, no que se viu no direito, o citado Estado, em processar McCulloch, em razão do não pagamento das taxas previstas na norma estadual, havendo McCulloch apelado à Suprema Corte,

⁸⁹Legal Information Institute. “*McCulloch v. Maryland - Error to the court of appeals of the state of maryland*”. In: “http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0017_0316_ZS.html”. Acessado em: 05/07/2013.

após julgada procedente a ação ajuizada pelo estado de Maryland pela Corte Estadual⁹⁰.

Questionou-se, portanto, a constitucionalidade da instituição de um banco pelo governo federal por meio da compra de ações, eis que não expressamente prevista no corpo constitucional. Ocorre que, no entendimento da Corte Suprema, a instituição de um banco era um poder implícito na Constituição dos Estados Unidos em decorrência de denominada “*cláusula elástica*”⁹¹ que permitia ao Congresso, em busca de executar as políticas do governo federal, editar leis de uma forma adequada e necessária para a busca destes fins (*Necessary and Proper Clause*)⁹².

Segundo Marshall:

“o Congresso está autorizado a aprovar todas as leis “necessárias e adequadas” para a execução dos poderes que lhe foram conferidos. Essas palavras “necessária e adequada”, em tal instrumento, devem provavelmente ser consideradas como sinônimas. Necessariamente, poderes devem aqui significar os poderes que forem adequados e se ajustem ao objeto; como sendo o melhor e mais útil em relação ao fim proposto. **Se não fosse assim, e se o congresso não pudesse utilizar outros meios que não os que fossem absolutamente indispensáveis para a existência de um poder maior, o governo dificilmente existiria; pelo menos, seria totalmente inadequado aos propósitos da sua formação.**”⁹³

Nota-se, portanto, que a preocupação do jurista se funda na própria adequação aos ínlitos propósitos que justificavam a formação do Congresso

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ Legal Information Institute. “*Necessary and Proper Clause*”. Consultado no site: ” http://www.law.cornell.edu/wex/necessary_and_proper_clause” Acessado em: 05/07/2013.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ DANNEBROCK, Patrícia Lopes. “**A Teoria dos Poderes Implícitos e sua aplicação no Processo Penal brasileiro**”, *Paper* apresentado em 18 de março de 2011 como requisito final para aprovação no Módulo de Direito Processual Penal do Curso de Pós-Graduação – Especialização *Lato Sensu* em Direito Penal e Direito Processual Penal da Faculdade IDC. p.5. Consultado em: https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CDAQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.paginasdeprocessopenal.com.br%2Findex.php%3Foption%3Dcom_phocadownload%26view%3Dcategory%26download%3D68%3Aa-teoria-dos-poderes-implicitos-e-sua-aplicao-no-processo-penal-brasileiro%26id%3D10%3Aartigos-de-colaboradores%26Itemid%3D19&ei=x3rnUcjhIlzu8AS47IA4&usq=AFQjCNHbwWPoBZgGpTh50y0kFuaP2kvQHQ&sig2=BHQQ-3gBkK46imDAXkS0uw: Acessado em 06/07/2013. “*Congress is authorized to pass all laws 'necessary and proper' to carry into execution the powers conferred on it. These words, 'necessary and proper,' in such an instrument, are probably to be considered as synonymous. Necessarily, powers must here intend such powers as are suitable and fitted to the object; such as are best and most useful in relation to the end proposed. If this be not so, and if congress could use no means but such as were absolutely indispensable to the existence of a granted power, the government would hardly exist; at least, it would be wholly inadequate to the purposes of its formation.*” (grifamos)

Americano, pois engessado ficaria se o contrário fosse entendido, o que não significaria que o simples reconhecimento da necessidade de se implementar um fim qualquer justificaria remissão à *Necessary and Proper Clause*, mas sim, nos casos em que estes fins fizesse com que tais meios se revelassem como os “melhores e mais úteis”.

Acentua ainda o jurista:

“Deixemos isso ser feito no caso em consideração. **O assunto é a execução dos grandes poderes dos quais o bem-estar da Nação essencialmente depende.** Deve ter sido a intenção daqueles que concederam esses poderes de garantir, até onde a prudência humana pode garantir, a sua proveitosa execução. Isso não pode ser feito confiando a escolha dos meios a limites tão estreitos a não deixar no poder do Congresso a adoção de quaisquer meios que possam ser apropriados, e que conduziram a um fim. Essa provisão é feita na Constituição com o intuito de perdurar por eras vindouras, e consequentemente para ser adaptada às várias crises das relações humanas. Ter prescrito meios pelos quais o Governo deve, em tempo futuro, executar seus poderes teria modificado completamente a característica do instrumento e dado as características de um código legal. Teria sido uma tentativa imprudente prover por regras imutáveis exigências que, se previstas em um todo, teriam sido vagamente, e que melhor podem ser providas na medida em que ocorrerem. Ter declarado que os melhores meios não devem ser usados, mas somente aqueles sem os quais o poder concedido teria sido inútil, teria sido privar a legislatura da capacidade de avaliar ela mesma pela experiência, de exercitar a sua razão, e de acomodar a sua legislação às circunstâncias.”⁹⁴

Percebe-se, da interpretação do trecho transcrito, que a preocupação que ali se tinha em consideração era para com “a execução dos grandes poderes dos quais o bem-estar da Nação essencialmente depende”. Preocupação esta de suma importância para a efetividade e legitimidade da máquina estatal. Não se trata, portanto, de se conceder um poder a algo que já possua base principiológica ou regramento consolidado, mas sim para se criar mecanismos que possibilitem a

⁹⁴ “*Let this be done in the case under consideration. The subject is the execution of those great powers on which the welfare of a Nation essentially depends. It must have been the intention of those who gave these powers to insure, so far as human prudence could insure, their beneficial execution. This could not be done by confiding the choice of means to such narrow limits as not to leave it in the power of Congress to adopt any which might be appropriate, and which were conducive to the end. This provision is made in a Constitution intended to endure for ages to come, and consequently to be adapted to the various crises of human affairs. To have prescribed the means by which Government should, in all future time, execute its powers would have been to change entirely the character of the instrument and give it the properties of a legal code. It would have been an unwise attempt to provide by immutable rules for exigencies which, if foreseen at all, must have been seen dimly, and which can be best provided for as they occur. To have declared that the best means shall not be used, but those alone without which the power given would be nugatory, would have been to deprive the legislature of the capacity to avail itself of experience, to exercise its reason, and to accommodate its legislation to circumstances.*” *Ibidem*.p. 5. (grifamos)

continuidade da história institucional que ali vinha sendo perpetrada. Em outros termos “Essa provisão é feita na Constituição com o intuito de perdurar por eras vindouras, e conseqüentemente para ser adaptada às várias crises das relações humanas.”⁹⁵

Desta forma, verifica-se que a interpretação da incidência da Teoria dos Poderes Implícitos sobre a temática afeta ao poder de investigação do Ministério Público deve ser feita com cautela, porquanto, conforme já salientado aqui, não se trata de caso em que se vislumbre ausência de regramento, ou densificação de princípios. Noutros termos, os poderes implícitos se revelam como um poder adicional e não como um argumento a mais para se fundamentar a garantia de direitos já resguardados, ou seja, trata-se da previsão de se possibilitar poderes adicionais irradiados por princípios e não para funcionar como uma restrição dos poderes já garantidos.

Ora, remetendo-nos ao texto constitucional pátrio, percebe-se que o constituinte originário já teve a preocupação em se dar a devida “elasticidade” ao dispor sobre as funções institucionais do Ministério Público, não sendo por acaso a redação dada ao inciso IX do Art. 129 da Magna Carta⁹⁶. Preocupação esta que permitiu a necessária e adequada previsão do exercício de diligências investigatórias pelo *Parquet*, nos termos do inciso V do Art. 8º da Lei Complementar nº 75/93⁹⁷ e da alínea “c” *caput* e incisos III, IV e V da Lei nº 8.624/93⁹⁸.

Neste sentido prelecionam os professores Lênio Streck e Luciano Feldens:

“A validade material da referida legislação, no que detalha os mecanismos de atuação institucional, conferindo-lhe os poderes de investigação ali apontados, é diferentemente aferível a partir da cláusula de abertura inscrita no art. 129, inciso IX, da Constituição, no que faculta ao legislador atribuir ao Ministério

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público (...) 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.” Constituição Federal.

⁹⁷ “Art. 8º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência: (...) V - realizar inspeções e diligências investigatórias.

⁹⁸ Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá: (...) c) promover inspeções e diligências investigatórias junto às autoridades, órgãos e entidades a que se refere a alínea anterior; (...) III - requisitar à autoridade competente a instauração de sindicância ou procedimento administrativo cabível; IV - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, observado o disposto no art. 129, inciso VIII, da Constituição Federal, podendo acompanhá-los; V - praticar atos administrativos executórios, de caráter preparatório; Lei nº 8.625.

Público “outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com a sua finalidade”⁹⁹

Ora, parece-nos que qualquer interpretação que se pautar com base na Teoria dos Poderes implícitos tem por objetivo dar elasticidade ao que já fora constituído de forma elástica, o que poderia acabar dando outra extensão ao que já possui medida adequada, malgrado não problematizada ou negligenciada.

Ademais, resgatando-se a história institucional à luz dos princípios que regem a matéria, percebe-se que a interpretação que embasa o reconhecimento da constitucionalidade do poder de investigação do Ministério Público guarda relação muito mais profunda com a proeminência do seu papel institucional, tendo em vista se tratar de órgão com a incumbência privativa do exercício da ação penal pública, no que se pode vislumbrar, a depender da argumentação jurídica a ser perpetrada, a irradiação da incidência de princípios como o da obrigatoriedade da ação penal pública, na sua dimensão de garantia ao cidadão de adequada formação do *opinio delicti*, a fim de justificar o *dominus litis*, e do devido processo legal, só para efeito de exemplo.

E é aí que o resgate da história institucional na forma do modelo de romance em cadeia ganha o seu realce, na medida em que entendimento semelhante fora firmado em antigo caso, aqui trabalhado, exarado antes da Lei Maior Hodierna, qual seja, o Recurso em *Habeas corpus* nº 61.610-9/RJ, julgado em 05/08/1983, em meio ao qual já tivemos a oportunidade de se verificar que o Ministério Público à luz do seu *status* institucional de órgão essencial à função jurisdicional do Estado, possuidor da exclusividade da proposição da ação penal pública, estaria constitucionalmente apto a adotar diligências investigatórias a fim de melhor forma o seu *opinio delicti*.

⁹⁹STRECK, Lenio Luiz Streck; FELDENS, Luciano. “Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público, Forense”, Rio de Janeiro, 2003. p. 15/16.

2.2.2 Alguns dos recentes capítulos da “*chain novel*” – novas tendências argumentativas e novos enfoques jurídicos

O ano de 2009 representou a consolidação da posição do Supremo ante ao tema, ganhando ainda mais espaço os argumentos envolvendo a Teoria dos Poderes Implícitos.

É neste sentido que ganha espaço o questionamento quanto à coerência da elevação da Teoria dos Poderes Implícitos como fundamento mais comumente utilizado, na medida em que, conforme expusemos, revela-se destoante da história institucional que ali vinha sendo perpetrada, bem como negligencia a irradiação de outros princípios que poderiam ter sido utilizados para se interpretar a matéria, no que não se pode olvidar, ainda, a desconsideração do argumento mais próximo, qual seja, a existência de regramento, ou densificação principiológica, com azo de amparar a adoção de diligências investigativas por parte do Ministério Público.¹⁰⁰

“Resulta nítida a relação meio-fim exurgente do cotejo dos dispositivos legal (art. 8º, V, da LC 75/93, congruente à dicção do Art. 26 da Lei 8.625/93) e constitucional (art. 129, I da CRFB), a dar acolhida, portanto, à terceira – e última – das condicionantes impostas pelo Art. 129, IX, da Constituição.”¹⁰¹

Não obstante os questionamentos erigidos, fato é que a Teoria dos Poderes Implícitos já se encontra sedimentada na interpretação da história afeta ao poder de investigação do Ministério Público, no que, em respeito à proposta inicial de se trabalhar a temática como se um romance em cadeia o fosse, merece-se destaque uma breve menção a alguns julgados, a fim de se demonstrar o amadurecimento interpretativo dado à matéria.

Neste sentido, merece alusão o HC 91.661 de relatoria da Ministra Ellen Gracie em cuja ementa se repete o entendimento exarado em meio ao RE Nº 535.478, *ipsis litteris*.

¹⁰⁰ Alínea “c” caput e incisos III, IV e VI do Art. 26 da Lei 8.625/93, inciso V do Art. 129 da Lei Complementar nº 75/90 cumulado com inciso IX do Art. 129 da Constituição Federal.

¹⁰¹ STRECK, Lenio Luiz Streck; FELDENS, Luciano. “**Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público, Forense**”, Rio de Janeiro, 2003. p.81.

“Ora, é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos “**poderes implícitos**”, segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Se a atividade fim – promoção da ação penal pública – foi outorgada ao *Parquet* em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que “peças de informação” embasem a denúncia.”¹⁰²

Vale destacar que se trata de *Habeas corpus* impetrado em razão de delitos praticados por policiais, os quais, portanto, objetivavam o trancamento da ação penal, sob a alegação de falta de justa causa e de ilicitude da denúncia por estar amparada em depoimentos colhidos pelo Ministério Público.

Na mesma linha de entendimento, mas se explorando a narrativa de uma forma mais abrangente, tem-se o HC 89.837-DF julgado em 20/10/2009 sob a relatoria do Ministro Celso de Mello em cujo voto esmiúça-se profusamente a matéria em voga, no que se pode destacar sua ementa:

“EMENTA - HABEAS CORPUS” – CRIME DE TORTURA ATRIBUÍDO A POLICIAL CIVIL – POSSIBILIDADE DE O MINISTÉRIO PÚBLICO, FUNDADO EM INVESTIGAÇÃO POR ELE PRÓPRIO PROMOVIDA, FORMULAR DENÚNCIA CONTRA REFERIDO AGENTE POLICIAL – VALIDADE JURÍDICA DESSA ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA – CONDENAÇÃO PENAL IMPOSTA AO POLICIAL TORTURADOR - LEGITIMIDADE JURÍDICA DO PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – MONOPÓLIO CONSTITUCIONAL DA TITULARIDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA PELO “PARQUET” – TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS – CASO “McCULLOCH vs. MARYLAND” (1819) – MAGISTÉRIO DA DOCTRINA (RUI BARBOSA, JOHN MARSHALL, JOÃO BARBALHO, MARCELLO CAETANO, CASTRO NUNES, OSWALDO TRIGUEIRO, v.g.) – OUTORGA, AO MINISTÉRIO PÚBLICO, PELA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, DO PODER DE CONTROLE EXTERNO SOBRE A ATIVIDADE POLICIAL – LIMITAÇÕES DE ORDEM JURÍDICA AO PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – “HABEAS CORPUS” INDEFERIDO. NAS HIPÓTESES DE AÇÃO PENAL PÚBLICA, O INQUÉRITO POLICIAL, QUE CONSTITUI UM DOS DIVERSOS INSTRUMENTOS ESTATAIS DE INVESTIGAÇÃO PENAL, TEM POR DESTINATÁRIO PRECÍPUO O MINISTÉRIO PÚBLICO.”¹⁰³

¹⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 91.661, Segunda Turma, Rel. Ministra Ellen Gracie, Brasília, DF, 02 de abril de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=584784>>. Acesso em: 05/07/2013. (grifamos).

¹⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 89.837, Segunda Turma, Rel. Ministro Celso de Mello, Brasília, DF, 20 de outubro de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605906>>. Acesso em: 10/07/2013.

Neste ponto, é interessante notar que o Ministro exara interpretação mais abrangente, valendo-se, inicialmente de argumento de princípio consubstanciado pelo “monopólio constitucional da titularidade da ação penal pública pelo “*Parquet*””, no que se verifica o resgate do papel institucional do Órgão Ministerial, embora ainda silente em trazer para a análise a incidência do regramento que o sistema normativo poderia vir a dar a matéria¹⁰⁴.

O resgate do papel institucional do Ministério Público e, reflexivamente, o da própria dimensão diacrônica afeta ao poder de investigação, faz-se, ainda mais evidente ao se analisar os argumentos utilizados para se construir a sua inteligência.

“O inquérito policial qualifica-se como procedimento administrativo, de caráter **pré-processual**, **ordinariamente** vocacionado **a subsidiar**, nos casos de infrações perseguíveis mediante ação penal de iniciativa pública, **a atuação persecutória** do Ministério Público, **que é o verdadeiro destinatário** dos elementos que compõem a “*informatio delicti*”. **Precedentes.** - **A investigação penal**, quando realizada por organismos policiais, **será sempre dirigida** por autoridade policial, **a quem igualmente competirá** exercer, **com exclusividade**, **a presidência** do respectivo inquérito. - **A outorga** constitucional **de funções** de polícia judiciária à instituição policial **não impede nem exclui** a possibilidade de o Ministério Público, que é o “*dominus litis*”, **determinar** a abertura de inquéritos policiais, **requisitar** esclarecimentos e diligências investigatórias, **estar presente e acompanhar**, **junto** a órgãos e agentes policiais, **quaisquer** atos de investigação penal, **mesmo** aqueles sob regime de sigilo, sem prejuízo **de outras** medidas que lhe pareçam **indispensáveis** à formação da sua “*opinio delicti*”, **sendo-lhe vedado**, no entanto, **assumir** a presidência do inquérito.”¹⁰⁵

No mesmo rumo do HC 89.837-DF, tem-se, ainda no ano de 2009 o HC 94.173-BA, também de relatoria do Ministro Celso de Mello, julgado em 27/10/2009, onde se buscava a declaração de nulidade da denúncia promovida em razão de suposto envolvimento de servidores em crime de peculato, no que merece referência parcela de sua ementa:

“(…) **AQUESTÃO DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DE EXCLUSIVIDADE E ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA.**

¹⁰⁴ Interpretação sistemática da alínea “c” caput e incisos III, IV e VI do Art. 26 da Lei 8.625/93, inciso V do Art. 129 da Lei Complementar nº 75/90 cumulado com inciso IX do Art. 129 da Constituição Federal.

¹⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* nº 89.837, Segunda Turma, Rel. Ministro Celso de Mello, Brasília, DF, 20 de outubro de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605906>>. Acesso em: 10/07/2013.

- **A cláusula de exclusividade inscrita** no art. 144, § 1º, **inciso IV**, da Constituição da República - **que não inibe** a atividade de investigação criminal do Ministério Público - **tem** por única finalidade **conferir** à Polícia Federal, **dentre os diversos** organismos policiais **que compõem** o aparato repressivo da União Federal (*polícia federal, polícia rodoviária federal e polícia ferroviária federal*), **primazia investigatória** na apuração dos crimes previstos **no próprio** texto da Lei Fundamental **ou**, ainda, em tratados **ou** convenções internacionais.

(...) - **Função** de polícia judiciária **e** **função** de investigação penal: uma distinção conceitual relevante, **que também justifica** o reconhecimento, ao Ministério Público, do poder investigatório em matéria penal. **Doutrina.**

É PLENA A LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO PODER DE INVESTIGAR DO MINISTÉRIO PÚBLICO, POIS OS ORGANISMOS POLICIAIS (EMBORA DETENTORES DA FUNÇÃO DE POLÍCIA JUDICIÁRIA) NÃO TÊM, NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO, O MONOPÓLIO DA COMPETÊNCIA PENAL INVESTIGATÓRIA.

- **O poder de investigar compõe**, em sede penal, **o complexo** de funções institucionais do Ministério Público, **que dispõe**, na condição de “*dominus litis*” **e**, também, **como expressão** de sua competência para exercer o controle externo da atividade policial, **da atribuição** de fazer instaurar, **ainda que em caráter subsidiário, mas** por autoridade própria **e** sob sua direção, **procedimentos** de investigação penal **destinados** a viabilizar a obtenção de dados informativos, de subsídios probatórios **e** de elementos de convicção **que lhe permitam** formar a “*opinio delicti*”, **em ordem a propiciar** eventual ajuizamento da ação penal de iniciativa pública. **Doutrina. Precedentes: RE 535.478/SC**, Rel. Min. ELLEN GRACIE – **HC 91.661/PE**, Rel. Min. ELLEN GRACIE – **HC 85.419/RJ**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **HC 89.837/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.

CONTROLE JURISDICIONAL DA ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA DO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO: O PONIBILIDADE, A ESTES, DO SISTEMA DE DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS, QUANDO EXERCIDO, PELO “PARQUET”, O PODER DE INVESTIGAÇÃO PENAL.

- **O Ministério Público, sem prejuízo** da fiscalização intra-organica **e** **daquela** desempenhada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, **está permanentemente sujeito ao controle jurisdicional** dos atos que pratique **no âmbito** das investigações penais que promova “*expropria auctoritate*”, **não podendo**, dentre **outras** limitações de ordem jurídica, **desrespeitar** o direito do investigado ao silêncio (“*nemo tenetur se detegere*”), **nem** lhe ordenar a condução coercitiva, **nem constrangê-lo** a produzir prova contra si próprio, **nem lhe recusar** o conhecimento das razões **motivadoras** do procedimento investigatório, **nem submetê-lo** a medidas **sujeitas** à reserva constitucional de jurisdição, **nem impedi-lo** de fazer-se acompanhar de Advogado, **nem impor, a este**, indevidas **restrições** ao regular desempenho de suas prerrogativas profissionais (**Lei nº 8.906/94**, art. 7º, v.g.). (...) ¹⁰⁶

Verifica-se, aqui, outra perspectiva é dada à interpretação ao se questionar a coerência do argumento de que as polícias civil e federal detêm a exclusividade da investigação criminal. Argumento este sensível a qualquer enfoque mais aprofundado, na medida em que solaparia todo o aparato estatal de investigação,

¹⁰⁶BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 94.173**, Segunda Turma, Rel. Ministro Celso de Mello, Brasília, DF, 20 de outubro de 2009. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605906>>. Acesso em: 10/07/2013.

os quais possuem raízes institucionais consolidadas e profundas, à exemplo da Receita Federal, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), o Tribunal de Contas da União (TCU), as Comissões Parlamentares de Inquéritos (CPI), entre outros órgãos que compõe o aparato de investigação do Estado. Outrossim, cabe mencionar que muito da história institucional fora resgatado na interpretação dada pelo Ministro relator ao caso, de forma que ao longo do seu extenso voto de setenta e duas páginas, nota-se o tratamento mais abrangente focado no resgate da função institucional do Ministério Público, notadamente ao que concerne à titularidade da ação penal pública e aos cuidados de se garantir a incolumidade dos direitos fundamentais, revelando, portanto, maior compatibilidade da interpretação exarada neste julgado com a ótica de direito como integridade aqui permeada.

De forma semelhante ao traçado no julgamento anterior, tem-se ainda, na mesma data, 27/10/2009, e sob a mesma relatoria, Ministro Celso de Melo, os *Habeas corpus* 90.099-RS e 87.610-SC, os quais foram, também, unanimemente indeferidos, nos termos do voto do relator, no que se vislumbra consolidação do entendimento da 2ª Turma acerca da matéria atinente ao poder de investigação do Ministério Público.

Isto posto, passaremos a nos deter à análise do trato dado pela Primeira Turma sobre a matéria, de forma a subsidiar percepção mais abrangente.

Neste sentido, merece destaque o HC 96.638/BA de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski julgado em 02/12/2010 e indeferido por maioria de votos, posto que vencido o voto do Ministro Marco Aurélio.

Em suma, buscava o impetrante a declaração de nulidade da ação penal, eis que fundamentada em provas colhidas pelo *Parquet*, não obstante o entendimento diverso do relator supracitado, no que importa menção do seu voto, seguido pelos Ministros Cármen Lúcia e Dias Toffoli:

“Logo, não houve parte do Ministério Público a presidência de inquérito policial, esse, sim, das autoridades policiais, mas, apenas a realização de diligências complementares para a formação da opinião do órgão acusador, decorrentes do comparecimento espontâneo, ao Órgão Ministerial, do corréu, que relatou a prática dos fatos delituosos pelos

pacientes, bem como a notificação e oitiva de outras pessoas que tiveram conhecimento dos fatos.”¹⁰⁷

Percebe-se que a ótica erigida pelo Ministro relator limitou-se ao reconhecimento da possibilidade de o *Parquet* realizar diligências complementares para a formação do *opinio delicti*, na medida em que não estaria o Órgão Ministerial adentrando na competência reservada a polícia, não por acaso cita o Ministro o voto do, à época, ex-Ministro Carlos Velloso em sede do julgamento do RHC 83.991/MG, já mencionado.

Neste ínterim, conquanto estivesse presente o embate sobre a matéria acerca do poder de investigação do Ministério Público, denota-se a timidez argumentativa dos Ministros, destoando-os se comparados aos votos exarados pela Segunda Turma, à época, o que, talvez, seria justificável, posto que, nos termos do voto vencido do Ministro Marcos Aurélio¹⁰⁸, as ponderações acerca do poder de investigação do Ministério Público mereceriam maior aprofundamento por via da manifestação do plenário em sede do julgamento do *Habeas corpus* nº 84.548¹⁰⁹.

Por derradeiro, cabe resgatarmos outro fragmento deste romance em cadeia por meio da análise do *Habeas corpus* nº 93.930, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, julgado em 07/12/2010.

Em suma, tratou-se de *Habeas corpus* impetrado em vista da denegação de writ anterior pelo Superior Tribunal de Justiça, objetivando trancar a ação penal lastreada por denúncia do paciente nos crimes de tortura e concussão.

Imprimiu-se, também neste julgamento, outro contorno à interpretação da matéria, de forma a problematizar juridicamente o contexto que alie era apreciado, permitindo maior incidência dos princípios que merecem ser considerados, notadamente, no que concerne aos princípios afetos às garantias individuais.

¹⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas corpus* nº 89.837**, Primeira Turma, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, DF, 02/12/2010. Disponível em: “[¹⁰⁸ *Ibidem*.](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+96638%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+96638%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a5ropqz.” Acessado em 11/07/2013.</p></div><div data-bbox=)

¹⁰⁹ Cabe salientar que além do presente *Habeas corpus*, a matéria acerca do poder de investigação do Ministério Público também está sendo aventado pelo Plenário em meio ao julgamento do RE 593.727-5/MG, o qual teve a sua repercussão geral reconhecida em 24/09/2009.

“Tal como ressaltado pelo eminente Prof. Luís Roberto Barroso, em parecer encaminhado pela Secretaria de Direitos Humanos nos autos do Inq. nº 1968, fl. 21, “não é desimportante lembrar que a Polícia sujeita-se ao controle do Ministério Público. Mas se o Ministério Público desempenhar, de maneira ampla e difusa, o papel da Polícia, quem irá fiscalizá-lo? É certo, outrossim, que a instalação de eventual concorrência entre órgãos envolvidos pode comprometer a efetividade da apuração criminal, com sérios prejuízos para todos. A informalidade de um sistema investigatório, a criação de procedimentos informais pode acarretar, por seu turno, graves danos à proteção dos direitos individuais. As previsões constitucionais que disciplinam a persecução penal não admitem uma atuação estatal arbitrária. Daí, a necessidade de regras garantidoras da participação do atingido, assim como aqueles que definem critérios para a investigação pelo Ministério Público.”¹¹⁰

Ademais, novamente é questionada a necessidade de se dar parâmetros adequados ao pretense poder de investigação do Órgão Ministério, de forma a impedir violação a garantias constitucionais dos cidadãos, firmando-se uma interpretação de cunho mais principiológico e condizente com situação na qual se encontrava a análise da matéria, eis que pendente de julgamento pelo plenário.

“A ideia de participação procedimento constitui nota marcante de um estado democrático de direito. Não se nega, portanto, a necessidade e a relevância de uma atuação efetiva do Ministério Público em prol do interesse público. Todavia, a intervenção extrema não se dá, em estado democrático de direito – repisa-se – sem a observância de garantias mínimas ao atingido, tais como distribuição impessoal e objetiva dos processos, procedimentalização das diligências, normas de abertura e arquivamento das investigações, de oitiva do acusado e testemunhas, de responsabilização para os excessos e abusos cometidos pelos membros do Parquet.”¹¹¹

Nesta última parte do presente trabalho, buscou-se analisar algum dos julgados mais recentes sobre a matéria relativa ao poder de investigação do Órgão Ministerial.

Não se intentou perscrutar a análise minuciosa de todos os julgados sobre a matéria, porquanto, além de se revelar pretensão falível, digna somente do juiz Hércules preconizado por Dworkin, não se faz condizente com as propostas iniciais da pesquisa.

¹¹⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus** nº 93.930, Segunda Turma, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Brasília, DF, 07 de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618675>>. Acesso em: 12/07/2013.

¹¹¹*Ibidem*.

Buscou-se, tão somente, demonstrar que outra dimensão passou a ser dada à narrativa afeta ao poder de investigação do Ministério Público, dimensão esta mais coerente com a proposta de Dworkin de direito como integridade pautado sob o prisma construtivista de interpretação, de forma a elucidar os problemas jurídicos relevantes que circundam a matéria.

“Para Dworkin, “Argumentar juridicamente significa trazer à luz problemas jurídicos relevantes [...] numa vasta rede de princípios derivados da ordem jurídica ou da moralidade política.” Em seu entender, o direito consiste em um fenômeno social complexo, e esta característica, aliada a sua função e conseqüências, passa a exigir uma característica especial de sua estrutura, a que Dworkin vai atribuir ao caráter argumentativo do Direito.”¹¹²

E é exatamente este esforço argumentativo, de se trazer à luz os problemas jurídicos relevantes, que propiciou uma maior abertura para a incidência dos princípios que norteiam a matéria em apreço, não obstante a recalcitrante ausência de resgate da história institucional do órgão.

Não que questionemos qual princípio deveria ser aplicado ou qual não se deveria, posto que possuem os ministros muito mais embasamento argumentativo para tal intento, todavia, diante da longa e exaustiva narrativa que fora construída por esta Corte Suprema, não seria muito esperar que houvesse um esforço para que a história institucional dos julgados sobre a matéria fosse resgatada, de forma a propiciar ao magistrado maior sopesamento dos princípios que se irrompem ante à atividade interpretativa.

Isto não quer dizer que tal esforço ensejaria uma moldagem dos argumentos preconcebidos pelo magistrado à história institucional, pelo contrário, a descrição geral da interpretação jurídica proposta pela ótica construtivista de direito como integridade, propõe que o julgador interprete a história institucional, preservando-se, portanto a dimensão diacrônica, a coerência da narrativa da história, de forma a possibilitar a incidência dos princípios que melhor respondem àquela situação fática em específico a ser interpretada.

¹¹² BOTELHO, Marcos César. “A lei em Ronald Dworkin. breves considerações sobre a integridade no direito.” INTERTEMAS - ISSN 2176-848X, Vol. 13. Consultado em: “<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/INTERTEMAS/article/viewFile/2615/2404>”. Acessado em 13/07/2013. p.3.

Essa descrição geral da interpretação jurídica não é uma licença para que cada juiz descubra na história institucional o que ele quiser nela encontrar. Em outras palavras, o juiz deve *interpretar* a história institucional e não *inventar* uma história melhor. Assim, num primeiro momento, sua interpretação deve *ajustar-se (fit)* a essa história. Há aqui um limite, o que não quer dizer que para Dworkin (2000, p. 240) haja alguma fórmula para se saber se uma interpretação é adequada ou se ajusta-se satisfatoriamente a essa história ou não.¹¹³

¹¹³ OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de. “Dworkin: de que maneira o direito se assemelha à literatura?” Ver. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 54, p. 91-118, jan./jun. 2009 p. 110.

3. Conclusão

Após a análise dos julgados exarados pelo Supremo Federal Tribunal, buscou-se demonstrar a riqueza da história institucional desta corte em relação ao “*chain novel*” afeta ao poder de investigação do Ministério Público.

Verificou-se que tal narrativa possui raízes remotas, datadas de 1957¹¹⁴ as quais, em sua maioria, foram negligenciadas, ou propositalmente olvidadas, de forma a se perder aspectos da história institucional que poderiam ensejar melhor compreensão das novas situações fáticas que se erguiam ao passar do tempo, em outras palavras, de um modo que os contextos fáticos que ali se fizessem necessários de serem interpretados, assim o fosse sem que se iniciasse, a partir de cada novo caso, uma nova narrativa¹¹⁵.

E é esta riqueza referencial da ótica de direito como integridade, da qual a dimensão diacrônica aqui evidenciada faz parte e nos termos propostos por Menelick¹¹⁶, que propiciará ao julgador a melhor interpretação do contexto fático no qual ele deve se comprometer em imergir, de uma maneira a se engendrar uma reescrita que represente a “densificação vivencial do ideal da comunidade de princípios”¹¹⁷, onde os seus membros firmem uma compreensão coletiva de alteridade, no sentido de se reconhecerem reciprocamente como livres e iguais em respeito e consideração, bem como co-autores das leis que fizeram para reger a sua vida em comum¹¹⁸.

¹¹⁴ Ressalvando que tal julgado, o Recurso em *Habeas corpus* nº 34.827/AL julgado em 31/01/1957, trabalhava propriamente questão de nulidade de “Comissão Judiciária” composta, na ocasião, também, por membro do Ministério Público.

¹¹⁵ Conforme se pode observar, a despeito da falta de continuidade também observada após a Constituição de 1988, os julgados relativos ao poder de investigação do Ministério Público anteriores à Constituição atual foram incoerentemente desconsiderados, salvo algumas poucas exceções.

¹¹⁶ “a leitura à melhor luz da sua história institucional como um processo de aprendizado em que cada geração busca, da melhor forma que pode, vivenciar esse ideal” CARVALHO NETTO, Menelick de. **“Uma reflexão acerca dos Direitos Fundamentais do portador de sofrimento ou transtorno mental em conflito com a lei como expressão da dinâmica complexa dos princípios em uma comunidade constitucional – os influxos e as repercussões constitucionais da Lei nº 10.216, de 6 de abril e 2001.”** Revista Virtual de Filosofia Jurídica e Teoria Constitucional. Número 01, Março/Abril/Maio de 2007. Salvador/BA. Brasil. p. 11. Consultado em: “<http://br.vlex.com/vid/sofrimento-transtorno-express-influxos-58932940>”. Acessado em: 08/07/2013.

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ *Ibidem*.

Neste ponto, ganha realce a perspectiva possibilitada pela ideia de romance em cadeira, na medida em que criamos outros referencias de compreensão que não se limitam à compreensão de categorias teóricas complexas, o que, todavia, deve ser feito com o devido cuidado, pois, conforme Dworkin deixa bem claro, a literatura e o Direito constituem sistemas próprios, os quais não podem ser trabalhados e percebidos da mesma forma.

O paralelo que Dworkin constrói, portanto, possibilitando uma aproximação entre direito e literatura não busca criar uma melhor forma de se enxergar o direito ou de se empreender a interpretação de casos, mas sim, suplantar a retrógada dicotomia interpretativa proposta pelos paradigmas realista e convencionalista de interpretação do Direito. A literatura, assim como outras áreas do conhecimento, muito podem contribuir para a compreensão deontológica dos processos que envolve ou devem envolver as escolhas dos magistrados em meio à interpretação dos casos que lhe são expostos.

Não é por acaso que o modelo de direito como integridade da forma como se buscou explorar aqui, demonstrou nuances relevantes da história institucional acerca do processo de interpretação do poder de investigação do Ministério Público pelo Supremo Tribunal Federal, evidenciando o quanto que a negligência à contextualização temporal pode gerar argumentações completamente destoantes entre si, bem como com o que já vinha sendo compreendido e, notadamente, o quanto que o debate acerca da temática carece de harmonização e coerência de discurso.

O que se observou do estudo deste breve retrospecto dos julgados relativos ao poder de investigação do Ministério Público é que não há esforço em afinar o discurso, em dar continuidade ao que o outro já propôs. Continuidade aqui não no sentido de concordar com o que já fora interpretado, mas no sentido de se considerar esta interpretação no momento de se construir a próxima, seja para discordar ou para concordar, de modo a possibilitar uma melhor releitura dos princípios que norteiam determinado contexto fático.

Daí se irrompe a incoerência da falta de contextualização de alguns julgados feitos após 1988¹¹⁹, os quais, atonitadamente, desconsideraram o novo referencial principiológico imposto pela Constituição Cidadã, invocando, não poucas vezes, a legitimação histórica dada às polícias civis e federal¹²⁰.

A consideração da história institucional como um todo é requisito basilar para se compreender o contexto político no qual se deu os argumentos jurídicos erigidos antes de 1988, daí a importância da consideração destes julgados, bem como para se considerar o novo contexto engendrado pela atual Carta Maior, no qual uma repleta gama de princípios deve incidir sobre a construção das interpretações pelos escritores desta longa história.

Neste sentido, não só se teria a necessidade de contextualização para se defender a investigação criminal direta pelo Ministério Público, levando-se em consideração o prisma imposto pelo novo marco histórico, como também o teria para a ela se opor, questionando-se sobre as repercussões de tal prática à luz da incidência do devido processo legal e sobre os direitos fundamentais, por exemplo, consoante se tentou empreender no *Habeas corpus* nº 93.930 já trabalhado.

É aí que a ponderação quanto o problema das demasiadas citações doutrinárias¹²¹ pontuadas em interessante artigo de Marcelo Casseb, que questiona a negligência à dimensão diacrônica aqui explanada, bem como examina as raízes desta

¹¹⁹ Notadamente o já exposto Recurso em Habeas Corpus nº 81.326-DF.

¹²⁰“Vingasse o argumento da “legitimidade histórica” da polícia para investigar, mesmo com o advento da Constituição de 1988, o “direito histórico” à propriedade rural, mesmo com a Constituição estabelecendo limites a esse direito, através da exigência do cumprimento da função social, ou, ainda, poder-se-ia defender, mesmo após a Constituição, a “legitimidade” de a polícia continuar a “baixar” portarias com base na Lei 4.611, instrumento edificado pelo regime autoritário com nítidos propósitos de controle sobre determinados delitos e proteção de setores específicos da Sociedade. Isto para ficar apenas em dois singelos exemplos.” STRECK, Lenio Luiz Streck; FELDENS, Luciano. **“Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público, Forense”**, Rio de Janeiro, 2003.p. 72/73.

¹²¹ Neste sentido, salienta Casseb: “Nesse contexto de integridade, é que devemos compreender as dúvidas suscitadas quanto às consequências do número excessivo de citações doutrinárias. Explico. A meu ver, excessivas ou não, as citações doutrinárias, em si, não carregam consigo indícios de uma decisão argumentativamente frágil, inconsistente ou incoerente. No entanto, quando analiso votos repletos de referências e notas de rodapé doutrinárias e, nesses mesmos votos, verifico que os ministros mal discutem suas próprias decisões proferidas em casos similares, penso que haja um motivo sério para uma investigação dos motivos que estão por detrás desse entranho silêncio ou omissão.” CONTINENTINO, Marcelo Casseb. **“O problema das excessivas citações doutrinárias no STF”**. Artigo publicado originalmente na ConJur, edição 15/9/2012. Consultado em: “<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-problema-das-excessivas-citacoes-doutrinarias-no-stf>” Acessado em 14/07/2013.

estranha tendência em se omitir a história institucional, ganha realce. Não que seja ruim o fato de se ter julgadores com um aporte teórico invejável, mas é que a interpretação que se dá a uma pretensão de direito não pode se revestir como uma concha de retalhos, tampouco se legitima por si só à luz de um profuso aparato teórico.

Desconsiderar a integralidade do direito que se debate pode construir uma narrativa incoerente, onde se obtenha uma determinada decisão em um sentido que não reflita as interpretações que ali poderiam ter sido dadas aos casos, em face às nuances fáticas que os integram. Em outras palavras, o que se questiona aqui é a incoerência de, para efeito de exemplificação, ao decidir sobre a constitucionalidade de determinado direito, levantado como pretensão de algum cidadão, se tenha uma decisão favorável ou desfavorável num todo, todavia, inconsistentemente fundamentada com base em argumentos completamente destoantes, pelos respectivos magistrados que se põe a interpretar determinado contexto. Trazendo este raciocínio em relação ao caso do poder de investigação do Ministério Público, embora ainda esteja pendente de julgamento a questão¹²², o que se pode observar ao examinarmos a história institucional do órgão a este respeito é que ela nos oferece subsídios para prever que o poder de investigação do Ministério Público será declarado constitucional, tendo-se como fundamento por um magistrado a Teoria dos Poderes Implícitos, por outro, a Teoria dos Poderes Implícitos e a qualidade de *dominus litis* do *Parquet*, por outro o *status* institucional do Ministério Público, por outro, a ausência de exclusividade da competência de investigação por parte das policiais civis e federal, por outro, pela previsão constitucional e infraconstitucional expressa, e assim por diante, respectivamente a cada Ministro em isolado, sendo que uma releitura interpretativa da história institucional do órgão merecia questionamentos mais aprofundados acerca da coerência da incidência de todos estes argumentos nos casos em concreto¹²³, de uma

¹²² “Além do *Habeas corpus* (HC 84548) impetrado em defesa do empresário Sérgio Gomes da Silva, o Sombra, acusado de ser o mandante do assassinato do ex-prefeito de Santo André (SP) Celso Daniel, ocorrido em janeiro de 2002, os ministros julgam um Recurso Extraordinário (RE 593.727) que teve repercussão geral reconhecida. Ou seja, a decisão tomada nesse processo será replicada aos demais casos idênticos em todo o país”. Notícia consultada no portal do site do Supremo Federal Tribunal “<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=227089>” em 02/07/2013.

¹²³ Notadamente no que concerne à Teoria dos Poderes Implícitos que, a nosso ver, foi utilizada de forma incoerente.

forma que, ao final deste esforço de construção interpretativa se pudesse obter uma obra que aos olhos de quem a lesse fosse como que escrita por um só romancista.

Por todo exposto, pretendeu-se, aqui, demonstrar que negligenciar a dimensão diacrônica da percepção do direito como integridade, ou mesmo se furtar de vê-lo como integridade, tem como consequência a fragmentação da história institucional que é escrita a cada decisão que é interpretativamente construída sobre os contextos fáticos que são levados à apreciação do Judiciário. Ressalvando-se que o poder de investigação do Ministério Público é somente um pano de fundo para esta constatação que, decerto, não se limita ao presente caso e, talvez, esteja ganhando ainda maior abrangência.

E, embora não seja propriamente o objeto da presente pesquisa, cabe salientarmos alguns pontos atinentes à análise dos casos envolvendo a atuação do *Parquet* em investigação criminal preliminar.

É que devemos pontuar que a falta de contextualização em relação aos elementos fáticos que compreende os casos expostos também possui parcela de influência, no sentido de se imprimir interpretações incoerentes à visão de direito como integridade.

Nesta esteira, podemos observar que não raras vezes a atuação do Ministério Público envolvia a investigação de crimes praticados por policiais, o que seria melhor interpretado à luz da sua competência constitucional do *Parquet* insculpida no inciso VII do Art. 129 da Magna Carta, relativa ao controle externo da atividade policial¹²⁴, não guardando propriamente relação, por exemplo, com a Teoria dos Poderes Implícitos ou com a pretensa exclusividade de investigação das polícias civis e federal, nos termos do § 4º do artigo 144º da Constituição hodierna.

¹²⁴ “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: (...) VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;”, o que fora devidamente disposto na referida Lei Complementar nº 75/93, conforme já salientado: “Art. 8º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência: (...) V - realizar inspeções e diligências investigatórias; STRECK, Lenio Luiz Streck; FELDENS, Luciano. “**Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público, Forense**”, Rio de Janeiro, 2003. p. 73

Em outros termos, não que esta seja a melhor interpretação ou contextualização a se fazer, mas se trata de tal consideração que não pode ser olvidada ou negligenciada nos argumentos jurídicos.

É neste sentido que se dá o respeito às pretensões de direito, às pretensões normativas¹²⁵, de modo que possibilite ao julgador a perceber os atores envolvidos naquele contexto em específico como cidadãos iguais dignos de mútuo respeito e igual consideração, evidenciando-se a abrangência composta pela integridade que ali se põe a ser interpretada.

¹²⁵ Assim é que para ele, todas as normas, mesmo as regras, que se constitucionalmente válidas nada mais são do que densificações desses princípios naquele campo específico de sua força irradiadora, sejam sempre aplicadas de modo racional, ou melhor, com a clareza de que por si sós, nada regulam, pois requerem a intermediação da sensibilidade do intérprete capaz de reconstruir não o sentido de um texto normativo tido como *a priori* aplicável, mas aquela específica situação individual e concreta de aplicação, em sua unicidade e irrepetibilidade, do ponto de vista de todos os envolvidos, levando a sério as pretensões a direitos, as pretensões normativas, levantadas por cada um deles, para garantir a integridade do direito, ou seja, que se assegure na decisão, a um só tempo, a aplicação de uma norma previamente aprovada (*fairness*— aqui empregada no sentido de respeito às regras do jogo).

REFERÊNCIAS

BOTELHO, Marcos César “**A lei em Ronald Dworkin. breves considerações sobre a integridade no Direito.**” INTERTEMAS - ISSN 2176-848X, Vol. 13. Consultado em: “<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/INTERTEMAS/article/viewFile/2615/2404>”. Acessado em 13/07/2013. p.3.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Assessoria da Presidência. Plenário: investigação criminal promovida pelo ministério público e adiantamento da denúncia - 2. **Informativo STF**, Brasília, DF, n. 471, 11 a 15 de junho de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo471.htm>>. Acesso em: 10/07/2013

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>.

BRASIL. **Lei Complementar nº 75**, de 20/05/1993. Disponível em: “http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm”.

BRASIL. **Lei nº 8.625**, de 12/02/1993. “**Lei Orgânica do Ministério Público**”. Disponível em: “http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm”.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acompanhamento Processual**. Consultado em: “<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2229923>”. Acessado em 10/07/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 83.157**, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Marco Aurélio, Brasília, DF, 01 de julho de 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79273>>. Acesso em: 25/06/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 83.463**, Segunda Turma, Rel. Ministro Carlos Velloso, Brasília, DF, 16 de março de 2004. Disponível em: “<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79358>>. Acesso em: 26/06/2013.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 84.548/SP**, Voto Ministro Gilmar Mendes, Plenário, Rel. Ministro Marco Aurélio. Disponível em: “http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/votoMinistro_gilmar_mendes.pdf”. Acessado em 25/06/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 83.991**, Segunda Turma, Rel. Ministro Carlos Velloso, Brasília, DF, 20/04/2004. Disponível em: “<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102948>”. Acessado em: 06/07/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 88.190**, Segunda Turma, Rel. Ministro Cezar Peluso, Brasília, DF, 29 de agosto de 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=382091>>. Acesso em: 24/06/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 89.837**, Primeira Turma, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, DF, 02/12/2010. Disponível em: “<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+96638%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+96638%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/a5ropqz>.” Acessado em 11/07/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 91.661**, Segunda Turma, Rel. Ministra Ellen Gracie, Brasília, DF, 02 de abril de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=584784>>. Acesso em: 05/07/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 93.930**, Segunda Turma, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Brasília, DF, 07 de dezembro de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618675>>. Acesso em: 12/07/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 94.173**, Segunda Turma, Rel. Ministro Celso de Mello, Brasília, DF, 20 de outubro de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605906>>. Acesso em: 10/07/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 21.729**, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Marco Aurélio, Brasília, DF, 05/10/1995. Disponível em: “<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85599>”. Acessado em: 26/06/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso de Habeas corpus nº 34.827**, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Nélson Hungria, Brasília, DF, 31 de janeiro de 1957. Disponível em: “<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=88653>”. Em: 21/06/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso de Habeas corpus nº 48.728**, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Luiz Gallotti, Brasília, DF, 26 de maio de 1971. Disponível em: “<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=93199>”. Acessado em: 22/06/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas corpus nº 58.849**, Segunda Turma, Rel. Moreira Alves, Brasília, DF, 15/05/1981. Disponível em: “http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/RHC_58849_SC_1278825176807.pdf?Signature=x6mvxE2NPV6a1rlwQcaNT6TEHzs%3D&Expires=1372733334&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf”. Acesso em: 24/07/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas corpus nº 61.110/RJ**, Primeira Turma, Rel. Rafael Mayer, Brasília, DF, 05/08/1988. Disponível em: “http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/RHC_61110_RJ_1278806060476.pdf?Signature=HtP4%2F7OmLSUMFgNH91ttgbg7X%2BQ%3D&Expires=1372732190&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMB&response-content-type=application/pdf”. Acesso em: 24/06/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas corpus nº 81.326**, Segunda Turma, Rel. Ministro Nelson Jobim, Brasília, DF, 06 de maio de 2003. Disponível em: “<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102770>”. Acesso em: 28/06/2013..

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Linha Sucessória dos Ministros**. Tabela de 11/12/2012. Consultado em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfComposicaoMinistroApresentacao/anexo/linha_sucessoria_tabela_11dez2012.pdf. Acessado em 27/06/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 535.478**, Segunda Turma, Rel. Ministra Ellen Gracie, Brasília, DF, 28 de outubro de 2008. Disponível em: “<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=563935>”. Acesso em: 25/06/2013.

CARVALHO NETTO, Menelick de. “**Uma reflexão acerca dos Direitos Fundamentais do portador de sofrimento ou transtorno mental em conflito com a lei como expressão da dinâmica complexa dos princípios em uma comunidade constitucional – os influxos e as repercussões constitucionais da Lei nº 10.216, de 6 de abril e 2001.**” Revista Virtual de Filosofia Jurídica e Teoria Constitucional. Número 01, Março/Abril/Maio de 2007. Salvador/BA. Brasil. p. 11. Consultado em: “<http://br.vlex.com/vid/sofrimento-transtorno-express-influxos-58932940>”. Acessado em: 08/07/2013.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. “**O problema das excessivas citações doutrinárias no STF.**” Artigo publicado originalmente na ConJur, edição 15/9/2012. Consultado em: “<http://www.osconstitucionalistas.com.br/o-problema-das-excessivas-citacoes-doutrinarias-no-stf>” Acessado em 14/07/2013.

DANNEBROCK, Patrícia Lopes. “**A Teoria dos Poderes Implícitos e sua aplicação no Processo Penal brasileiro**”, *Paper* apresentado em 18 de março de 2011 como requisito final para aprovação no Módulo de Direito Processual Penal do Curso de Pós-Graduação – Especialização *Lato Sensu* em Direito Penal e Direito Processual Penal da Faculdade IDC. p.5. Consultado em: https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CDAQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.paginasdeprocessopenal.com.br%2Findex.php%3Foption%3Dcom_phocadownload%26view%3Dcategory%26download%3D68%3Aa-teoria-dos-poderes-implcitos-e-sua-aplicao-no-processo-penal-brasileiro%26id%3D10%3Aartigos-de-colaboradores%26Itemid%3D19&ei=x3rnUcjhlIzu8AS47IA4&usg=AFQjCNHbwWPoBZgGpTh50y0kFuaP2kvQHQ&sig2=BHQQ-3gBkK46imDAXkS0uw: Acessado em 06/07/2013

DUTRA, Delamar José Volpato. “**Justiça como integridade: Dworkin e o princípio da coerência na aplicação do direito**”. *Phrónesis*, Campinas, v. 8, nº 2, p. 11-32, jul/dez. 2006.

DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

HABERMAS, Jürgen, *apud* VASCONCELOS, Eneas Romero. “**Direito e Democracia: entre facticidade e validade**”, Volume 1, p. 52, em: “**A teoria dos princípios de Dworkin: o direito como integridade**” Consultado em: “<http://eneasromero.blogspot.com.br/2009/07/teoria-dos-principios-de-dworkin.html>”.

Legal Information Institute. “**McCulloch v. Maryland - Error to the court of appeals of the state of maryland**”. In: “http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0017_0316_ZS.html”. Acessado em: 05/07/2013.

Legal Information Institute. “**Necessary and Proper Clause**”. Consultado no sítio: “http://www.law.cornell.edu/wex/necessary_and_proper_clause” Acessado em: 05/07/2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 490.

OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de. “**Dworkin: de que maneira o direito se assemelha à literatura?**” Ver. *Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 54, p. 91-118, jan./jun. 2009.

SCOTTI, Guilherme “**Uma concepção pós iluminista de razão na reflexão contemporânea sobre o direito moderno**”. Artigo publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI Tema: “XX anos da Constituição da República do Brasil: reconstrução, perspectiva e desafios” 20, 21 e 22 de novembro de 2008 - Brasília – DF. p. 5792. Disponível em: “http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/guilherme_scotti.pdf”.

STRECK, Lenio Luiz Streck; FELDENS, Luciano. “**Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público, Forense**”, Rio de Janeiro, 2003.