A COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL PARA A PROMOÇÃO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL: BREVE ANÁLISE DA ADIN Nº 4271-DF

André Luiz Vinhas da Cruz, Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad Del Museo Social Argentino (UMSA), Procurador do Estado de Sergipe, advogado, Professor de Direito Empresarial da Graduação e da Pós-Graduação da Faculdade de Negócios e Administração de Sergipe (FANESE) e Mestre em Direito, Estado e Cidadania pela Universidade Gama Filho (UGF/RJ). E-mail: andrevinhas@oi.com.br

Márcio Leite de Rezende, Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad Del Museo Social Argentino (UMSA), Procurador do Estado de Sergipe, advogado, Professor licenciado de Direito Processual Civil da Faculdade de Sergipe (FASE) e Especialista em Processo Civil pela Universidade Tiradentes (UNIT). E-mail: mlr@infonet.com.br

RESUMO: O presente trabalho visa fixar um breve quadro de análise comparativa entre as teses contrapostas entre a Polícia e o Ministério Público, no tocante à competência deferida pelo texto constitucional para os fins de investigação criminal.

PALAVRAS-CHAVE: Direito constitucional; direito processual penal; competência; investigação criminal; teoria dos poderes implícitos.

ABSTRACT: This paper aims to set a brief framework for comparative analysis between opposing theses of police and prosecutors, with respect to the competence upheld by the Constitution for the purposes of criminal investigation.

KEYWORDS: Constitutional law; criminal procedure; jurisdiction; criminal investigation; theory of inherente powers.

SUMÁRIO: 1. Introito; 2. A tese da polícia. A exegese literal e histórica do texto constitucional; 3. A tese do Ministério Público. A teoria dos poderes

implícitos; 4. Das conclusões; Referências bibliográficas.

1) INTROITO

A questão posta à deslinde vem sendo reiteradamente enfrentada pelos Tribunais, sendo de grande valia o entendimento do tema a partir das duas principais teses contrapostas.

Tramita perante o e. STF a ADIN nº 4271-DF, relatada pelo Min. Ricardo Lewandowski, movida pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL) em face dos arts. 8º, V e IX e 9º, I e II, ambos da LCF nº 75/93 e art. 80 da Lei Federal nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do MP) e da Resolução nº 20/2007 – CNMP.

Ditam os dispositivos referenciados, *verbis*:

> **"LC nº 75/93. 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;**
>
> **(...); IX - requisitar o auxílio de força policial.**
>
> **(...); Art. 9º - O Ministério Público da União exercerá o controle externo da atividade policial por meio de medidas judiciais e extrajudiciais podendo:**
>
> **I - ter livre ingresso em estabelecimentos policiais ou prisionais;**
>
> **II - ter acesso a quaisquer documentos relativos à atividade-fim policial; (...)"**

A Resolução nº 20/2007, editada pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) regulamentou o encimado art. 9º da Lcf nº 75/93 e o art. 80 da Lei nº 8.625/93, regulando o controle externo da atividade policial pelo MP.

A ADEPOL sustenta a inconstitucionalidade dos referidos dispositivos

legais, sob o fundamento de que estes permitiram ao Parquet a realização de correições nas Delegacias de Polícia, mediante diligências investigatórias, o que ofenderia os comandos dos arts. 61, § 1º, II, "c" e 84, II e VI da Carta Magna de 1988, porquanto representariam ingerência do Ministério Público na organização de órgão subordinado ao Chefe do Poder Executivo.

No que interessa relatar, ainda a questão não foi julgada, apesar de já terem sido encartadas aos autos diversas manifestações (AGU, PGR e alguns *amici curie,* tais como a CONAMP).

Rezam os arts. 129 e 144 da *Lex Legum, ipsis constitutionis*:

> **"Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:**
>
> **I - *promover, privativamente, a ação penal pública*, na forma da lei;**
> **(...); III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;**
> **(...); VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;**
> **VII - *exercer o controle externo da atividade policial*, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;**
> **VIII - *requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial*, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais; (...)"**
>
> **(...); Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:**
>
> **I - polícia federal;**
> **II - polícia rodoviária federal;**
> **III - polícia ferroviária federal;**

> **IV - polícias civis;**
> **V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.**
> **§ 1º A *polícia federal*, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:**
> **I - *apurar infrações penais* contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;**
> **(...); IV - *exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União*.**
> **(...); § 4º - às *polícias civis*, dirigidas por *delegados de polícia de carreira*, incumbem, ressalvada a competência da União, *as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais*, exceto as militares.**

2) A TESE DA POLÍCIA. A EXEGESE LITERAL E HISTÓRICA DO TEXTO CONSTITUCIONAL

A redação conferida aos arts. 129 e 144 da Carta Primaveril de 1988 não deixaria dúvidas de que o mesmo, ao tempo em que concedeu atribuição institucional ao MP para promover procedimentos investigatórios e inquisitórios na proteção de direitos difusos e coletivos – todos de natureza civil, - outorgou às Polícias Federal e Civil dos Estados a competência para as atividades de polícia judiciária.

Há distinção entre os conceitos de "polícia administrativa" e "polícia judiciária", cabendo à esta última a apuração – para fins de repressão – dos ilícitos penais.

Rechaça-se a tese, defendida pelo MP, segundo a qual a função investigatória criminal seria um "poder implícito"[1] outorgado pela Lei

[1] Tal teoria encontra seu fundamento na jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, desde a decisão proferida em *McCulloch v Maryland* e consiste basicamente em que, se a Constituição define o objetivo e outorga a competência, ela deixa ao órgão competente a definição dos meios. Foram, na ocasião, também fixados parâmetros suficientemente claros: (a) deve existir uma relação racional entre as funções estabelecidas pela Constituição e os meios escolhidos para delas se desincumbir e (b) os meios escolhidos não podem ser expressamente proibidos pelo texto constitucional. Cf. LESSA, Luiz Fernando Voss Chagas. *A investigação direta e a persecução pelo Ministério Público Brasileiro,* orientador Nadia de Araujo – Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Direito, 2009, mimeo, p. 45.

Magna ao Parquet, já que a ele se atribuiu competência para requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, bem como a de exercer o controle externo da atividade policial, abrindo-lhe espaço, implicitamente, para a realização direta de tais atividades.

Partindo-se da exegese literal e histórica dos dispositivos em dissecação, sob o escudo da literalidade como limite de trabalho hermenêutico, com o desiderato de fixar o real significado desta[2], pena de se descambar para a arbitrariedade do aplicador do direito, e se arvorando naquela velha máxima exegética de que as palavras têm sentidos mínimos que devem ser respeitados[3], conclui-se que é desacertada a pretensão de se atribuir ao Ministério Público o poder implícito de realizar diretamente investigações criminais.

Segundo Luís Guilherme Vieira[4], o art. 144 da CF conferiu, de forma explícita, tal competência à Polícia, não sendo lícito se sustentar que *"quem pode o mais, pode o menos"*, já que ao MP é dada a competência de controle externo da atividade policial e legitimidade ativa para a promoção dos processos de natureza penal pública.

Parte da doutrina mais abalizada refuta a aplicação ao caso concreto da "teoria dos poderes implícitos", posto que a premissa do argumento (poderes investigatórios criminais do Ministério Público) é falsa, pois toma a atividade investigativa e a acusação judicial como atos da mesma natureza jurídica, para daí estender que poderão ser feitos pelo mesmo órgão.

Em cena a teoria norte-americana do *inherente powers,* pela qual, como nos ensina Alexandre de Moraes[5], no exercício de sua missão constitucional enumerada, o órgão executivo – e aqui se inseriria o Ministério Público – deveria dispor de todas as funções necessárias, ainda que implícitas, desde que não expressamente limitadas.

Nos dizeres de Maurício Zanóide de Moraes, "os atos não têm a mesma natureza jurídica e não estão postos de forma hierárquica pela qual a investigação seria o menos e a ação penal seria o mais. Não se pode confundir anterioridade com prevalência ou com intensidade. A

---

[2] COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 67.

[3] BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição:* fundamentos de uma dogmática transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 122.

[4] VIEIRA, Luís Guilherme. *O Ministério Público e a investigação criminal. In* Revista Brasileira de Ciências Criminais, jan-fev./2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 324.

[5] MOARES, Alexandre de. *Direito Constitucional.* 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 610.

investigação é anterior, não inferior à ação penal."[6]

Em tal sentido, argumenta José Afonso da Silva[7], *ipsis verbis:*

> **"Esse dispositivo [art. 129, VIII, da CF] configura os limites investigatórios dos membros do Ministério Público, que não podem fazer mais do que requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial. Requisitar a que órgãos? Àqueles que a Constituição deu competência para a apuração de infrações penais, que são a Polícia Federal e a Polícia Civil (art. 144, §§ 1º, I e IV, e 4º). As requisições têm que estar devidamente respaldadas por fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais. Nisso se resume a função investigativa do Ministério Público. Apesar disso, o Ministério Público, por atos normativos internos, vem dando-se o poder de investigação criminal direta. Isso vai para além de sua competência, porque a função investigativa – ou seja, as funções de polícia judiciária e de apuração de infrações penais – foi atribuída à Polícia Civil (art. 144, §§ 1º e 4º)"**

Existem alguns arestos do e. STF que remam em tal direção, a saber:

> **"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. MINISTÉRIO PÚBLICO. INQUÉRITO ADMINISTRATIVO. NÚCLEO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL/DF. PORTARIA. PUBLICIDADE. ATOS DE INVESTIGAÇÃO. INQUIRIÇÃO. ILEGITIMIDADE. 1. PORTARIA. PUBLICIDADE A Portaria que criou o Núcleo de Investigação Criminal e Controle Externo da Atividade Policial no âmbito do Ministério Público**

---

[6] MORAES, Maurício Zanóide. *Esgrimando com o Professor Sérgio Marcos de Moraes Pitombo:* os inexistentes poderes investigatórios criminais do Ministério Público. *In* Revista do Advogado nº 78, Ano XXIV, set./2004, pp. 69-70.

[7] SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição.* 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 602-603.

do Distrito Federal, no que tange a publicidade, não foi examinada no STJ. Enfrentar a matéria neste Tribunal ensejaria supressão de instância. Precedentes. 2. INQUIRIÇÃO DE AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. ILEGITIMIDADE. A Constituição Federal dotou o Ministério Público do poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (CF, art. 129, VIII). A norma constitucional não contemplou a possibilidade do parquet realizar e presidir inquérito policial. Não cabe, portanto, aos seus membros inquirir diretamente pessoas suspeitas de autoria de crime. Mas requisitar diligência nesse sentido à autoridade policial. Precedentes. O recorrente é delegado de polícia e, portanto, autoridade administrativa. Seus atos estão sujeitos aos órgãos hierárquicos próprios da Corporação, Chefia de Polícia, Corregedoria. Recurso conhecido e provido." (RHC 81326, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Segunda Turma, julgado em 06/05/2003, DJ 01-08-2003 PP-00142 EMENT VOL-02117-42 PP-08973)

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MINISTÉRIO PÚBLICO. INQUÉRITO ADMINISTRATIVO. INQUÉRITO PENAL. LEGITIMIDADE. O Ministério Público (1) não tem competência para promover inquérito administrativo em relação à conduta de servidores públicos; (2) nem competência para produzir inquérito penal sob o argumento de que tem possibilidade de expedir notificações nos procedimentos administrativos; (3) pode propor ação penal sem o inquérito policial, desde que disponha de elementos suficientes. Recurso não conhecido."(RE 233072, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. NELSON JOBIM, Segunda Turma, julgado em 18/05/1999, DJ 03-05-2002 PP-00022 EMENT VOL-02067-02 PP-00238)

"CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. MINISTÉRIO PÚBLICO: ATRIBUIÇÕES. INQUÉRITO. REQUISIÇÃO

> **DE INVESTIGAÇÕES. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. C.F., art. 129, VIII; art. 144, §§ 1º e 4º. I. - Inocorrência de ofensa ao art. 129, VIII, C.F., no fato de a autoridade administrativa deixar de atender requisição de membro do Ministério Público no sentido da realização de investigações tendentes à apuração de infrações penais, mesmo porque não cabe ao membro do Ministério Público realizar, diretamente, tais investigações, mas requisitá-las à autoridade policial, competente para tal (C.F., art. 144, §§ 1º e 4º). Ademais, a hipótese envolvia fatos que estavam sendo investigados em instância superior. II. - R.E. não conhecido."** (RE 205473, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 15/12/1998, DJ 19-03-1999 PP-00019 EMENT VOL-01943-02 PP-348)

Calha à fiveleta aduzir que, no âmbito do Congresso Nacional, já houve Proposta de Emenda Constitucional (PEC nº 197/2003 – Deputado Antonio Carlos Biscaia), já arquivada em meados de 2007, que pretendia alterar a redação do art. 129, VIII da CF/88, incluindo entre as atribuições do Ministério Público a possibilidade de "promover investigações".

O Conselho Federal da OAB também já se posicionou quanto à questão, em sua constituição plenária, em sessão realizada em meados de agosto de 2004, à unanimidade, pela inconstitucionalidade da atribuição de poderes investigatórios ao Ministério Público, conforme notícia de Cezar Roberto Bittencourt[8].

3) A TESE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. A TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS

Apesar de reconhecer que o Plenário do e. STF ainda não tratou de forma definitiva acerca do tema vergastado, o Procurador-Geral da República, em seu parecer lavrado nos autos da ADIN 4.271-DF, argumenta que a atual composição da Corte e os mais recentes votos sobre a matéria afiançariam

[8] BITTENCOURT, Cezar Roberto. *A inconstitucionalidade dos poderes investigatórios do Ministério Público.* In Revista Brasileira de Ciências Criminais, mai-jun/2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 239.

que a posição majoritária hodiernamente é pela constitucionalidade do poder de investigação do MP.

Exemplifica, tomando por base o aresto lançado nos autos do Inquérito nº 1.968-2/DF, *ipsis litteris*:

> **"Petição/STF nº 16.416/2007 DECISÃO COMPETÊNCIA - INQUÉRITO - EXTINÇÃO DE MANDATO - PRERROGATIVA DE FORO CESSADA - DECLINAÇÃO. 1. Eis as informações prestadas pelo Gabinete: O Procurador-Geral da República esclarece que o indiciado Remy Abreu Trinta não foi reeleito ao cargo de deputado federal, cessando, assim, a respectiva prerrogativa de foro. Informa que os demais réus não detêm foro privilegiado. Requer, por fim, a remessa do processo à Seção Judiciária da Justiça Federal no Estado do Maranhão. Registro que o processo se encontra no gabinete do ministro Cezar Peluso, ante o pedido de vista formulado. 2. Com a extinção do mandato de Deputado Federal do indiciado Remy Abreu Trinta, cessou a competência do Supremo para dirigir o inquérito. 3. Declino da competência para a Justiça Federal no Estado do Maranhão. 4. Remetam cópia desta decisão ao ministro Cezar Peluso e à Presidente da Corte, ministra Ellen Gracie, objetivando a retirada do processo da bancada do Pleno, no que iniciado o julgamento. 5. Publiquem. Brasília, 15 de fevereiro de 2007. Ministro MARCO AURÉLIO Relator**" (Inq 1968, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 15/02/2007, publicado em DJ 26/02/2007 PP-00359)

Em tal *leading case*, os Ministros Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Eros Grau (já aposentado) votaram pela possibilidade do MP realizar diretamente investigação criminal. A votação não chegou a ser concluída por ausência de incompetência superveniente, em razão de perda de prerrogativa de foro.

Em 10/03/2009, no julgamento do HC nº 91.661/PE, a 2ª Turma do

STF reconheceu, por unanimidade, que existe a previsão constitucional para o poder de investigação do MP, com votos dos Ministros Ellen Gracie (já aposentada), Cezar Peluso, Celso de Mello e Joaquim Barbosa.

Mais recentemente, outros julgados sinalizariam tal tendência de conferência de poderes implícitos ao Parquet, consoante se vê, *verbo ad verbum*:

> "HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. POLICIAL CIVIL. CRIME DE EXTORSÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE CONCUSSÃO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL. DENÚNCIA: CRIMES COMUNS, PRATICADOS COM GRAVE AMEAÇA. INAPLICABILIDADE DO ART. 514 DO CPP. ILICITUDE DA PROVA. CONDENAÇÃO EMBASADA EM OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. DECISÃO CONDENATÓRIA FUNDAMENTADA. ORDEM DENEGADA. 1. Legitimidade do órgão ministerial público para promover as medidas necessárias à efetivação de todos os direitos assegurados pela Constituição, inclusive o controle externo da atividade policial (incisos II e VII do art. 129 da CF/88). Tanto que a Constituição da República habilitou o Ministério Público a sair em defesa da Ordem Jurídica. Pelo que é da sua natureza mesma investigar fatos, documentos e pessoas. Noutros termos: não se tolera, sob a Magna Carta de 1988, condicionar ao exclusivo impulso da Polícia a propositura das ações penais públicas incondicionadas; como se o Ministério Público fosse um órgão passivo, inerte, à espera de provocação de terceiros. 2. A Constituição Federal de 1988, ao regrar as competências do Ministério Público, o fez sob a técnica do reforço normativo. Isso porque o controle externo da atividade policial engloba a atuação supridora e complementar do órgão ministerial no campo da investigação criminal. Controle naquilo que a Polícia

tem de mais específico: a investigação, que deve ser de qualidade. Nem insuficiente, nem inexistente, seja por comodidade, seja por cumplicidade. Cuida-se de controle técnico ou operacional, e não administrativo-disciplinar. 3. O Poder Judiciário tem por característica central a estática ou o não-agir por impulso próprio (ne procedat iudex ex officio). Age por provocação das partes, do que decorre ser próprio do Direito Positivo este ponto de fragilidade: quem diz o que seja "de Direito" não o diz senão a partir de impulso externo. Não é isso o que se dá com o Ministério Público. Este age de ofício e assim confere ao Direito um elemento de dinamismo compensador daquele primeiro ponto jurisdicional de fragilidade. Daí os antiquíssimos nomes de "promotor de justiça" para designar o agente que pugna pela realização da justiça, ao lado da "Procuradoria de Justiça", órgão congregador de promotores e procuradores de justiça. Promotoria de justiça, promotor de justiça, ambos a pôr em evidência o caráter comissivo ou a atuação de ofício dos órgãos ministeriais públicos. 4. Duas das competências constitucionais do Ministério Público são particularmente expressivas dessa índole ativa que se está a realçar. A primeira reside no inciso II do art. 129 ("II - zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia"). É dizer: o Ministério Público está autorizado pela Constituição a promover todas as medidas necessárias à efetivação de todos os direitos assegurados pela Constituição. A segunda competência está no inciso VII do mesmo art. 129 e traduz-se no "controle externo da atividade policial". Noutros termos: ambas as funções ditas "institucionais" são as que melhor tipificam o Ministério Público enquanto instituição que bem pode tomar a dianteira das coisas, se assim preferir. 5. Nessa contextura, não se acolhe a alegação de nulidade do inquérito por haver o órgão ministerial público protagonizado

várias das medidas de investigação. Precedentes da Segunda Turma: HCs 89.837, da relatoria do ministro Celso de Mello; 91.661, da relatoria da ministra Ellen Gracie; 93.930, da relatoria do ministro Gilmar Mendes. 6. Na concreta situação dos autos, o paciente, na condição de policial civil, foi denunciado pelos crimes de formação de quadrilha (art. 288 do CP), extorsão (caput e § 1º do art. 158 do Código Penal) e lavagem de dinheiro (art. 1º da Lei 9.613/1998). Incide a pacífica jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o procedimento especial do art. 514 do CPP se restringe às situações em que a denúncia veicula crimes funcionais típicos. O que não é o caso dos autos. Precedentes: HCs 95.969, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski; e 73.099, da relatoria do ministro Moreira Alves. Mais: a atuação dos acusados se marcou pela grave ameaça, circunstância que também afasta a necessidade de notificação para a resposta preliminar, dada a inafiançabilidade do delito. 7. Eventual ilicitude da prova colhida na fase policial não teria a força de anular o processo em causa; até porque as provas alegadamente ilícitas não serviram de base para a condenação do paciente. 8. O Tribunal de Segundo Grau bem explicitou as razões de fato e de direito que embasaram a condenação do acionante pelo crime de concussão. Tribunal que, ao revolver todo o conjunto probatório da causa, deu pela desclassificação da conduta inicialmente debitada ao paciente (extorsão) para o delito de concussão (art. 316 do CP). Fazendo-o fundamentadamente. Logo, a decisão condenatória não é de ser tachada de "sentença genérica". 9. Ordem denegada." (HC 97969, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 01/02/2011, DJe-096 DIVULG 20-05-2011 PUBLIC 23-05-2011 EMENT VOL-02527-01 PP-00046)

Habeas corpus. 2. Poder de investigação do Ministério Público. 3. Suposto crime de tortura praticado por

policiais militares. 4. Atividade investigativa supletiva aceita pelo STF. 5. Ordem denegada."(HC 93930, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 07/12/2010, DJe-022 DIVULG 02-02-2011 PUBLIC 03-02-2011 EMENT VOL-02456-01 PP-00018)

"HABEAS CORPUS" - CRIME DE PECULATO ATRIBUÍDO A CONTROLADORES DE EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS, DENUNCIADOS NA CONDIÇÃO DE FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS (CP, ART. 327) - ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PATRIMÔNIO PÚBLICO - POSSIBILIDADE DE O MINISTÉRIO PÚBLICO, FUNDADO EM INVESTIGAÇÃO POR ELE PRÓPRIO PROMOVIDA, FORMULAR DENÚNCIA CONTRA REFERIDOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS (CP, ART. 327) - VALIDADE JURÍDICA DESSA ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DO PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, NOTADAMENTE PORQUE OCORRIDA, NO CASO, SUPOSTA LESÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO - MONOPÓLIO CONSTITUCIONAL DA TITULARIDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA PELO "PARQUET" - TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS - CASO "McCULLOCH v. MARYLAND" (1819) - MAGISTÉRIO DA DOUTRINA (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. - 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 policial, que traduz atribuição privativa da autoridade policial*. Precedentes. A ACUSAÇÃO PENAL, PARA SER FORMULADA, NÃO DEPENDE, NECESSARIAMENTE, DE PRÉVIA INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL. - Ainda que inexista qualquer investigação penal promovida pela Polícia Judiciária, o Ministério Público, mesmo assim, pode fazer instaurar, validamente, a pertinente "persecutio criminis in judicio", desde que disponha, para tanto, de elementos mínimos de informação, fundados em base empírica idônea, que o habilitem a deduzir, perante juízes e Tribunais, a acusação penal. Doutrina. Precedentes. A QUESTÃO DA CLÁUSULA

CONSTITUCIONAL DE EXCLUSIVIDADE E A ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA. - 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. - Incumbe, à Polícia Civil dos Estados-membros e do Distrito Federal, ressalvada a competência da União Federal e excetuada a apuração dos crimes militares, a função de proceder à investigação dos ilícitos penais (crimes e contravenções), sem prejuízo do poder investigatório de que dispõe, como atividade subsidiária, o Ministério Público. - 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 DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO: OPONIBILIDADE, 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-orgânica 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 "ex propria 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.). - O procedimento investigatório instaurado pelo Ministério Público deverá conter todas as peças, termos de declarações ou depoimentos, laudos periciais e demais subsídios probatórios coligidos no curso da investigação, não podendo, o "Parquet", sonegar, selecionar ou deixar de juntar, aos autos, quaisquer desses elementos de informação, cujo conteúdo, por referir-se ao objeto da apuração

> penal, deve ser tornado acessível tanto à pessoa sob investigação quanto ao seu Advogado. - O regime de sigilo, sempre excepcional, eventualmente prevalecente no contexto de investigação penal promovida pelo Ministério Público, não se revelará oponível ao investigado e ao Advogado por este constituído, que terão direito de acesso - considerado o princípio da comunhão das provas - a todos os elementos de informação que já tenham sido formalmente incorporados aos autos do respectivo procedimento investigatório." (HC 94173, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 27/10/2009, DJe-223 DIVULG 26-11-2009 PUBLIC 27-11-2009 EMENT VOL-02384-02 PP-00336) (grifos ausentes no original)

Investe o Ministério Público no esvaziamento da hermenêutica literal, sob a crença de que a mesma não revelaria a versão sistematizada do desenho constitucional em foco.

Estaria aqui presente a lição de Martin Stone, para quem ***"a presença de significado claro atesta a hegemonia, por assim dizer, de uma interpretação específica, não a ausência ou superfluidade da interpretação como tal"***.[9]

Essa estratégia, no entanto, abre flanco contra a própria antítese pregada pelo Órgão Ministerial, quando voltados os olhos para a dicção do art. 144 da Constituição.

Com efeito, na hipótese em liça, se observaria, claramente, que há, quanto à Polícia Federal, uma distinção literal entre a apuração de crimes (inciso I do § 1º do art. 144 da CF) e o exercício da função de polícia judiciária (inciso IV), apenas ocorrendo neste último inciso a presença da cláusula de exclusividade. No tocante às polícias civis, há a diferenciação entre ambas as atividades (§ 4º), sem que se faça uso da encimada cláusula para qualquer uma delas.

Pois bem, a leitura puramente gramatical do dispositivo constitucional permitiria a exegese segundo a qual apenas à Polícia Federal seria reservada,

---

[9] STONE, Martin. *Focalizando o direito:* o que a interpretação jurídica não é. In MARMOR, Andrei (Org.). Direito e Interpretação. Trad. De Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 64-65.

com exclusividade, a função de polícia judiciária da União[10].

Essa perspectiva bem serviria à compreensão lançada pelo *parquet*, na medida em que conduziria ao entendimento de que o Constituinte não desejou contemplar a Polícia Civil com referida reserva, abrindo, nesse ponto, uma espécie de portal rumo à competência concorrente do Ministério Público.

A sistemática interpretativa, ao revés, irmanaria os aparatos policiais e os distinguiria, organicamente, do Órgão Ministerial.

Veja-se, nessa ordem de ideias, que, quando a Constituição quis criar competência investigatória paralela, fê-lo explicitamente, como se avista no art. 58, § 3º, quando é conferida a realização de investigações cíveis ou criminais às comissões parlamentares de inquérito.

Na contramão desse fundamento estaria o argumento de que o inquérito policial (cuja presidência é privativa da Polícia) não seria o único instrumento em que se formaliza a investigação criminal, bem como as diligências investigatórias, referenciadas no inciso VIII do art. 129 do Texto Magno, seriam providências de caráter administrativo e não meramente adstritas à esfera civil e ao correlato inquérito civil público.

Ademais, o simples fato de o Ministério Público não ser imune à controle externo ou fiscalização estranha aos seus quadros, em razão do controle exercido pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), bem como pelo próprio Poder Judiciário, no curso das ações penais, não representa passe livre para a compreensão de que a Polícia não ostente a exclusividade na condução das investigações, posto que a mesma sofre o controle externo do próprio *Parquet*.[11]

A ponderação enseja reflexão, mas não se faz onipotente.

Em plano infraconstitucional, inúmeras leis conferem poderes investigatórios aos mais distintos órgãos e instituições, tais como à Receita Federal, no tocante à sonegação fiscal (Lei nº 8.137/90); ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF (Lei nº 9.613/98, art. 14); ao

---

[10] CLÈVE, Clémerson Merlin. *Investigação criminal e Ministério Público,* texto extraído do Jus Navigandi, http://jus.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5760; CALABRICH, Bruno. *Investigação criminal pelo Ministério Público:* fundamentos e limites constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 92-94.

[11] CALABRICH, Bruno. *Investigação criminal pelo Ministério Público:* uma renitente e brasileira polêmica. *In* CHAVES, Cristiano et al (Org.). *Temas atuais do Ministério Público:* a atuação do parquet nos 20 anos da Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 628.

Poder Judiciário, nos crimes praticados por magistrados (LOMAN - Lei Orgânica da Magistratura Nacional, art. 33); ao Ministério Público da União, nos crimes praticados por Procuradores da República (LC nº 75/93, art. 18).

A conclusão levada a cabo nessa ótica seria basicamente a seguinte - se é possível ao MP iniciar a ação penal sem o inquérito policial, valendo-se de outros elementos de convicção, não se poderia afastar a inevitável conclusão de que inexiste exclusividade policial em tal mister investigatório.

O Supremo, como antes visto, teria, aqui e ali, valorizado o argumento.

4) DAS CONCLUSÕES

No horizonte, a ausência de respaldo constitucional à eventual competência do Órgão do Ministério Público para realizar a investigação criminal, senão alternativamente, sob exclusão do aparato policial.

Fundamenta a insurgência o argumento de que os dispositivos em alvo permitiram ao *Parquet* a realização de correições nas Delegacias de Polícia, mediante diligências investigatórias, o que ofenderia os comandos dos arts. 61, § 1º, II, "c" e 84, II e VI da Carta Magna de 1988, porquanto representariam ingerência do Ministério Público na organização de órgão subordinado ao Chefe do Poder Executivo.

Em trincheira adversa, a perspectiva de que, ao ser creditado ao MP, sob homenagem de suas atribuições, o protagonismo de inspeções e diligências investigatórias, o controle externo da atividade policial e o acesso incondicionado a tudo o quanto está relacionado a esta, ser-lhe-ia implícito um tal poder de investigação, consubstanciado nos *inherentes powers*.

Na redação conferida aos arts. 129 e 144 da Carta Primaveril de 1988, respectivamente responsáveis pelo elenco das funções institucionais do *Parquet* e pelo desenho finalístico das polícias, residiria a solução exegética para o impasse.

O exercício do *dominus litis* (art.129, I), atividade historicamente definidora das feições do MP, traduzida na promoção, privativa, da ação penal pública, coadjuvada pelo poder de requisição de diligências investigatórias e mesmo de requisição do competente inquérito policial (inciso VIII), teria essência e tônus essencialmente diversos dos da atividade investigativa tipicamente criminal, identificada na função de polícia judiciária (art. 144).

Nos dizeres de Maurício Zanóide de Moraes[12], tais atos não teriam a mesma natureza jurídica como não estariam postos de forma hierárquica pela qual a investigação seria o menos e a ação penal o mais. Não se poderia confundir anterioridade com prevalência ou com intensidade. A investigação seria anterior, não inferior à ação penal.

Igual escólio é pregado por José Afonso da Silva[13], para quem o poder de requisição trazido pelo referido dispositivo constitucional se conceitua em providência a ser dirigida àqueles a quem a Constituição deu competência para a apuração de infrações penais, que são as Polícias Federal e Civil.

Em outro giro, controlar não seria exercer, tanto quanto requisitar não significaria realizar.

O caráter expressamente privativo da promoção da ação criminal pública pelo *Parquet*, de um lado, e a atribuição exclusiva da função de polícia judiciária à Polícia Federal, por outro, pode ser a ferramenta que desse termo ao debate.

No STF são encontrados diversos arestos nessa ordem de compreensão, onde são vaticinadas conclusões como a de que ***a norma constitucional não contemplou a possibilidade do parquet realizar e presidir inquérito policial, não cabendo, portanto, aos seus membros inquirir diretamente pessoas suspeitas de autoria de crime, senão requisitar diligência nesse sentido à autoridade policial*** (RHC 81326 – Min. Nelson Jobim).

Nesse mesmo rumo os escólios lançados no RE 233072 e 205473.

Oportuna, nesse contexto, mais uma vez, a recordação de que já houve Proposta de Emenda Constitucional tendente à inclusão de tais atribuições ao Parquet, de pronto arquivada pelo Congresso Nacional. Ora, se dúvidas não existissem, o Parlamento teria aprovado e convertido em norma constitucional a proposta, tornando explícita tal atribuição do Ministério Público, algo que deliberadamente não o fez.

Em outra frente, igualmente relevante, nos dizeres de Cezar Roberto Bittencourt, o Conselho Federal da OAB já fincou bandeira pela inconstitucionalidade da atribuição de poderes investigatórios ao Ministério Público[14].

O tema, no entanto, como posto antes, não se aquietou e a

---

[12] MORAES, Maurício Zanóide. Ob. Cit., p. 70.

[13] SILVA, José Afonso da. Ob. Cit., p. 603.

[14] BITTENCOURT, Cezar Roberto. Ob. Cit., p. 239.

jurisprudência do mesmo STF oferece, em tempos que correm, rumos alterados, a exemplo do Inquérito nº 1.968-2/DF, cujo julgamento não foi levado a cabo diante de uma incompetência superveniente, mas em que os Ministros Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Eros Grau, numa linha meritória que se esboçou, ofereceram voto pela possibilidade do MP realizar diretamente investigação criminal.

Mais à frente, na apreciação do HC nº 91.661/PE, a 2ª Turma do STF reconheceu, por unanimidade, que existiria margem de previsão constitucional para o poder de investigação do MP, a partir dos votos dos Ministros Ellen Gracie, Cezar Peluso, Celso de Mello e, mais uma vez, Joaquim Barbosa.

Em rumo geminado, os julgamentos do HC 97969 e 9417.

O embate, pelo que se constata, está sob maturação. Se, em um hemisfério exegético, a hermenêutica literal da norma constitucional, com toda a segurança que lhe é conferida, aponta para a distinção das funções orgânicas, separando a frente investigativa policial do manejo requisitório e de controle atribuído ao Ministério Público, em outro, a inovação interpretativa emprestada ao tema pelos que são adeptos da implicitude convidam a estender o horizonte da norma constitucional, enxergando-se o que não está escrito, mas estaria dito.

O segredo do bom encaminhamento, aqui como de resto em qualquer outro dilema interpretativo que aflija o exegeta, talvez esteja na prelação que nos oferece José Ricardo Cunha[15], para quem o sentido da norma nunca é um dado em si mesmo, como **"*se resultasse de um apriorismo metafísico, mas somente pode ser entendido em correspondência com outras normas do ordenamento, com os valores históricos do tempo presente e do próprio ordenamento jurídico e, por fim, com as exigências da realidade social e do caso concreto.*"**

Aguarde-se, então, o mérito apreciado da ADI nº 4271.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição:* fundamentos de uma dogmática transformadora. São Paulo: Saraiva, 1996.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *A inconstitucionalidade dos poderes*

[15] CUNHA, José Ricardo. *Fundamentos axiológicos da hermenêutica jurídica. In* BOUCAULT, Carlos E. De Abreu *et al (Org.)* Hermenêutica plural. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 336.

investigatórios do Ministério Público. In Revista Brasileira de Ciências Criminais, mai-jun/2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
CALABRICH, Bruno. *Investigação criminal pelo Ministério Público:* uma renitente e brasileira polêmica. *In* CHAVES, Cristiano et al (Org.). *Temas atuais do Ministério Público:* a atuação do parquet nos 20 anos da Constituição Federal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
_____. *Investigação criminal pelo Ministério Público:* fundamentos e limites constitucionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
CLÈVE, Clémerson Merlin. *Investigação criminal e Ministério Público,* texto extraído do Jus Navigandi, http://jus.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5760.
COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.
CUNHA, José Ricardo. *Fundamentos axiológicos da hermenêutica jurídica. In* BOUCAULT, Carlos E. De Abreu *et al (Org.)* Hermenêutica plural. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
LESSA, Luiz Fernando Voss Chagas. *A investigação direta e a persecução pelo Ministério Público Brasileiro,* orientador Nadia de Araujo – Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Direito, 2009, mimeo.
MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional.* 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.
MORAES, Maurício Zanóide. *Esgrimando com o Professor Sérgio Marcos de Moraes Pitombo:* os inexistentes poderes investigatórios criminais do Ministério Público. *In* Revista do Advogado nº 78, Ano XXIV, set./2004.
SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição.* 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
STONE, Martin. *Focalizando o direito:* o que a interpretação jurídica não é. In MARMOR, Andrei (Org.). Direito e Interpretação. Trad. De Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
VIEIRA, Luís Guilherme. *O Ministério Público e a investigação criminal. In* Revista Brasileira de Ciências Criminais, jan-fev./2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.