



MP só deve executar investigação em casos excepcionais

As sucessivas transformações sofridas pela humanidade, com a descoberta e desenvolvimento de novas técnicas de conhecimento e produção, o surgimento do fenômeno da globalização, trouxeram a reboque a criminalidade organizada que avança sobre o erário público e as sociedades menos organizadas. Em contrapartida, também acabou atraindo maior interesse acadêmico no estudo da polícia, devido à importância social que adquiriu, como instituição responsável pela repressão ao crime, alterando-se aquele quadro estudado por David H. Bayley(1), vaticinado e denunciado por Bismael Batista de Moraes(2) e Luiz Fernando Camargo da Cunha Lima(3), onde se esquadrihava a polícia como o patinho feio da persecução criminal.

Nesse contexto o Ministério Público, assim como outras instituições, vêm tentando ampliar suas competências, além das lhes atribuídas constitucionalmente, mediante a busca da titularidade da investigação criminal, apesar do constituinte ter fixado a polícia judiciária como competente para tal, com eficácia de uma regra constitucional(4) e gozando da proteção conferida às garantias institucionais.

Muitos são os fundamentos levantados pelos integrantes do Ministério Público, para legitimar suas pretensões, baseados em verdadeiros contorcionismos hermenêuticos, cuja essência seria a parêmia *In eo quod plus est semper inest et minus*, literalmente, aquele a quem se permite o mais, não deve-se negar o menos, sintetizado pelo brocardo: quem pode o mais pode o menos(5). Outros fundamentos apresentados pelos defensores do promotor-investigador(6), em verdade são corolário deste estudado.

Embora a formulação do brocardo é originária do latim, do direito romano, o viés empregado para legitimar a investigação ministerial é o direito norte-americano, através da *Teoria dos Poderes Implícitos* (7) criada pela Suprema Corte, quando julgou o case *MacCulloch vs. Marland*, constituindo então, “princípio jurídico dos mais comezinhos”(8), ou, regra elementar da hermenêutica constitucional de “aplicação corrente no direito constitucional pátrio, segundo a qual quando o constituinte concede a determinado órgão ou instituição uma função (atividade-fim), implicitamente estará concedendo-lhe os meios necessários ao atingimento do seu desiderato, sob pena de ser frustrado o exercício do *mínus* constitucional que lhe foi cometido(9)”.

Paulo Rangel defende que “se o Ministério Público tem a função de promover privativamente a ação penal pública, tal função tem, anterior e implicitamente, a investigação direta realizada por ele como antecedente lógico, se necessária for”.

Tal exegese integra o direito excepcional, anormal, exorbitante ou anômalo, onde uma hipótese parece adaptar a um artigo de uma norma jurídica. Porém, a hipótese não se coaduna com o espírito, o fim, nem os motivos da norma, ela deve ser interpretada restritivamente, possui eficácia limitada, e se aplica aos poucos casos designados expressamente.

A Teoria dos Poderes Implícitos (*theory implied and inherent powers*) também é adotada pelos norte-americanos para fundamentar a *cláusula de poderes plenos*, ou cláusula dos poderes de guerra, ainda, cláusula de ditadura, dentro do denominado direito de necessidade ou direito de exceção, onde são empregadas medidas excepcionais em casos de emergência e de crise, conforme o preclaro J. J.



Canotilho.

Na aplicação da teoria dos poderes implícitos devem ser observadas as seguintes regras, conforme ensinamentos de Carlos Maximiliano, que se baseou na doutrina Americana: a) Onde se mencionam os meios para o exercício de um poder outorgado, não será lícito implicitamente admitir novos ou diferentes meios, sob o pretexto de serem mais eficazes ou conveniente; b) Onde um poder é conferido em termos gerais, interpreta-se como estendendo-se de acordo com os mesmos termos, salvo se alguma clara restrição for deduzível do próprio contexto, por se achar ali expressa ou implícita.

Por outra banda, o constituinte, em 1988, estruturou o Estado brasileiro atribuindo competências aos órgãos do Estado. Competência é a faculdade juridicamente atribuída a uma entidade, ou a um órgão ou agente do Poder Público para emitir decisões. Competências são as diversas modalidades de poder que se servem os órgãos ou entidades estatais para realizar suas funções(10) no caso da investigação preliminar foi criada a polícia judiciária para executar a atividade de investigação criminal, cabendo a ela em regra, receber a *notitia criminis* e desenvolver toda atividade necessária para a elucidação do fato criminoso, suas circunstâncias e autores, buscando sempre atingir no final das investigações, o juízo de probabilidade. Ou seja, predomínio das razões positivas da ocorrência do delito, ou até mesmo a inexistência do delito, tudo isso dentro do inquérito policial disciplinado pelo Código de Processo Penal.

Em sede de competência estabelecida constitucionalmente, são aplicáveis os seguintes princípios(10): a) Princípio da indisponibilidade de competência: as competências constitucionalmente fixadas não podem ser transferidas para órgãos diferentes daqueles a quem a Constituição as atribui; b) Princípio da tipicidade de competências: as competências dos órgãos constitucionais sejam, em regra, apenas as expressamente enumeradas na Constituição.

Se o jurista optar por recorrer à hermenêutica para justificar que “quem pode o mais pode o menos”, também restará esvaziada sua proposição, eis que outro princípio elencado por Canotilho, o princípio da conformidade funcional, a vedará: “(.....) a Constituição regula de determinada forma a competência e função dos órgãos, estes órgãos devem manter-se no quadro de competências constitucionalmente definido, não devendo modificar, por via interpretativa (através do modo e resultado da interpretação), a repartição, a coordenação e equilíbrio de poderes, funções e tarefas inerentes ao referido quadro de competências”. (grifei)

Mesmo assim, o Ministério Público dispõe de vastos e poderosos instrumentos para influenciar na investigação preliminar, como medida de exceção, quando lhe é conferida a função de requisição de instauração de inquérito policial e de requisitar diligências investigatórias após relatado o inquérito, quando a autoridade passará a auxiliar o *parquet* e o juiz na instrução criminal, conforme preconiza o artigo 13 do Código de Processo Penal. Portando, são ilegítimas e ilegais as requisições que não visem instruir um inquérito policial ou um processo criminal, tanto é que o constituinte exigiu que o órgão do Ministério Público indique os fundamentos jurídicos das requisições, ou seja, uma imputação inicial consubstanciada em um juízo possível, através da exposição do fato penal relevante em todas suas circunstâncias, e se possível a indicação do autor. Por analogia deverão estar presente os requisitos exigidos para requerimento de inquérito policial pelo ofendido ou seu representante, estabelecidos no



artigo 5º do Código de Processo Penal(11), caso contrário, a autoridade policial estaria manietada em avaliar a legalidade da ordem, e conseqüentemente poderá dar azo a sua responsabilização criminal por abuso ou desvio, além da civil e administrativa, pois como se sabe a ordem ministerial ou judicial deve ser obedecida, salvo se manifestamente ilegal.

O Ministério Público dispõe ainda, da função de controle externo da atividade policial, exercitável através da requisição de procedimentos aos órgãos correcionais, seja administrativo ou criminal, além do poder-dever de requisição nos feitos policiais, visando à busca da adequada investigação criminal que permita a imputação objetiva e subjetiva, com grau de cognição limitado ao provável, pois a certeza será perseguida pela acusação na instrução criminal. Não podemos deslembrar também que o Judiciário também exerce o controle externo da polícia judiciária, sem falarmos do controle interno exercido pelos escalões hierárquicos, além do controle informal exercido pela imprensa, pelo advogado, pelas entidades da sociedade organizada, bem como pelo próprio cidadão.

Então, a regra é a polícia judiciária investigar e excepcionalmente o Ministério Público executar atividades de investigação criminal, através do poder de requisição e do controle externo. Nosso direito constitucional organizatório prestigia um sistema de freios e balanços, respeitando-se um núcleo essencial das funções atribuídas aos órgãos estatais, senão, o cidadão que é o destinatário final de toda atividade estatal, estaria inferiorizado perante a acusação que disporia dos meios próprios e da polícia para promover a acusação, tisonando o princípio da igualdade e da paridade de armas. Nota-se que em regime de exceção, também, a ação penal pode ser desenvolvida por terceiros: ação penal subsidiária da ação pública, ação penal privada, crime de responsabilidade, sem olvidarmos do instituto da assistência e da queixa oferecida pelo credor ou síndico na falência. Então, as exceções não podem ter tratamento de regras.

Tal regramento visa apenas assegurar o *direito a um procedimento justo*, conformador aos direitos fundamentais, onde os órgãos do Estado têm suas funções delimitadas constitucionalmente: a polícia militar previne o crime através do policiamento ostensivo; a polícia judiciária investiga os crimes não evitados pelo sistema de repressão formal ou informal; o Ministério Público acusa o autor do ilícito criminal e produz toda prova necessária para confirmar a acusação, durante o processo criminal, diligenciando, participando das audiências, alegando suas razões e recorrendo, além das funções de fiscal da lei; cabendo ao Juiz presidir a instrução, julgar a acusação e apreciar as medidas cautelares com enfoque garantista, como Juiz das liberdades, devendo haver uma interação e integração em todas fases para proporcionar a efetivação da justiça e, por conseguinte a paz social e a segurança pública.

Caso haja alteração constitucional conferindo ao Ministério Público o dominus do inquérito policial, como defendem alguns juristas ligados ao parquet, nos moldes do sistema português, também seria necessário um mecanismo de controle judicial da decisão tomada ao final do inquérito – decisão de acusação ou arquivamento -, executada pelo juiz criminal, sendo que em Portugal, o juiz de instrução é assistido pela polícia criminal nesta fase, então, se depreende que é fundamental a fiscalização da investigação preliminar, se for titularizada pela polícia o Ministério Público fiscalizará, se for titularizada pelo órgão do Ministério Público, o Juiz exercerá a fiscalização. Se se buscar modelos estabelecidos pelo sistema da *comow law* — considerado o mais democrático dos sistemas penais —



como no tocante aos poderes implícitos, pode-se optar também pela adoção do sistema inglês onde a polícia investiga e acusa, onde há um sistema de controle incipiente com o *Prosecution of Offences Act*, criado em 1985, através do *Crown Prosecutor Service*, onde a decisão de arquivar a investigação é partilhada com a polícia, através do *Chief Officer*(12).

Neste contexto, a investigação preliminar pela polícia judiciária é alçada a garantia institucional, com proteção especial insculpida constitucionalmente, vedando sua supressão ou tão somente, a afetação mínima daquilo que lhe perfaz a essência, o conjunto de seus traços essenciais integrativos, seu mínimo intangível, sua identidade, portando, impede-se sua modificação, erosão, dano, desnaturação, quebra, arranhão, restrição, esvaziamento e abuso, o que equivalerá a sua destruição completa e existencial(13).

A teoria dos poderes implícitos fundamenta o poder hierárquico, em Direito Administrativo, dele decorre as faculdades implícitas para o superior de dar ordens, fiscalizar o seu cumprimento, delegar e avocar atribuições, e a de rever os atos dos inferiores, isso no bojo de um órgão administrativo que pode integrar o Executivo, Legislativo ou Judiciário, sem olvidarmos que entre a autoridade policial, o magistrado e o órgão do Ministério Público não há hierarquia, mas concatenação para execução de uma atividade estatal.

Arrematando trago a lume os ensinamentos de Sérgio Marcos Moraes Pitombo: “*Não se pode inventar atribuição nem competência, contrariando a Lei Magna. A atuação administrativa interna do Ministério Público, federal ou estadual, não há de fazer as vezes das polícias. Cada qual desempenhe sua específica função, no processo penal, em conjugação com o Poder Judiciário*(14), senão, não nos livraremos desta crise de legalidade “*uma crise do valor vinculativo associado às regras pelos titulares dos poderes públicos, que se exprime na ausência ou na ineficácia dos controles, e portanto na variada e espetacular fenomenologia da ilegalidade do poder. Tal crise revela uma crise constitucional, evidenciada pela progressiva erosão do valor das regras do jogo institucional e do conjunto dos limites e dos vínculos por elas impostos ao exercício do poder público*”, conforme preleciona o pai do garantismo Luigi Ferrajoli(15).

Notas bibliográficas

(1) David H. Bayley. *Padrões de policiamento: uma análise internacional comparativa*. Trad. René Alexandre Belmonte. 2 ed., São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2002, p. 15 ss.

(2) Bismael Batista de Moraes. *A polícia à luz do direito*. São Paulo: RT, 1991.

_____. *Polícia judiciária, função essencial à justiça*, Boletim IBCCRIM nº 49, dez-96.

_____. *Inquérito policial e falta de prevenção*, Boletim IBCCRIM nº 48, mar-2000).

(3) Luiz Fernando Camargo da Cunha Lima. *O controvertido papel da polícia*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, fasc. 39, ano 10, jul-set/2002, p. 241-249.

(4) Sobre regras e princípios constitucionais, ver Daniel Sarmiento. *Os princípios constitucionais e a ponderação de bens*, in: Roberto Lobo Torres (Org.) *Teoria dos direitos fundamentais*. 2 ed. rev. e atual.



Rio de Janeiro: Renovar 2001, p. 35-98, ver também Ruy Samuel Espíndola. *Conceito de princípios constitucionais*. 2 ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: RT, 2002.

(5) Cf. Carlos Maximiliano. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 245.

(6) Frase cunhada por Aury Lopes Junior. *Sistema de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

(7) Cf. Paulo Rangel. *Investigação criminal direta pelo ministério público: visão crítica*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 177-183.

(8) Cf. Cristiano Chaves de Faria. *A investigação criminal direta pelo MP e a inexistência de impedimento/suspeição para o oferecimento da denúncia*. Revista APMP, p. 37-40, e na Internet: www.mp.mt.gov.br/ceaf/ajuridicos/ajur_10.asp, acesso: 10.05.04.

(9) Cf. Aloísio Firmo Guimarães da Silva, Maria Emilia Moraes de Araújo, Paulo Fernando Corrêa. *A investigação criminal direta pelo ministério público*. Boletim IBCCRIM nº 66, maio/1998, caderno de Jurisprudência Comentada, p. 251-252.

(10) J. J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 6a ed., Coimbra: Almedina, p. 542-544.

(11) Cf. Benedito Roberto Garcia Pozzer. *Correlação entre acusação e sentença no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2001, p. 89-90.

(12) Cf. Anabela Miranda Rodrigues. *A fase preparatória do processo penal – tendências na Europa. O caso português*. São Paulo: Revista de Ciências Criminais, fasc. 39, ano 10, jul-set/2002, p. 9-27.

(13) Paulo Bonavides. *Curso de Direito Constitucional*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 494 ss.

(14) Sérgio Marcos de Moraes Pitombo. *Procedimento administrativo criminal, realizado pelo Ministério Público*. Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel, vol. 5. fasc. 22, jul-ago/2003, p. 3.

(15) Luigi Ferrajoli. *O direito como sistema de garantia*. In *O novo em direito e política*. José Alcebíades de Oliveira Jr. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 91, *apud* Rogério Gesta Leal. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 90.

Date Created

25/05/2004