
O poder de investigação direta pelo Ministério Público no julgamento do RE 593.727/MG: o papel do Supremo Tribunal Federal

Alexandre Cezar Silva Gonçalves de França

Servidor Público Federal no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Oficial de Gabinete da Desembargadora Carmelita Indiano Americano do Brasil Dias. Especialista em Direito, em 2016, no Curso de Pós-Graduação Ordem Jurídica e Ministério Público da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, orientado pelo Doutor Antônio Henrique Graciano Suxberger. Bacharel em Direito pela UnB, em 2011.

Resumo: O presente estudo analisa a amplitude dos argumentos utilizados no julgamento do RE 593.727/MG, que reconheceu o poder de investigação direta e autônoma ao Ministério Público da República Federativa brasileira. O trabalho, a partir de sugestões críticas, fragiliza a fundamentação majoritária do acórdão e propõe reflexão ao papel que o Supremo Tribunal Federal poderia ter alcançado com a abordagem de pontos controvertidos que circundam a temática. O leitor é instigado a refletir sobre o delineamento do conteúdo inserido nos fundamentos que autorizaram a consolidação do poder de investigação direta, porque é de fundamental interesse privilegiar o seu viés democrático, bem como estabelecer forma adequada de controle, que assegure a finalidade do novo poder e, simultaneamente, respeite os direitos e as garantias fundamentais.

Palavras-chaves: Investigação direta - Ministério Público. Direitos e garantias fundamentais.

Sumário: Introdução. 1 Análise do julgamento do Supremo Tribunal Federal. 2 O promotor investigador *versus* o juiz de garantias. 2.1 Compatibilizando funções institucionais ao sistema brasileiro. 2.2 Incongruências jurídicas (e lógicas) do julgamento do RE 593.727/MG. 3 Conclusão: os aspectos positivos que se consolidam após o julgamento do RE 593.727/MG. Referências.

Introdução

No ano de 2015, com o advento do julgamento do Recurso Extraordinário nº 593.727/MG — afeto ao regime da repercussão geral¹ —, restou reconhecido o poder de investigação direta pelo Ministério Público para promover, por autoridade própria, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e as garantias que assistem a qualquer investigado pelo Estado, a reserva de jurisdição e as prerrogativas profissionais dos envolvidos.

O supracitado julgamento veio pôr fim, ao menos por hora, à polêmica que já se arrastava nas cortes por alguns anos e que, recentemente, havia ganhado espaço para debate após a Proposta de Emenda Constitucional nº 37, de autoria do Deputado Lourival Mendes (PT do B/MA), que buscava inserir o termo “privativamente” no artigo 144 da Constituição da República de 1988, atribuindo, assim, a competência exclusiva às Polícias Federal e Civis dos Estados e do Distrito Federal para investigar infrações de natureza penal.

Na análise do julgamento feita neste artigo — considerando o cenário social em que vivemos e as expectativas quanto à eficiência do Direito Penal —, o leitor será instigado a refletir sobre a amplitude da decisão e se os fundamentos que legitimaram

¹ Ferramenta de filtragem definida pelo processo constitucional como requisito de admissibilidade recursal, instituído pela EC 45/2004, na qual o STF analisa a relevância e a transcendência da questão afirmada, critérios necessários à análise do recurso extraordinário, sem os quais não deverá ser conhecido.

o reconhecimento do poder de investigação direta pelo Ministério Público são condizentes com o nosso sistema jurídico.

Atualmente, é clara a morosidade dos *poderes do Estado* em atender aos anseios de comunidades modernas, extremamente dinâmicas, porque não só inúmeros valores sociais têm evoluído em velocidade incompatível de ser acompanhada pelo trâmite do *processo legislativo*, como os parlamentares atuam, rotineiramente, por impulsos da mídia e do clamor social, atendendo a questões que, no contexto geral, mostram-se menos importantes, mas que, nas urnas, proporcionam uma chance de reeleição.

Diante dessa premissa, visitaremos a lógica basilar que esteve presente no julgamento, mas também serão destacados os aspectos que, embora fundamentais, restaram esquecidos. Disso exsurge, conseqüentemente, dentro deste artigo, a consideração sobre o papel que o Supremo Tribunal Federal exerce no Direito brasileiro, e aquilo que poderia ser evitado ou acrescentado, a fim de que sua atuação alcançasse um patamar de maior coerência técnica, atendendo não só aos anseios políticos, mas também aos jurídicos.

Sem dúvidas, essas são ideias que, aplicadas de forma eficiente, ajudam a justificar a existência do Direito Penal na sociedade moderna, auxiliando na necessária atualização dos institutos utilitaristas².

² Concepção da pena enquanto meio, que resulta de um equilíbrio entre os custos representados pelas penas e os danos que elas tentam prevenir.

É extremamente relevante tentar encontrar a tênue linha de evolução do raciocínio jurídico constitucional, que, ao tratar do sistema acusatório e das garantias, é tão importante ao Direito Processual Penal quanto compreender adequadamente as opções conceituais disponíveis que tentam esclarecer o que se entende por criminoso racional, a efetividade da ressocialização, a importância e o (in)sucesso do emprego deliberado de penas mais gravosas e o papel da etapa pré-processual de investigação na repressão da violência social.

É nesse sentido que o presente trabalho buscará, diante da importância da investigação em todos os (sub)sistemas que compõem a nossa sociedade, mas principalmente no jurídico, ressaltar, partindo do julgamento de um tema de repercussão geral — Recurso Extraordinário nº 593.727/MG — os altos e baixos dos argumentos que pautam a discussão e tudo mais que há de importante e que ainda não foi sequer mencionado.

O trabalho está dividido em dois capítulos principais, que tratam da análise do julgado e da coexistência de procedimentos necessários ao poder de investigação direta pelo Ministério Público, respectivamente, seguidos por conclusão que faz apanhado daquilo que, no fundo, ficou registrado para o país após a conclusão do julgamento.

1 Análise do julgamento do Supremo Tribunal Federal

A análise julgamento do Recurso Extraordinário nº 593.727/MG pelo Supremo Tribunal Federal teve início com o voto do

relator originário, Ministro Cezar Peluso, em 21/6/2012, mas terminou apenas dia 14/5/2015, após vários pedidos de vista e extensos debates quanto à semântica dos votos — os quais não ficaram coerentes o suficiente nem mesmo para os componentes da egrégia Corte.

Inicialmente, para traçar as questões fáticas que delinearam o supracitado julgamento, cumpre ressaltar que o caso concreto envolvia o então prefeito de Ipanema, em Minas Gerais, que fora denunciado pela prática de crime de responsabilidade, consoante art. 1º, XIV, do Decreto-Lei nº 201/67.

Em suas razões de recorrer, o réu afirmava que o oferecimento de denúncia, lastreada em informações colhidas diretamente pelo Ministério Público, estaria eivada de vício insanável, porque violava diretamente os artigos 5º, 129 e 144 da Constituição da República de 1988, fato que deveria ensejar a nulidade do processo a partir do recebimento da denúncia.

Vale ressaltar, por oportuno, por mera preocupação com a celeridade, que os julgamentos do Supremo Tribunal Federal analisam matérias polêmicas, que a possibilidade — ou não — de investigação direta por parte do Ministério Público era exatamente o mesmo assunto por trás do Habeas Corpus 84.548/SP, que teve seu julgamento iniciado em 11/6/2007, com a prolação do voto do relator originário, Ministro Marco Aurélio.

Passemos, então, ao estudo do que foi abordado no julgamento do Recurso Extraordinário 593.727/MG.

O relator originário do recurso, Ministro Cezar Peluso, ao analisar a possibilidade de conciliação entre o poder de investigação direta pelo Ministério Público e o estipulado pela Constituição da República de 1988, deixou muito evidente que apenas concordaria com a possibilidade na hipótese de existir, no texto constitucional, regramento que expressamente a autorizasse. Como não há, o relator, além de rechaçar a *teoria dos poderes implícitos*³, destacou pontos de relevo que, dentro do Direito Constitucional e do Direito Processual Penal, delineiam a importância do procedimento prévio de investigação ao sistema acusatório e ao próprio conglomerado de direitos e garantias do investigado, e que guardam íntima relação com as peculiares diferenças entre ser réu em processo criminal e ser réu em ação cível de qualquer natureza.

Ao fazer retrospectiva dos aspectos investigatórios que compunham a investigação de delitos no Brasil Império, o ministro destacou que, mesmo atualmente, uma das únicas exceções à existência do inquérito policial — e muito bem-vinda, diga-se de passagem — é a disciplinada na Lei nº 9.099/95, que o substitui pelo termo circunstanciado. Ainda assim, destaca que tal abertura não tem caráter absoluto, uma vez que existem critérios objetivos que, se presentes, determinam a instauração de inquérito, quais sejam: nos casos em que a autoria do fato seja desconhecida,

³ Entende-se por poderes implícitos aqueles que são meios necessários sem os quais, outra função, mais importante, expressamente estabelecida pela Constituição, tornar-se-á inalcançável, restando prejudicada

indeterminada, envolva autores inimputáveis ou nos que não haja composição civil dos danos.⁴

Outras preocupações, também apresentadas no voto inaugural, envolvem, caso haja entendimento pela possibilidade de investigação direta, a ausência de limites à atividade, seja no aspecto processual, que poderia ensejar conflitos corporativos e de competência, ou em um aspecto garantista, que poderia ocasionar violação de direitos e garantias fundamentais.

Em conclusão, o voto do Ministro Cezar Peluso declara a inexistência de previsão constitucional para a investigação direta pelo Ministério Público, reconhecendo, contudo, desde que atendidas às garantias constitucionais, a existência de três exceções.⁵

No ponto, é digno de nota que a postura do Ministro Cezar Peluso, ao reconhecer a existência de escopo constitucional para investigação direta pelo Ministério Público em casos específicos, analisados concretamente, assemelha-se enormemente às hipóteses de ativismo judicial, muito criticadas atualmente. Todavia, tal olhar merece uma observação.

⁴ O termo circunstanciado dá início aos procedimentos investigatórios sobre fatos que se enquadrem como de menor potencial ofensivo, mitigando a atividade investigativa da polícia judiciária e sendo orientado pela informalidade e celeridade.

⁵ Consoante explica-se no voto: as que tenham por objeto fato ou fatos teoricamente criminosos praticados por membros ou servidores da própria instituição, os crimes praticados por autoridades ou agentes policiais ou, ainda, os praticados por outrem, se, a respeito, a autoridade policial, científica, não haja instaurado inquérito policial.

Isso porque, ao se observar a jurisprudência da Corte, mormente as bases argumentativas que compõem os fundamentos que utilizou para fixar as exceções, boa parte dela é de julgamentos mais antigos. Ou seja, essa delimitação autorizadora específica, que leva em consideração tais casos concretos, vem da combinação de antigos julgados do Supremo Tribunal Federal em que se analisavam, pontualmente, diversas nulidades suscitadas em ações de *habeas corpus* ou de recursos interpostos no controle difuso. Explico.

Diversos julgamentos, ocorridos há cerca de uma década⁶, acolhiam ou rejeitavam diversos pedidos de declaração de nulidades suscitadas na Corte, tais como: nulidade por participação complementar de órgãos sem competência investigatória na composição do inquérito (como o MP) ou, ainda, por supostas usurpações de competência de determinado órgão em relação a outro (casos de julgamento em inobservância com o foro por prerrogativa de função).

Estudando-os hoje, de forma retroativa, tais julgamentos resultam, por intermédio de interpretação de suas perspectivas fáticas combinadas, em um claríssimo arcabouço de procedências e improcedências capazes de montar um rol de fatos avessos ou necessários à investigação criminal.

Então, o voto do Ministro Cezar Peluso, em boa parte, não se trata de mero ativismo judicial, mas de certa reafirmação de

⁶ HC 82.354/PR, HC 89.158/RJ, HC 80.420/RS, HC 83.346/SP e PET 3.197.

parte da jurisprudência da Corte, com a qual concorda. Ou seja, ao enumerar expressamente as hipóteses que já haviam sido julgadas no passado e tecer as suas exceções com os fatos que compunham os precedentes, eles se consolidam nos casos concretos sobre os quais a Corte, ao analisar os aspectos jurídicos, entende por bem que a investigação direta seja autorizada.

Após o voto do Ministro Cezar Peluso, a divergência foi inaugurada pelo Ministro Gilmar Mendes.

De início, o voto divergente dá enfoque, muito claramente, aos aspectos que, pontualmente, originam a esgrima de argumentos.

Destaca, primeiramente, que em nossa ordem jurídica existem, por determinação constitucional, diversos órgãos responsáveis por investigação que podem, de maneira direta e autônoma (ou até mesmo acidentalmente), colher elementos de prova que resultem em ação penal, tais como crimes apurados pela Fazenda Pública ou por intermédio de Comissão Parlamentar de Inquérito, do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), da pela Lei nº 9.613/98, do Banco Central, da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e pelo Tribunal de Contas.

O Ministro Gilmar Mendes, ressalta, em seguida, ser uma surpresa que a questão tenha sido revolvida quanto à *exclusividade* da polícia judiciária conduzir investigações criminais. O próprio Código de Processo Penal autoriza, com apoio na jurisprudência⁷, em seu artigo 39, § 5º, que não há obrigatoriedade de inquérito

⁷ HC 63.213/SP, rel. Min. Néri da Silveira, Primeira Turma, DJ 26.2.1988; HC 63.213/SC, rel. Min. Néri da Silveira, Segunda Turma, DJ 3.3.2000

policial que preceda o oferecimento da denúncia se a materialidade e os indícios de autoria forem alcançados pela representação. Tampouco se declara nulidade de procedimentos investigatórios conduzidos pelo Ministério Público nos casos de omissão policial em investigar ou em demais hipóteses de delitos cometidos por agentes públicos, mormente agentes das forças policiais.

Importa destacar que, em seus argumentos, o Ministro esclarece que não admite, consoante sua perspectiva jurídica, que o Ministério Público possa, ao ter acesso aos documentos fornecidos por essas entidades — Receita Federal, Banco Central, COAF, Tribunal de Contas, etc. —, formular, em sequência, ilimitadas indagações para desenvolver e complementar os fatos apontados. Ao contrário, destaca a necessidade de que se entenda o poder investigativo como subsidiário e limitado aos mesmos parâmetros que o inquérito policial, inclusive os limites judiciais de controle, de forma que a investigação autônoma do *Parquet* não possa ser utilizada de forma a substituir o papel que, *a priori* — preferencialmente —, recai à polícia judiciária, nos termos do art. 144 da Constituição da República de 1988.

No mesmo voto, com o propósito de ambientar o julgamento em relação às duas correntes argumentativas, que são *aparentemente* antagônicas, reproduz lição de Rogério Lauria Tucci, na qual o autor “defende que não pode existir dúvida que o Ministério Público é manifestamente interessado na colheita de prova desfavorável ao investigado

e, reflexivamente, desinteressado da que lhe possa beneficiar” (TUCCI, 2004, p. 85-86).

É um comentário, no mínimo, curioso. Tucci (2004) alega que o *Parquet*, instituição essencial à função jurisdicional do Estado permanentemente instituída para este fim, exatamente como forma de contenção de eventuais excessos políticos do passado, é menos legítimo para investigar apenas porque, dentre uma daquelas que são suas funções, encontra-se o papel de *dominus litis*. Ora, se o Ministério Público não pode (e se esse argumento for válido por supostamente comprometer o sistema acusatório⁸, seguindo a lógica argumentativa⁹), de fato, apenas sobraria a polícia judiciária, que sofre críticas tão antigas quanto a sua própria origem, sendo parte integrante — e hierarquicamente subordinada — do Poder Executivo e, ainda, acusada, em diversos países, mesmo no século XXI, de empreender perfil de atuação que resulta em recorrentes casos de brutalidade policial. Ou seja, Tucci (2004) critica que assumamos um modelo com risco de sucesso, desde que haja controle, para que nos mantenhamos com o atual, reconhecidamente falho, mas com todas as falhas conhecidas.

⁸ O sistema acusatório resulta do afastamento do juiz do seu papel instrutor - ficando, a partir de então, estranho ao desenvolvimento das investigações -, e da introdução de um necessário arcabouço de garantias constitucionais, erga omnes, aos investigados.

⁹ De que a investigação criminal é atividade exclusiva da polícia judiciária, não podendo ser exercida por qualquer outro órgão integrante do Poder Público.

Essa linha de raciocínio, inclusive, chega a ser conflitante, pois pensar que aquele que é responsável por controlar a atividade policial é exatamente o que iria descumprir mais intensamente, durante investigações, os direitos e garantias fundamentais, é dizer que o responsável pelo controle externo é menos preparado para executar a atividade que ele mesmo fiscaliza.

Nessa toada, pensamos que a visão de Tucci (2004) é demasiadamente estreita por entender que algumas funções institucionais do Ministério Público predominam sobre outras, hierarquizando, sob sua visão jurídica, o que seriam as preferências institucionais e desconsiderando a imperatividade constitucional. Dessa forma, faz presumir que o fato de o *Parquet* ser o titular da persecução penal faria com que ele cumprisse uma de suas funções mais que a outras; investigando a qualquer custo e desrespeitando direitos, quando, em verdade, poderia ser exatamente o inverso, cenário em que, por buscar maior respeito a direitos e garantias fundamentais, a investigação resultaria em tímida colheita de elementos indiciários.

Nos diversos casos citados pelo Ministro Gilmar Mendes, quanto às investigações conduzidas por órgãos e instituições cíveis e administrativas (COAF, Banco Central, CVM e Tribunal de Contas), infere-se que o caráter da utilidade de tal transposição de competência para apuração de fatos em unidades que são especializadas em determinados assuntos, com pautas institucionais próprias, foi, exatamente, a necessidade de tratar de maneira mais eficiente os temas que são tecnicamente mais

complexos para serem investigados pela polícia judiciária na vala cotidiana. O caso é exatamente o mesmo quando falamos das hipóteses nas quais o Ministério Público deve investigar.

A complexidade da nossa sociedade, ano a ano, alcança relações em que os múltiplos sistemas se comunicam mais diversamente, exigindo maior especialização.

Por essa razão, o Estado, a fim de manter eficiência na apuração de fatos importantes para a sociedade, é levado a segmentar setores que serão mais produtivos ao atuarem de forma mais especializada. Isto posto, pode-se concluir que a transposição de competência para novo órgão ou, ainda, a aceitação de compartilhamento da legitimidade e/ou competência fazem-se necessárias — ou simplesmente são aceitas, quando necessárias.

Isso significa que, ao vislumbrar um bônus, um benefício, na atuação que se discute, o *resultado eficiente* e o custo social¹⁰ passam a ser equilibrados em contraposição, para tentarmos prever se haverá sucesso ou prejuízo na abordagem.

Pelo que se percebe dos precedentes citados no Supremo Tribunal Federal, foi exatamente assim que as investigações criminais em que houve maior participação do Ministério Público, no passado, não foram declaradas nulas.

A princípio, não se preocupava em discutir, formalmente, a legitimidade/competência desta ou daquela instituição,

¹⁰ O custo social refere-se, dentro da concepção utilitarista, aos danos sustentados pela sociedade que justificam a adoção de medidas penais, que não só exigem investimento financeiro, mas também resultam, em geral, em uma concordância, pela sociedade, de suas próprias liberdades.

muito menos em regulá-la, mas apenas em apurar se o Estado, ao investigar por essa ou aquela “*mão*” havia – ao apurar os fatos – respeitado as garantias e os direitos fundamentais e, simultaneamente, alcançado resultado efetivo na investigação, ou seja, transformado o custo social em ferramenta útil à sociedade.

Não é à toa que o Ministro Gilmar Mendes vota, neste caso concreto, no sentido de que a atividade é possível, mas deve ser subsidiária, respeitar extensa lista de direitos e garantias fundamentais e jamais abandonar o controle do Poder Judiciário. Ele explica, ainda, que foram os julgamentos de casos em que se analisaram crimes de policiais civis ou militares que demonstraram a utilidade de tal investigação direta; cita, inclusive, o julgamento do HC 93.930/RJ (DJe 3.2.2011), ocasião na qual o Min. Celso de Mello argumentou no sentido de que o art. 144, §1º, IV, da Constituição da República não estabelece exclusividade ao papel de investigação da polícia, mas sim uma primazia, uma *preferência*.

Após esclarecer a primeira divergência em relação ao voto do relator originário, é interessante comparar os raciocínios jurídicos realizados por ambos os ministros.

O Ministro Cezar Peluso dá provimento ao recurso extraordinário, desautorizando o Ministério Público a investigar diretamente, mas utiliza os precedentes da Corte que aceitaram a investigação direta por parte do Ministério Público para fixar exceções à regra, ou seja, hipóteses em que a Constituição da República excepcionaria a exclusividade da polícia judiciária

e seria possível ao *Parquet* conduzir de forma autônoma e direta as investigações.

O curioso formato do voto foi, em *obiter dictum*, batizado pelo Min. Ricardo Lewandowski de *balizador da atividade ministerial*¹¹ e, sob sua visão, não ensejava cerceamento da atividade investigatória (BRASIL, 2015, p. 105).

O Ministro Gilmar Mendes, que por sua vez votou pelo desprovimento do recurso — e é o relator designado —, utiliza-se de jurisprudência muito semelhante àquela mencionada pelo Ministro Cezar Peluso para, ao inverso, construir argumentação que autoriza plenamente a investigação direta e autônoma, considerando, todavia, que, desrespeitadas as condições fixadas em seu voto, o procedimento seria passível de ser declarado nulo.

A partir desse ponto, estabelecidos os votos que foram o cerne do julgamento, daremos destaque apenas aos aspectos mais relevantes dos demais votos, com ênfase, ao final, no voto do Ministro Marco Aurélio, que inaugurou terceira corrente, na qual o Ministério Público não poderia, em nenhuma hipótese, utilizar-se de meios investigatórios autônomos (e diretos) em âmbito do Direito Penal.

O Ministro Celso de Mello, ao acompanhar o Ministro Gilmar Mendes, dá ênfase à desnecessidade de que exista inquérito policial — desde que evidente a materialidade do delito e presentes

¹¹ Argumento extraído do debate oral durante a sessão de julgamento, não chegou a ser transcrito para o acórdão final, mas está presente nas notas taquigráficas do julgamento.

os indícios de autoria — e revela que é possível a convicção *aliunde*¹², tal como aquelas que se encontrem em procedimentos instaurados por órgãos ou entidades da Administração Pública diversos da corporação policial, da mesma forma que o particular poderia, desde que na posse de elementos suficientes, oferecer queixa.

A investigação criminal conduzida pelo Ministério Público, sob a interpretação de Celso de Mello, longe de comprometer ou de reduzir as atribuições da polícia judiciária, pois não interfere na irrecusável condição da autoridade policial como presidente do inquérito — especialmente porque é procedimento cognato¹³, mas diferente do inquérito, batizado de “diligências investigatórias” por Lênio Streck e Luciano Feldens (2003, p. 106-116) —, deveria representar uma típica cooperação, pois promove a convergência de dois importantes órgãos estatais que compartilham o propósito histórico de apurar a utópica verdade real (BRASIL, 2015, p. 79-85).

¹² “*Aliunde*” é expressão latina que significa “de outro lugar”. Foi utilizada pelo Ministro como meio de afirmar que as provas produzidas fora do Ministério Público e/ou da polícia podem ser base da fundamentação no oferecimento da denúncia. É comumente utilizada para descrever atos administrativos quem encampam motivos que se originam fora do documento produzido pela autoridade da qual emana o ato decisório.

¹³ O Projeto de Lei nº 5.776/2013, de 18/6/2013, que propõe alterações ao atual Código de Processo Penal, –tramita no Congresso Nacional apenso ao projeto do novo CPP – e sugere que, a depender da autoridade que presida as investigações, delegado ou membro do Ministério Público, o inquérito seja chamado, respectivamente, de policial ou pena. (Art. 2, caput).

Em seguida, encampa a *teoria dos poderes implícitos*, sob o fundamento de que a Constituição da República teria assegurado ao Ministério Público os *meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos*. Se não for assim, segundo defende, ocorreria indevida perspectiva reducionista, esvaziando, por completo, as atribuições expressamente conferidas ao *Parquet* como *dominus litis*.

Dá enfoque, também, ao fato de que o poder do Ministério Público de investigar diretamente é compatível com a sua respectiva finalidade e amparada tanto pelas disposições do art. 129 da CRFB quanto pelo texto da Lei Complementar nº 75/93. Ademais, considera que países que suportaram duras fases de luta contra a corrupção (principalmente na Europa) teriam demonstrado empiricamente, na tendência jurídica moderna, que o sistema de investigação conduzido de forma exclusiva pela polícia judiciária, nessa hipótese, é arcaico.

Finalmente, ao nos aproximarmos do final do julgamento, o voto-vista do Ministro Marco Aurélio demonstra preocupações bem originais que ainda não foram ressaltadas pelos seus pares.

De maneira bastante direta e objetiva, alega que a Carta Magna, ao estabelecer competências, preocupou-se, de forma muito precisa, com o equilíbrio institucional dos órgãos, entidades e dos poderes que compõem o Estado. Tal preocupação funciona não só como um plano de cooperação institucional dentre os ramos especializados, mas principalmente como uma garantia

ao cidadão contra concentração de poderes de um ou outro organismo público.

Ressalta, em sequência, que a *teoria dos poderes implícitos* estaria correta se estivéssemos diante de direito privado, mas, na hipótese, a evocação do jargão “quem pode mais pode menos”, que validaria tal teoria, não tem lugar, uma vez que se aplica o princípio da legalidade estrita, de obrigatória obediência por parte do Poder Público.

Em sua conclusão, ao votar pela impossibilidade absoluta de investigação pelo Ministério Público em matéria criminal, rebate tanto o argumento de que a desnecessidade de inquérito não significa que existe autorização para o Ministério Público investigar quanto o de que a má estruturação de polícias ou os desvios de condutas de servidores – mesmo que sejam policiais – não legitimam, no contexto jurídico, por si só, o exercício de investigação direta pelo Ministério Público.

O julgamento foi concluído no Tribunal, por maioria de sete ministros, que reconheceram o poder de investigação plena do Ministério Público, vencidos os Ministros Cezar Peluso, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli – que aceitaram a possibilidade apenas em exceções específicas –, e o Ministro Marco Aurélio, que negava integralmente a possibilidade de procedimento investigativo autônomo por parte do *Parquet*.

A tese de Repercussão Geral restou assim redigida, *in verbis*:

O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei nº 8.906/94, art. 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade — sempre presente no Estado democrático de Direito — do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante nº 14), praticados pelos membros dessa Instituição. (BRASIL, 2015, p. 291).

2 O promotor investigador *versus* o juiz de garantias

De início, conforme já tivemos a oportunidade de ressaltar, é curioso ver a posição em que julgadores e estudiosos — os que são contra a existência de poderes investigativos diretos —, como o Ministro Marco Aurélio e Rogério Lauria Tucci, colocaram o *Parquet* durante a análise quanto à viabilidade de tal poder.

É imperativo que ninguém, nem nada, esteja acima do interesse comum da sociedade e das garantias constitucionalmente asseguradas, bem como é temeroso lembrar os períodos de concentração de poderes que eclodiram em ditaduras. Todavia, o nível de desconfiança que transbordou de alguns estudos e fundamentos jurídicos aproximou-se do absoluto exagero, beirando até mesmo uma *teoria da conspiração* contra aqueles que estão aqui para fazer, exatamente, o oposto, assegurar a democracia.

A tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal, por mais que tenha reconhecido a possibilidade de o Ministério Público investigar, é clara em preocupar-se com os limites da observância de direitos e garantias, como se eles já não fossem de observância obrigatória no inquérito policial e pudessem, automaticamente, ser interpretadas à imagem e semelhança no “inquérito penal”. O julgado é tão interessante que fazer uma mera reprodução da tese fixada é, na verdade, fazer tábula rasa das conclusões que são passíveis de serem alcançadas a partir do julgamento.

Ao nosso ver, o mais importante elemento que nasce do julgamento e dos debates é que nenhum dos 11 ministros reconheceram a suficiência dos poderes investigativos exercidos exclusivamente pela polícia ou, tampouco, disseram que o papel do Ministério Público – em qualquer situação – mostrou-se desnecessário. Na verdade, preocuparam-se, a despeito da eficiência, em regular atuação do MP ou limitá-la formalmente.

É fato muito estranho, tendo em vista que trata o Ministério Público de forma distinta de outros órgãos que também realizam investigações – as quais podem eclodir em elementos de infrações criminais – e que nunca sofreram regulação semelhante ou tão repercutida. Nos referimos, no ponto, às investigações conduzidas pela Receita Federal, pelo Banco Central, pela Controladoria-Geral da União, pelo Tribunal de Contas, entre diversos outros órgãos.

É ainda mais curioso do que parece, uma vez que a investigação conduzida por quaisquer desses legitimados, tenha

ela caráter cível, criminal, fiscal ou administrativo, incluindo-se aqui a que pode ser realizada pelo Ministério Público, não ultrapassaria o caráter de mero procedimento para apurar fatos, de forma que os direitos e as garantias constitucionalmente assegurados não poderiam ser tolhidos por quaisquer deles. A única diferença, todavia, seriam as demais atribuições institucionais que cada investigador – além de investigar – exerce nas hipóteses específicas de cada ramo. No caso do *Parquet*, um deles é a persecução penal.

Parece ter surgido verdadeiro esquecimento quanto ao complexo organismo que é o Ministério Público, pois ele é responsável por múltiplas competências e não pode, por isso, buscar a observância de uma sem preocupar-se com a preservação de outras.

É incompreensível pensar no *interesse* do Ministério Público em apenas utilizar as provas que agravassem a situação do suspeito, e não as que indicassem sua inocência, como se o *Parquet* estivesse interessado no encarceramento numérico de suspeitos de crimes e não em uma solução juridicamente efetiva e socialmente adequada para a existência de delitos, incluídos, aqui, os fatores criminológicos (e de política social) que lhes são conexos, tais como o perfil do agente do crime, o local da ocorrência de delitos, o motivo, o custo social e outras inúmeras medidas que compõem os elementos necessários às implementações estratégicas de segurança pública e atualização jurídica.

A nossa Suprema Corte, ao reconhecer a possibilidade de investigação autônoma do Ministério Público — e criar o que chamaremos, doravante, de promotor investigador —, perdeu tempo *legislando* o óbvio na fixação da tese do RE 593.727/MG, porque reproduz direitos e garantias que estão na Constituição da República, na Lei 8.906/94 e na Súmula Vinculante nº 14, direitos que não poderiam deixar de ser observados, ainda que não houvesse tese. Por outro lado, esqueceu-se de debater o necessário no que diz respeito, por exemplo, aos cuidados institucionais, e de procedimento, que o próprio Ministério Público deve ter ao conduzir investigações.

2.1 Compatibilizando funções institucionais ao sistema brasileiro

Algumas preocupações quanto à controvérsia parecem estar nos campos equivocados, desperdiçando energia. Para abordá-las, primeiro, faz-se necessário ressaltar, brevemente, as funções institucionais e os procedimentos que, embora sejam de importância máxima, não foram sequer mencionados.

Inicialmente, quanto aos benefícios que decorrem da existência do “promotor investigador”, é evidente que não existe implementação de ordem tecnológica, na área técnica, que resulte em óbvio aprimoramento. Na verdade, as maiores vantagens surgem da maior celeridade, da aproximação do *Parquet* aos fatos e de uma blindagem política coletiva.¹⁴

¹⁴ Referimo-nos às garantias, cuja utilidade é assegurar o livre exercício das funções (destinação, autonomias, princípios, vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de subsídios e regime especial).

A celeridade é alcançada pela redução de filtros pelos quais passam as informações até chegarem a cada órgão no MP. É certo que, diante do dever de controle da atividade externa, vários membros mantêm-se próximos às atividades praticadas em delegacias, mas, ao conduzir, ele mesmo, a investigação, a aproximação é, além de técnica, social, uma vez que alcança vantagem não apenas sob a ótica de eficiência estatal, mas reduz parte da burocracia para beneficiar a sociedade, que passa a ter economia no custo social e aumento da qualidade da prestação de serviço democrático, pois tem os seus direitos observados mais de perto.

A aproximação do promotor aos fatos também é responsável pela ciência que o membro a par da investigação tem dos hábitos policiais passíveis de controle externo, compondo, assim, uma maior resposta a problemas recorrentes, como abusos e torturas, e assegurando, simultaneamente, um melhor cumprimento de competências institucionais do próprio Ministério Público, que passa a lidar mais diretamente com fatos jurídicos e percebe quando há o envolvimento daqueles que tem o dever de representar: crianças, idosos, deficientes, indígenas, consumidores, etc.

Finalmente, aquela que acreditamos ser a maior qualidade da figura do “promotor investigador” é o fato de que, ao participar diretamente de procedimentos investigativos, os servidores, as autoridades e os técnicos que compõem a força-tarefa e atuam pelos atos do dito “inquérito penal”, bem como os atos procedimentais executados, absorvem parcela da blindagem

institucional brandida pelo membro do *Parquet*, ficando menos suscetíveis a manipulações externas, ameaças de todo gênero e corrupção.

Tais qualidades supracitadas, embora inegáveis, não chegaram a ser debatidas no julgamento do STF, apenas houve a preocupação de que o MP, ao investigar, não exagere nem prejudique os direitos e as garantias de suspeitos e demais atores no processo administrativo de investigação.

Ora, os direitos dos investigados, das vítimas, dos profissionais envolvidos e de todos aqueles que, porventura, venham a tomar assento no procedimento de investigação contam com eles mesmos para suscitar, juridicamente, ao “juiz das garantias” do nosso sistema acusatório as respectivas proteções e medidas de urgência que se fizerem necessárias para combater atos coatores, ilegais ou irregulares, sejam eles perpetrados por delegado de polícia, outro membro do Poder Executivo ou promotor investigador.

O que acreditamos ser mais importante é debater como esse papel institucional de investigação autônoma e direta — que se agrega as demais funções do Ministério Público — irá se relacionar com os demais formatos de procedimentos investigatórios já existentes, com as outras autoridades responsáveis por cada um deles e com as bases do sistema acusatório.

Perceba-se que, aqui, quando falamos em forma de proceder, cumpre distinguir as atuações do Ministério Público do Tribunal de Contas, do Banco Central, da Receita Federal e da Controladoria-

-Geral da União. Não no que tange ao grau de observância dos direitos e das garantias fundamentais dos suspeitos – que deve ser igualmente respeitado por todo o Estado – e sim em como o Ministério Público, diante de suas características próprias e deveres institucionais que o diferenciam dos demais organismos públicos, deve, em grau de procedimento, conduzir a investigação, a fim de que sua relação com as investigações paralelas, demais autoridades e sistema acusatório seja adequada.

Essa distinção envolve temas que são extremamente importantes para que o “promotor investigador” possa atuar e começa pelo caráter de coexistência ou substituição, que deve ser avaliada, entre o procedimento de investigação do *Parquet* e o inquérito policial, razão pela qual deveriam existir estudos quanto à viabilidade de serem estabelecidos critérios temporais, hierárquicos etc.

Em seguida, seria necessário destacar o importante papel de cooperação entre autoridades. Seja no caso em que há coexistência de ambos os procedimentos ou naquele em que determinado procedimento de investigação, sendo anterior ou posterior, persista sobre o outro. O promotor, investigando ou não, e o delegado de polícia que preside o inquérito policial, de qualquer forma, atuariam juntos, fosse por cooperação, situação na qual haveria ampla comunicação de fatos e atos processuais, mas cada qual em seu procedimento; ou, em uma segunda hipótese, na qual haveria uma fusão entre as unidades, com a blindagem “institucional” de um complementando as ferramentas técnicas

e de execução do outro. A partir do momento que reconhecemos ser inevitável o contato, quais seriam os preceitos constitucionais a serem priorizados para o desenvolvimento, e sucesso, desses procedimentos? Não sabemos. Aliás, com tão pouco dito sobre o tema, alguém poderia até sugerir que, atendidos os direitos estabelecidos no julgamento, poderia desenvolver-se de qualquer forma.

Finalmente, questão ainda mais profunda, que se relaciona com o nosso próprio sistema jurídico e faz esse impasse processual parecer um soluço formalista, diz respeito a própria preservação do sistema acusatório.

É de fundamental importância estabelecer limites de atuação ao Ministério Público, para que, até mesmo acidentalmente, não venha a frustrar o propósito das garantias que ensejaram a *virada acusatória* das últimas décadas. Um dos fatores que valeria a pena discutir seria, de imediato, se o “promotor investigador” que conduz o inquérito penal poderia ou não atuar no mesmo caso após o fim da investigação e o início do procedimento judicial. Em resposta positiva, é importante analisar se seria possível qualquer atuação, como (e inclusive) no oferecimento de denúncia, ou se apenas seria tolerável uma mera consulta, como, por exemplo, em decorrência de simples intimação para esclarecimento acerca das provas produzidas durante a condução da investigação.

Ora, como falamos, o promotor que venha a investigar não se encontrará em posição mais sensível, que possa ensejar, propriamente, qualquer espécie de interesse. Na verdade, ele seria

tão parcial quanto hoje é o delegado ou qualquer outra autoridade que, sob a bandeira do Estado, conduz procedimentos *apuratórios*.

No entanto, diante de toda a preocupação demonstrada durante o julgamento do RE 593.727/MG acerca da autorização do poder de investigação direta pelo Ministério Público, desde que respeitados os limites, surge uma nova preocupação: a de que, pelo fato de o órgão acumular a função de *dominus litis*, ao questionarem seus atos investigativos em sede jurisdicional, seja-lhe dado um tratamento tendencioso ou parcial em decorrência do ranço argumentativo que, imprecisamente, circunda a matéria, deixando – o juiz de garantias – de analisar a regularidade do procedimento como investigação administrativa criminal “ordinária”, tal como os atos do delegado de polícia devem ser analisados.

Para evitar que algo assim tome forma no nosso sistema jurídico, teria sido recomendável que o Supremo Tribunal Federal houvesse esclarecido os cuidados necessários a essa empreitada, ou seja, estabelecido características passíveis de reduzir o espectro de diferenças entre o promotor investigador e os demais responsáveis por investigações no nosso país. Um bom exemplo seria uma possível vedação a que o promotor investigador fosse, ao mesmo tempo, o órgão do Ministério Público responsável por oferecer a respectiva denúncia.

O raciocínio se desdobra paralelamente às observações que faz Ada Pellegrini Grinover ao ressaltar que pode haver uma contaminação de influências entre a investigação preliminar e

o processo, por duas razões, “a primeira, porque quem realiza o juízo de pré-admissibilidade da acusação é o mesmo juiz que proferirá a sentença no processo. A segunda, porque os autos do inquérito são anexados ao processo” (GRINOVER, 1998, p. 239).

Certamente, no sistema acusatório, a preocupação com a imparcialidade do juiz é mais preocupante, mas subestimam o papel do Ministério Público aqueles que acreditam na impossibilidade de influências, sejam ou não acidentais.

Exatamente pela extensão das blindagens, interpretadas como garantias, proporcionar maior poder de fogo, nada mais prudente do que assegurar que a responsabilidade que a acompanha seja preservada, alcançando efetivamente o propósito democrático a que se propõe o *Parquet*.

Nessa toada, merece destaque explicação presente na obra de Aury Lopes Jr. que, ao comentar como os legisladores espanhóis e italianos trataram a “contaminação” no sistema acusatório, revisitou os seus fundamentos basilares, *in verbis*:

[...] leva-nos a defender como única solução uma reforma urgente, que determine a exclusão física do inquérito policial dos autos do processo, evitando o que o legislador espanhol de 1995 definiu como indesejáveis confusões de fontes cognitivas atendíveis, contribuindo assim a orientar sobre o alcance e a finalidade da prática probatória realizada no debate (ante os jurados).

É uma técnica que também utiliza o sistema italiano, eliminando dos autos que formarão o processo penal todas as peças de investigação preliminar (indagine preliminare), com exceção do corpo de delito e das antecipadas, produzidas no respectivo incidente probatório. (LOPES JUNIOR, 2015, p. 164).

É previsível que o excesso de regulação à atuação ministerial possa beirar o absurdo de prejudicar a própria conquista em ser capaz de investigar diretamente, mas, considerando as características do país em que vivemos (o qual apenas recentemente escapou de passado autoritário), deveríamos admitir que integramos uma realidade em que presunções, ainda que muito evidentes, não são suficientes para convencer ninguém. Não adianta ser honesto, há de provar-se que o é. Não adianta presumir-se democrático, necessário é demonstrar.

A pergunta que deve ser feita, na verdade, é se possível determinação no sentido de afastar o promotor investigador do oferecimento da denúncia, considerando a ponderação de interesses em cena, seria compatível com os princípios da unidade e da independência funcional. A resposta é previsível: aqueles que entenderem existir grande influência do membro do Ministério Público responderão que sim. Os demais, que defenderem a completa inofensividade, dirão que não.

O que sugerimos está longe de ser uma regulação do Supremo Tribunal Federal à atuação do Ministério Público, enquadrando-se, no cenário político, como atuação conjunta da República e de seus poderes para que fundamentos constitucionais da nação sejam alcançados com efetividade e que o caminho escolhido seja justificável, afastando, a todo custo, os argumentos de autoridade deste ou daquele poder.

A nossa proposta¹⁵ não é inédita. Aliás, conta com atualíssimo exemplo, uma vez que o STF, em março do ano de 2016, julgou a ADPF nº 378, que discutia a validade dos dispositivos da Lei nº 1.079/1950 que dispõem sobre o procedimento do processo de *impeachment*. O cuidado, como no caso da investigação autônoma por parte do Ministério Público, é de não esvaziar o instituto que se analisa — no caso da ADPF 378, garantir o caráter político do *impeachment*, bem como sua efetividade.

É claro que quanto mais se discute, mais há para se discutir. No caso sob análise, digamos que houvesse manifestação do Supremo para que o membro do *Parquet* que participou da investigação não pudesse oferecer denúncia, a fim de não frustrar o princípio do promotor natural. Surgiria, então, a seguinte pergunta: “Considerando que não há foro por prerrogativa de função em procedimento de investigação administrativa, mas que os membros do MP sempre atuam, na jurisdição, em instância respectiva à posição de seu cargo na carreira, poderia um promotor de justiça adjunto investigar o governador de seu estado federado?”

Ao nosso ver, e com todas as vênias, no julgamento do RE 593.727/MG, vários dos ministros buscaram — ao invés de frisar a vontade do poder constituinte por via mais simples e direta — apenas construir uma base normativa que legitimasse o

¹⁵ De que o STF houvesse participado com viés mais processual/procedimental penal no julgamento.

papel investigativo do Ministério Público, desperdiçando grande oportunidade para dirimir questões de alta indagação.

Por esse motivo, muito do que foi discutido não se aproveita, e a outra metade não ficou muito clara nem mesmo para os ministros.¹⁶

2.2 Incongruências jurídicas (e lógicas) do julgamento do RE 593.727/MG

Dizer que houve esvaziamento jurídico no julgamento é um exagero, mas, certamente, o potencial que poderia ser alcançado foi desperdiçado com excessivas análises, em particular, sobre três fundamentos: a) desnecessidade de inquérito policial para oferecimento da denúncia; b) aplicação da teoria dos poderes implícitos e c) fixação de casos concretos, escolhidos conforme a jurisprudência, mas intitulados de *exceções constitucionais*.

Em breve análise, o primeiro fundamento que foi recorrente no julgamento do RE 593.727/MG – desnecessidade do inquérito policial para o oferecimento da denúncia – é, obviamente, e por uma clareza solar, incapaz de proporcionar lógica que conduza a absurda conclusão de que o *Parquet* pode investigar.

¹⁶ Durante o julgamento, vários foram os momentos em que os Ministros não compreenderam a extensão do reconhecimento do poder de investigação. A leitura dos debates integrantes do Acórdão, no qual sugere-se o *distinguishing*, são recomendados. (BRASIL, 2015, p. 152-157, p. 160-164 e p. 273-279).

O fato de algo “A” ser desnecessário para alguém executar algo “B” não autoriza nem concede as ferramentas, por si só, para que esse alguém produza a coisa “A”.

Na verdade, todas as vezes que se fala na desnecessidade de inquérito policial para o oferecimento de eventual denúncia significa que o resultado — geralmente alcançado pelo inquérito policial —, que é a materialidade do fato e o indício de autoria, foi alcançado por outro meio, tais como reunião de elementos pela própria vítima, detetive particular, jornalismo investigativo, fornecimento de informações por outros órgãos do Estado (Banco Central, CADE, Tribunal de Contas, Receita Federal etc.). Parafraseando as palavras do próprio Ministro Carlos Ayres Britto, “a investigação criminal seria gênero do qual o inquérito policial é espécie” (BRASIL, 2015, p. 150).

Isso demonstra que a investigação criminal acontece — e vem sendo implicitamente considerada constitucional — independentemente de ser titularizada ou não pela polícia judicial. Ou seja, dizer que não há necessidade de inquérito policial para o oferecimento de denúncia *é dizer que a atividade de investigação criminal não é, e nunca foi, exclusiva da polícia*.

Em seguida, temos o fundamento amplamente utilizado pelos votos vencedores, o da *teoria dos poderes implícitos*, que veio socorrer aqueles que buscavam defender que existe uma base normativa para *amplo* poder de investigação direta pelo Ministério Público.

O voto da Ministra Rosa Maria Weber faz belíssima explanação sobre do que se trata, *in verbis*:

A Suprema Corte dos Estados Unidos da América, liderada pelo Chief Justice John Marshall (a ela indicado pelo ex-Presidente John Adams, federalista), para afirmar a validade da constituição de um banco federal, cunhou a doutrina dos poderes implícitos. Extraíu-a da assim denominada “necessary and proper clause” da Constituição norte-americana (artigo 1, seção 8, cláusula 18), que atribui ao Congresso o poder de editar qualquer lei necessária e apropriada para execução dos poderes concedidos ao Governo Federal pela Constituição.

Segundo Marshall, a Constituição não pretende ser exaustiva e desnecessário que os poderes por ela atribuídos contenham a explicitação dos meios necessários a sua execução:

“Uma Constituição, para que contivesse em acurado detalhamento todas as subdivisões dos grandes poderes que admitisse, ou todos os meios através dos quais esses poderes poderiam ser executados, iria compartilhar a prolixidade de um Código e não poderia, salvo escassamente, ser abraçada pela mente humana. Ela provavelmente nunca seria entendida pelo público. Sua natureza, portanto, exige que somente suas grandes diretrizes seja traçadas, seus objetivos importantes designados, e que os ingredientes menores que compõem esses objetivos sejam deduzidos da natureza dos próprios objetivos. Na consideração dessa questão, então, nós não devemos nunca esquecer que é uma Constituição que estamos interpretando (em inglês, a célebre parte final “In considering this question, then, we must never forget that it is a Constitution we are expounding”).”

Se cabe ao Ministério Público a persecução penal, pode ser pontualmente necessária a realização, por via direta, de atos investigatórios. Parafraseando Marshall, desarrazoado argumentar que seria do interesse da Nação “barrar e embaraçar sua execução proibindo os meios mais apropriados”, tornando o Ministério Público refém da atividade investigatória realizada por outras instituições. (BRASIL, 2015, p. 238).

Em outros termos, o *Parquet*, por ser o *dominus litis*, ou seja, por ter o dever e a responsabilidade da persecução penal, conforme o art. 129, I, da Constituição República, tem, por consequência e implicitamente, o poder de investigar criminalmente.

Acontece que, de acordo com o que demonstramos acima, quando falamos da desnecessidade do inquérito policial para o oferecimento da denúncia significa, exatamente, que o Ministério Público não precisa investigar para exercer devidamente a sua função de *dominus litis*, uma vez que não só a polícia judicial — que *preferencialmente* investiga em sede criminal —, mas também diversos outros órgãos e os particulares podem, livremente, fazê-lo, fornecendo os elementos indiciários necessários à persecução penal.

Ou seja, em regra, no Brasil, o fato de o Ministério Público não investigar não enseja qualquer prejuízo para a persecução penal. Na verdade, nem mesmo há, dentro da instituição, especialização ou *expertise* que justifique o remanejamento da função com forma de assegurar meios investigativos mais apropriados.

Impossível é, assim, utilizar a *teoria dos poderes implícitos* para fundamentar os votos que autorizaram, no julgamento do RE 593.727/MG – *de forma ampla, plena e integral* – a investigação direta pelo Ministério Público. Isso porque, ao esmiuçarmos a supracitada teoria, percebe-se que ela apenas legitimaria a investigação direta nos casos em que, inexistindo investigação criminal impeditiva de que o Ministério Público exerça sua função

de *dominus litis*, o poder de investigação direta, nessas hipóteses, estaria assegurado implicitamente ao *Parquet* pela Constituição da República de 1988.

Dessa forma, os votos conduzidos pela teoria de *Marshal* seriam, ao aplicá-los a realidade brasileira, reconhecedores da inexistência do poder de investigação direta pelo Ministério Público, exceto nos casos em que comprovada limitação à persecução penal ocorresse, como, por exemplo, manipulações políticas de delegados e agentes da polícia judiciária ao serem perseguidos dentro do Poder Executivo por investigar o Governo.

Finalmente, os votos dos Ministros Peluso, Lewandowski e Toffoli fundamentados na ideia de que, diante da ausência de autorização expressa para investigação direta pelo Ministério Público, apenas poder-se-ia tolerá-la em hipóteses específicas, quais sejam, *in verbis*:

[...] que tenha por objeto fato ou fatos teoricamente criminosos praticados por membros ou servidores da própria instituição, praticados por autoridades ou agentes policiais ou, ainda, praticados por outrem, se, a respeito, a autoridade policial, cientificada, não haja instaurado inquérito policial. (BRASIL, 2015, p. 50).

Esses votos, embora tenham concluído por ser impraticável que o Ministério Público investigue diretamente em matéria criminal (baseados em argumento bastante simplista — ausência de autorização expressa na Constituição da República —, deixando de visualizar contexto mais harmônico entre os dispositivos,

princípios e fundamentos da República), reconheceram, ao final, exceções, nas quais seriam permitidas as investigações. Tais exceções, exatamente por serem casos em que a investigação pelo Ministério Público se mostrariam útil, eficiente e necessária, não deveriam ser *numerus clausus*, porque não há como prever todas as configurações sociais de fatos que urgiriam por uma investigação do *Parquet*.

Inegável, no entanto, que diversos benefícios podem se materializar com base na análise do STF, os quais passamos a abordar.

3 Conclusão: os aspectos positivos que se consolidam após o julgamento do RE 593.727/MG

Ao analisarmos a que conclusão chegou a nossa Suprema Corte no julgamento do RE 593.727/MG, poucos são os pontos em que há, de fato, maioria, e menos ainda são os que, fazendo sentido, proporcionam algum impacto jurídico.

De início, a primeira concordância percebida foi que, independente dos formatos dos votos, 10 (dez) dos 11 (onze) ministros do STF, vencido o Ministro Marco Aurélio, entenderam que a atividade investigativa desenvolvida diretamente pelo Ministério Público – para uns, em parcela maior do que para outros – tem envergadura para combater, de maneira extremamente eficiente, diversas formas de delinquência, seja ao perseguir os crimes que tenham em vista determinadores atores sociais ou os que tenham como palco determinadas instituições públicas.

O segundo momento de convergência está no ponto em que os julgadores se manifestaram sobre a titularidade da investigação criminal exercida pelo Estado, a ser conduzida, preferencialmente, pela polícia judicial. Os ministros argumentaram no sentido de que a atividade do Ministério Público deve ter caráter subsidiário, sem que jamais tenha o propósito de esvaziar as competências ordinárias da polícia.

Ora, embora bastante útil, fica evidente o caráter mais político do que processual desse ponto da decisão, no qual resta evidente que a preocupação maior foi a de manter a situação do Ministério Público apaziguada com a polícia judicial. Todavia, poderiam, também, ter sido analisados os aspectos essenciais quanto ao relacionamento processual das instituições, ou seja, como se daria a relação institucional em questões temporais, de existência concomitante ou sucessiva de investigações, e como seriam resolvidos os aspectos hierárquicos de diligências necessárias.

Finalmente, o terceiro ponto em que há consonância é a observância das garantias e dos direitos fundamentais dos investigados, advogados e demais atores que venham a figurar, de qualquer forma, no procedimento de investigação.

No ponto, de tão importantes, é verdade que os direitos e as garantias fundamentais não poderiam ter sido esquecidos e, portanto, receberiam, certamente, grande destaque no julgamento.

A crítica que se faz aqui é quanto à excessiva preocupação com a sensibilidade a esses direitos, uma vez que, como

sabemos, já deveria estar intrínsecos no seio social e que, de tão importantes, não podem ser jamais desconsiderados, ainda que fosse outro direito fundamental em oposição, quiçá, então, sendo mera substituição da competência investigativa.

Ao perceber que o julgamento gastou tanta energia para frisar e repetir o que já deveria estar óbvio na nossa sociedade (que toda instituição pública deve respeitar integralmente os direitos e as garantias fundamentais, sem questionamento), ficou clara a fragilidade de toda a República Federativa brasileira, na qual o Supremo Tribunal Federal teve de “recomendar” ao próprio Ministério Público a não violação aos direitos pelos quais ele mesmo deve zelar.

Por outro lado, a despeito das nossas críticas, a fixação da tese foi uma conquista.

No cenário mundial moderno, como no Brasil, o maior emaranhado de relações sociais – causado pela comunicação de múltiplos sistemas – afetou, também, a evolução criminológica, de forma que temos, atualmente, organismos delinquentes propriamente autopoieticos¹⁷. Não estamos dizendo que o criminoso está mais tecnológico, e sim que a estrutura institucional para a qual a polícia judicial foi criada não mais é mesma, existindo uma evidente dificuldade de investigar por meio de estruturas burocráticas da sociedade moderna.

¹⁷ Os sistemas autopoieticos são aqueles que por si mesmos produzem não só suas estruturas, mas também os elementos dos que estão constituídos – no interior destes mesmos elementos.

Simultaneamente, as vítimas de crimes de outrora, que eram, em sua maioria esmagadora, pessoas consideradas individualmente (vítimas de furtos, roubos, fraudes) passaram, em grau cada vez maior, a ser grupos sociais, vítimas de crimes sem individualização do prejuízo, como o tráfico, a corrupção, a lavagem de dinheiro e a improbidade administrativa.

Nesse cenário, a investigação criminal conduzida pelo Ministério Público articula, estrategicamente, maior gama de elementos necessários ao sucesso no combate ao crime organizado, auxiliando na comunicação institucional entre órgãos do Poder Público, uma verdadeira cooperação.

É diante dessa inegável realidade, que o reconhecimento dos poderes investigativos do Ministério Público deveria ter acontecido por linhas ainda mais simples, de forma ainda mais direta —e clara para a sociedade—, demonstrando que não resta dúvida de que o progresso que chega contra os mais elevados níveis de delinquência conta com um apoio intenso e incessante do Poder Judiciário.

Para isso, seria recomendável um julgamento que, de forma simples e clara, fizesse um apanhado, por exemplo, da aplicação dos princípios constitucionais interpretativos da unidade da

Constituição¹⁸, do efeito integrador¹⁹ ou da harmonização²⁰, sendo dispensados os embates teóricos acerca da dispensabilidade do inquérito policial, da teoria dos poderes implícitos e da fixação de hipóteses autorizadoras específicas.

Foi nesse formato que votou o Ministro Luiz Fux, vejamos:

A inexistência de um expresso e específico comando constitucional no sentido da possibilidade de o Ministério Público realizar investigação e instrução criminal não elide o desempenho desse mister pelo parquet. A adoção de um processo hermenêutico sistemático induz à conclusão de que o Ministério Público pode, ainda que em caráter subsidiário e sem o intuito de se substituir à polícia, realizar investigações visando à instrução criminal. De fato, não constitui função precípua do Ministério Público realizar medidas investigativas. Contudo, isso não pode impedir que a referida instituição trabalhe quando se deparar com ilícitos que demandem a sua atuação. (BRASIL, 2015, p. 210-211).

Não estamos, ao compartilhar tal frustração, defendendo que o Supremo Tribunal Federal tivesse legislado sobre o tema, mas aprofundado o cerne do problema, analisando aspectos constitucionais essenciais à compatibilidade do Ministério Público, considerando suas funções institucionais essenciais,

¹⁸ Necessidade de interpretação dos dispositivos constitucionais de forma conjunta, evitando acepções de seus pedaços isolados.

¹⁹ Interpretação que pretende privilegiar abordagens que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política, mas sempre com o cuidado de legitimar o resultado evitando exceder o texto da Carta Magna e violar conquistas democráticas.

²⁰ Busca atender coerência e racionalidade entre normas dentre as quais não há hierarquia.

com a atividade de investigação criminal, a fim de que possam ser evitadas possíveis violações a conceitos basilares que compõem o nosso sistema acusatório, *tais como judicializar o inquérito, relativizar o princípio do promotor natural, dificultar cooperação entre órgãos do Estado.*

Outras questões, também muito interessantes, que exsurgem, por exemplo, da liberdade que tem o *Parquet* para analisar a viabilidade da própria intervenção investigativa, hão de ser esclarecidas, porque a investigação, ou ausência dela, em casos de delitos idênticos, deve ser adequadamente esclarecida à população e/ou aos órgãos de controle externo e interno, demonstrando a predominância e o respeito à atuação isonômica.

A legislação sobre o tema, em verdade, já toma forma com o PL nº 8.045/2010 e o PL nº 5.776/2013, que avançam no Congresso Nacional.

Exatamente por isso, iria representar uma relevante cooperação institucional, da mais elevada categoria, entre os próprios poderes da República, o fato de o Supremo Tribunal Federal aproveitar o julgamento do RE 593.727/MG para, em sede de repercussão geral, sinalizar os cuidados constitucionais que merecem mais atenção, mormente porque o PL nº 8.045/2010 será, em um futuro próximo, o nosso novo Código de Processo Penal.

De fato, a maior conquista que se desprendeu do julgamento foi consolidar a função do Ministério Público como elemento integrador das investigações por duas vias: expandindo

sua blindagem política para aumentar a chance de sucesso da investigação e atuando como *gestor de indícios criminais originados em diversos órgãos distintos* (Receita Federal, CVM, Ibama, Controladoria-Geral da União, Tribunal de Contas), organizando-os de forma a apurar delitos e efetivando a ideia da plena cooperação institucional²¹.

Title: The Public Prosecutor's Office self-sufficient power of investigation in the review of the RE 593.727/MG: the role of the Supreme Court

Abstract: This study examines the extent of the arguments used by the Supreme Court in the review of the RE 593.727/MG, which recognized the Public Prosecutor's Office autonomous and self-sufficient power of investigation. From a critical point of view, this article weakens the reasoning advanced by the court's majority in the review and proposes a reflection about the role which the Supreme Court could have played, had its members better approached the controversy and dealt with the relevant issues which has for decades revolved around the subject of criminal investigation. The reader is urged to reflect on the delineation of the content inserted into the self-sufficient power of investigation, since it is of fundamental interest both to privilege its democratic nature and to establish appropriate means of control, ensuring that the real purpose of this new power be maintained, without prejudice to the observance of the fundamental rights.

Keywords: Self-sufficient investigation. Public Prosecutor's Office. Fundamental rights.

²¹ Consoante foi ressaltado pelo Ministro Fux, “a excessiva compartimentalização das funções estatais é danosa e ineficiente para a obtenção do resultado a ser almejado com toda e qualquer investigação criminal” (BRASIL, 2015, p. 211).

Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Recurso Extraordinário nº 593.727/MG. Relator: Cezar Peluso. Redator do Acórdão: Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. *Diário do Judiciário Eletrônico*, Minas Gerais, 08 set. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9336233>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

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

TUCCI, Rogério Lauria. *Ministério Público e investigação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Referência bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FRANÇA, Alexandre Cezar Silva Gonçalves de. O poder de investigação direta pelo Ministério Público no julgamento do Re 593.727/MG: o papel do Supremo Tribunal Federal. *Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, n. 10, p. 369-412, 2016. Anual.

Submissão: 3/10/2016

Aceite: 1/12/2016