

INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR CRIMINAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO: LEGITIMADA OU NÃO PELA “SOCIEDADE ABERTA”?*

Carolina Reis Jatobá Coêlho

INTRODUÇÃO

A atual Constituição da República Federativa do Brasil completou mais de duas décadas de vigência. A importância cívica do momento histórico convida toda sociedade à reflexão sobre diversos aspectos da “Constituição Cidadã”,¹ assim denominada por um de seus idealizadores, o então presidente da Assembleia Constituinte, saudoso Deputado Ulysses Guimarães.

A relevância da Constituição Federal de 1988 e as expectativas decorrentes de sua edição são evidentes para a Carta Magna que marca o reinício da era democrática no Brasil em um país que viveu um processo constitucional recortado por momentos de autoritarismo político.

Nesse contexto, a Carta Constitucional de 1988 foi instrumento de consolidação jurídico-constitucional da ordem democrática. E não se pode olvidar que esse novo cenário brasileiro foi desenhado sob guarda constante do Ministério Público, que selou, com atribuições expressas, sua “destinação político-institucional”.²

De fato, esta era uma antiga reivindicação da sociedade civil, que, nos últimos anos, assistiu ao ativismo do Ministério Público na defesa da ordem jurídico-democrática.

No contexto de comemoração do aniversário constitucional, o qual busca realçar a importância do Texto Maior como fonte de inspiração, este estudo intenciona revisitar a essência das normas que capitaneiam a discussão sobre a legitimidade do Ministério Público para a condução de atividades investigativas. São normas que alargam as atribuições ministeriais no que diz respeito ao inquérito, mas também conferem e expressam legitimidade à Polícia Judiciária para presidi-lo. Tais normas estão manifestadas nos artigos 127; 128; 129, principalmente nos incisos I, III, VIII, IX, e 144, respectivamente.

* Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Direito Público, no curso de pós-graduação *lato sensu* Ordem Jurídica e Ministério Público, pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Orientador: Prof. Dr. Antônio Henrique Graciano Suxberger.

¹ TÁCITO, Caio. *Constituições Brasileiras: 1988*. 5. ed. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2004, p. 1.

Ao promulgar a Constituição de 1988, o Deputado Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, afirmou: “A Constituição é, caracteristicamente, o estatuto do Homem, da Liberdade e da Democracia [...]. Tem substância popular e cristã o título que a consagra: a Constituição Cidadã!”. A informação consta do Volume VII da *Coleção Constituições Brasileiras*, volume esse organizado por Walter Costa Porto e editado pelo Senado Federal – SEEP e Centro de Estudos Estratégicos do Ministério da Ciência e Tecnologia – CEE – MCT.

² A expressão foi cunhada no voto proferido pelo Ministro Celso de Mello, no julgamento do Mandado de Segurança 21.239-DF. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 9 dez. 2008.

A pesquisa apresenta-se como estudo sobre a ilegitimidade ou legitimidade das ações investigativas realizadas pelo Ministério Público sob a ótica da interpretação constitucional, e, nela, enfrentar-se-ão temas concernentes às áreas do Direito Constitucional; Direito Processual Penal; Garantias Penais; Instituições Constitucionais; Ministério Público; Interpretação Constitucional e Titularidade das Investigações Criminais Preliminares.

Sob o pressuposto doutrinário da Escola Pós-Positivista do Direito, que reconhece os princípios como normas fundamentais para a estruturação do ordenamento jurídico, serão considerados o influxo e a dinâmica social para interpretar os argumentos de toda sociedade envolvida com a essa questão emblemática, discutida e comentada nos meios acadêmicos e midiáticos.

Para melhor compreensão do tema, é imprescindível permeá-lo de conceituação inicial da instituição “Ministério Público” e conhecer o alargamento de suas funções, atribuições e relevância no novo paradigma constitucional. Também faz-se necessário identificar a situação atual do sistema processual penal brasileiro, sob o enfoque constitucional pós-positivista.

Após descrever os conceitos iniciais, segue-se uma apresentação dos métodos de interpretação constitucional modernos e destaca-se o método interpretativo adotado pelo professor Peter Hårbele.

Desse modo, os argumentos prós e contra a realização da investigação criminal preliminar pelo Ministério Público serão elencados conforme os seguintes critérios: interpretação doutrinária; interpretação dos agentes sociais e políticos – inclusive o Congresso Nacional e os grupos de pressão social, as corporações, as instituições e a “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” – no conceito de Peter Hårbele. Finalmente, os critérios estabelecidos serão interligados ao sentido constitucional.

As técnicas da hermenêutica constitucional serão usadas para apreender os argumentos oriundos de interpretações constitucionais realizadas por sujeitos oficiais³ – como Polícia, os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, além do Ministério Público e, em algumas ocasiões, o TCU – como também de interpretações não oficiais, de modo geral, expressadas pela sociedade civil (ou “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, como propõe Peter Hårbele).⁴ Nesse conceito de sociedade civil incluem-se *experts*, pareceristas, doutrinadores do Direito, cidadãos, advogados, médicos, psicólogos, peritos e comunidade científica em geral.

Para fechar o ciclo de interpretação “legislação-doutrina-jurisprudência” e obter melhor elucidação sobre a problemática da investigação pelo Ministério Público na ótica

³ Os intérpretes oficiais geralmente são os detentores de competência constitucional, geralmente representados pelos Poderes da República Federativa: Poder Judiciário, Poder Executivo e Poder Legislativo. Atualmente acrescentam-se o Ministério Público e o Tribunal de Contas, que, embora não sejam exatamente poderes propriamente ditos na tríplice repartição, conquistaram as mesmas garantias e as prerrogativas de um Poder e passaram a ser assim considerados.

⁴ HÅRBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre/RS: Sergio Antonio Fabris, 1997.

da hermenêutica constitucional, serão analisados os argumentos contidos nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade ns. 3.806/DF e 3.836/DF, que questionam a constitucionalidade de normas da Lei Complementar n. 75/93 e Lei n. 8.625/93. Considera-se que, nessa ótica, o posicionamento não seja estanque, mas renove-se constantemente, na feliz expressão de “círculo hermenêutico”, cunhada por Hans-Georg Gadamer.⁵

Também como *leading case*, a despeito de se tratar de controle difuso de constitucionalidade, vem sendo analisado pelo STF, o *Habeas Corpus* 84.548/SP – suspenso para vista do Ministro Cezar Peluso –, que foi ajuizado a favor de “O Sombra”, alcunha de Sérgio Gomes da Silva, principal suspeito de ter praticado o homicídio do ex-prefeito do Partido dos Trabalhadores – PT, Celso Daniel.

Destaca-se que o julgamento suscita expectativas, já que vem sendo anunciada a inclusão do *Habeas Corpus* 84.548 em pauta para julgamento no ano de 2009.⁶ Isso provavelmente em decorrência da repercussão do caso e por já contar com dois votos relativos à discussão ora aventada, um a favor (da lavra do Ministro Sepúlveda Pertence, que, ao adiantar seu voto, reconheceu o poder do Ministério Público para suplementar atos de investigação) e outro contra (do relator, Ministro Marco Aurélio, que entendeu que as investigações cabem de forma exclusiva à Polícia).⁷

As manifestações de atores sociais também serão consideradas, representadas ainda sob o ângulo da interação da Corte com a “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”. Essa interação foi proporcionada tanto pela existência do instituto do *amicus curie* no âmbito do processo de controle de inconstitucionalidade/constitucionalidade, realizado atualmente de forma difusa ou concentrada, em concreto ou em abstrato, como também pelo acompanhamento de atividades da sociedade aberta no âmbito do Poder Legislativo, o qual, por meio do Projeto de Lei n. 4.209/2001, apresenta uma detalhada exposição de motivos, realizada por juristas de escalão, e reúne comissões, opiniões da imprensa, de organizações não governamentais, associações de classe, sindicatos etc.

Com fundamento no pressuposto härbeliano de que “quem vive a norma é que a interpreta”,⁸ a intenção, nesta pesquisa, é mostrar que a resposta à pergunta problematizada depende do ponto de vista do interlocutor. No entanto, a discussão não só deverá passar

⁵ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1997.

⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias do STF. 2009: Grandes julgamentos em pauta no Supremo. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=101387&caixaBusca=N>>. Acesso em: 4 jan. 2009. A competência – ou não – do Ministério Público para realizar investigações em inquéritos criminais é uma questão que envolve muitos processos penais em tramitação em várias instâncias do país. São muitos os *habeas corpus* que chegam ao Supremo, pedindo a nulidade de processos, alegando exatamente que o Ministério Público realizou investigações sem ter essa competência. A questão está em debate na Corte, tendo como *leading case* o *Habeas Corpus* 84.548, ajuizado em favor de Sérgio Gomes da Silva – conhecido como “Sombra”, acusado de ser o mandante do assassinato do ex-prefeito de Santo André (SP) Celso Daniel, do PT. A despeito disso, estamos em 2010, e o julgamento não foi realizado.

⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informativo 471 – 11 a 15 de junho de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo471.htm#Investiga%C3%A7%C3%A3o%20Criminal%20Promovida%20pelo%20Minist%C3%A9rio%20P%C3%BAllico%20e%20Aditamento%20da%20Den%C3%Bancia%20-%201>>. Acesso em: 20 nov. 2008.

⁸ HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre/RS: Sergio Antonio Fabris, 1997.

pelo diálogo com todos os interessados, mas também consistir na melhor solução constitucional, a par dos princípios assumidos pelo povo, na sua aceção democrática, em nosso Texto Fundamental.

Dispensam-se comentários acerca da atualidade do tema, que, embora debatido de forma ampla nos círculos sociais, oficiais e acadêmicos, ainda não foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal de forma peremptória. Principalmente no sentido de que o Ministério Público tem efetivamente atribuição constitucional para, “sozinho e diretamente, realizar atos de investigação e instrução na chamada primeira fase da persecução penal”.⁹

Entretanto, não há dúvidas de que a Segunda Turma daquele Tribunal está, cada vez mais, se manifestando pela possibilidade de investigação. Notadamente em casos em que o objeto da investigação é a própria Polícia, como revelam os votos da Ministra Ellen Gracie no *Habeas Corpus* 91.661¹⁰ e do Ministro Celso de Mello no *Habeas Corpus* 89.837.¹¹

Ademais, como já mencionado, o tema está inserido na pauta de discussões recentes a serem decididas pelo Supremo, como o *leading case Habeas Corpus* 84.548, que decidirá ainda os *Habeas Corpus* 83.634 e *Habeas Corpus* 83.933, entre outros. Também aguardam posicionamento definitivo do STF as Ações Diretas de Inconstitucionalidade 3.806 e 3.836, que têm como objeto a declaração de inconstitucionalidade de normas da Lei Complementar n.º 75/93 e Lei n.º 8.625/93. As duas ações têm como relator o Ministro Ricardo Lewandowski e são, juntas, o instrumento mais adequado à discussão, que contará com participações populares por meio de *amicus curie*, ainda que menos intensas.

A discussão vem se acalorando e permite a manifestação de grupos sociais interessados ou envolvidos com a temática. O debate é intenso e recebe opiniões polarizadas justamente porque envolve não só a revisitação de questões institucionais relevantes para a sociedade brasileira, mas também de questões políticas estruturais fundamentais, e torna possível, a depender da resposta hermenêutica dada ao debate, alterar o paradigma

⁹ Despacho do Ministro Cezar Peluso no Recurso Extraordinário 447.857/MG, publicado no DJe 062 em 1.º.4.2009. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 30 abr. 2009.

¹⁰ Voto da Ministra Ellen Gracie no *Habeas Corpus* 91.661/PE, publicado no DJe 064 em 3.4.2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 30 abr. 2009. Consta da Ementa do acórdão: “(...) É perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito. Tal conclusão não significa retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (arts. 129 e 144) de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos supostamente delituosos, mas também a formação da *opinio delicti*. (...) Cabe ressaltar que, no presente caso, os delitos descritos na denúncia teriam sido praticados por policiais, o que, também, justifica a colheita dos depoimentos das vítimas pelo Ministério Público. Ante o exposto, denego a ordem de *habeas corpus*.”

¹¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Notícias do STF: Ministro Celso de Mello divulga ementa do julgamento sobre poder de investigação do MP. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=115775&caixaBusca=N>>. Acesso em: 11 nov. 2009. Diz a notícia: “O ministro Celso de Mello divulgou a ementa do julgamento do *Habeas Corpus* (HC) 89.837, realizado pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (STF) no último dia 20, quando os ministros negaram, por unanimidade, o pedido do agente da Polícia Civil do Distrito Federal Emanuel Loureiro Ferreira, condenado por torturar um preso para obter confissão. O policial pretendia anular o processo penal que levou à sua condenação, alegando que a ação estaria baseada exclusivamente em investigação criminal conduzida pelo Ministério Público (MP). De acordo com a ementa, “é plena a legitimidade constitucional do poder de investigar do Ministério Público, pois os organismos policiais não têm, no sistema jurídico brasileiro, o monopólio da competência penal investigatória (...) Contudo, sem prejuízo da fiscalização intraorgânica e da desempenhada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, diz a ementa, o MP “está permanentemente sujeito ao controle jurisdicional dos atos que pratique no âmbito das investigações penais que promove”.

atual do sistema acusatório do processo penal, o qual esteve ancorado no pressuposto de que “a polícia investiga, o Ministério Público acusa e o juiz julga”.

A definição de Estado Democrático de Direito supõe a existência e a manutenção de um diálogo aberto, amplo e garantido dos atores sociais com o Estado e apresenta, implícita, a intenção de rigorosos controles, não só dos cidadãos sobre o Estado, como do Estado sobre o asseguramento de direitos e garantias, e dos Poderes sobre Poderes (*check and balances*).

Assim, ressalta-se o fundamental papel destinado ao Ministério Público (além de outros órgãos e instituições que conjuntamente detêm poderes-deveres de controles), já que a instituição recebe expectativas sociais de ser “o advogado do povo”, o “*ombudsman* social”, o fiscal da lei.

Mas tal característica, em vez de aclarar, acaba por deixar mais tormentosa a questão, haja vista que as alcunhas que lhe deram tanto podem indicar interpretações opostas. Ou seja, que a instituição será guardiã de eventuais excessos na condução dos inquéritos, por ser imparcial, ou que representará parcialidade ao capitaneá-los, já que sua figura não pode apresentar o papel fiscalizatório assumindo tal responsabilidade.

De outra monta, a problemática das “mazelas e defeitos do inquérito policial já são de longa data conhecidas e propagadas, em vista da carência policial de meios e despreparo pessoal”.¹²

Diante do exposto, constituem-se como objetivos específicos desta monografia:

- a) analisar o sistema penal brasileiro diante do paradigma pós-Constituição de 1988;
- b) identificar as funções do Ministério Público, sob o paradigma da Constituição Federal de 1988;
- c) elencar e analisar os principais argumentos utilizados para justificar a legitimidade/ilegitimidade da atuação do Ministério nas investigações preliminares, com base na doutrina, na jurisprudência e no discurso dos demais agentes sociais – inclusive as manifestações de representação de classes, organismos, instituições, *experts*, pareceristas, cidadãos, advogados, médicos, psicólogos, peritos, comunidade científica em geral – ou em um conceito mais amplo: “sociedade aberta dos intérpretes constitucionais”.

Com base no conceito de constituição aberta, analítica, programática e preponderantemente principiológica, é necessário interpretá-la da forma mais democrática possível, isto é, de modo a ouvir todos os discursos sociais para extrair, da norma, a vontade constitucional representada pelos seus agentes sociais – oficiais ou não. E, assim, responder: “Há legitimidade ou ilegitimidade na atuação do Ministério Público nas investigações preliminares do inquérito?”

A problematização do tema envolve os seguintes questionamentos:

Qual é o papel e a função conferidos pela Constituição Federal ao Ministério Público?

¹² LIMA, Polastri Marcellus. *Ministério Público e investigação criminal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 55.

Qual é o conceito atual do sistema processual penal? Como foi e está sendo sua evolução diante dos princípios constitucionais?

Qual a importância da hermenêutica constitucional na consideração do problema principal? Quais são os principais métodos interpretativos modernos? Qual o método mais adequado para discussão da temática e o que ele propugna?

Segundo o método de interpretação de Peter Häberle, que considera além dos intérpretes oficiais, os intérpretes não oficiais constitutivos da “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”, qual é o embasamento teórico para os argumentos expendidos a favor e contra o problema central – legitimação ou não do Ministério Público para atuar nas investigações do inquérito?

Considerando a contextualização, qual a análise que se faz de todos os argumentos? Qual é a tendência para solução das ações que abarcam esse tema a ser enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal?

A hipótese a ser analisada e desenvolvida para resolver o problema formulado é a de que: ao considerar a função institucional delineada na Constituição Federal e o referencial teórico de interpretação constitucional democrática, idealizado por Peter Häberle, o Ministério Público terá legitimidade para realizar diretamente investigação criminal, desde que sua atuação seja homologada pela “sociedade aberta dos intérpretes constitucionais”.

Ressalta-se que a resposta à problematização deve considerar os discursos dos agentes sociais – que incluem as manifestações de representação de classes, organismos, instituições, *experts*, pareceristas, cidadãos, advogados, médicos, psicólogos, peritos, comunidade científica em geral – ou em um conceito mais amplo: “sociedade aberta dos intérpretes constitucionais”. Entende-se que a melhor solução à temática será dada pelo diálogo com todos os interessados, mas também deve consistir na interpretação conforme os princípios assumidos pelo povo (na sua aceção democrática) em nosso Texto Fundamental.

Considere-se, ainda, que não há ciência sem o emprego de métodos científicos. Tais métodos são definidos como o conjunto das atividades sistemáticas e racionais que coordena o caminho a ser seguido para alcançar a solução do problema de pesquisa.¹³ Desse modo, apresenta-se a seguir a definição do método a ser desenvolvido nesta monografia.

A pesquisa caracteriza-se como dogmática instrumental, na medida em que se fundamenta no tripé norma, jurisprudência e doutrina para análise do objeto problema. A técnica fundamental tem por base o conhecimento

¹³ LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Maria de Andrade. *Fundamentos de Metodologia Científica*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 83.

de dados bibliográficos. O método dedutivo e o dialético serão adotados no estudo de conteúdos do Direito Constitucional, Direito Processual Penal, garantias penais, instituições constitucionais, Ministério Público, titularidade do inquérito, interpretação constitucional.

Sem a pretensão de esgotar a temática, espera-se que a pesquisa contribua para despertar discussões acerca da necessidade de se considerar o tema na pauta da teoria político-constitucional, processual penal e institucional do Ministério Público.

1 NOVO PARADIGMA CONSTITUCIONAL DO SISTEMA PENAL E O PAPEL INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O paradigma assumido na Constituição de 1988 trouxe para o sistema penal garantias que limitam a atuação do Estado na esfera de liberdade do cidadão. No Estado Democrático de Direito, tem-se como pilar da ordem jurídica a dignidade da pessoa humana, que recebe principalmente no direito penal e processual penal maior estatura, de forma que a intervenção estatal deve ser a menor possível (*ultima ratio*), dentro de um contexto de Estado Mínimo. Para Geraldo Prado:

a edificação de qualquer política criminal em um estado democrático está condenada à incoerência normativa se for desenvolvida à margem do nível jurídico superior e não considerar que o respeito à dignidade humana é o princípio e fundamento do sistema político democrático, único espaço comum para qualquer pacto democrático [...] A característica brutal do direito penal corresponde a sua ideia geral como *ultima ratio*, em virtude da qual, abdicando-se da concepção salvacionista da incriminação e punição totais, salientam-se os aspectos fragmentários da intervenção penal na vida social, com a eleição daquelas situações excepcionais cuja gravidade justifique cogitar da adoção de uma resposta socialmente organizada de igual seriedade.¹⁴ (sublinhas nossas)

Entretanto, nem sempre foi assim. A previsão de um modelo ideal garantista foi precedida de modelos típicos de Estados autoritários nos quais prevalecia, na escala de valores, a preocupação com a segurança pública, revelada no direito de punir e permeada majoritariamente pelo princípio da periculosidade e da culpabilidade do agente. Sob esse enfoque, a mudança política constitucional foi radical, até porque o próprio processo transmutou-se de sua função inquisitória e destinada a provar a culpa do agente para ser um instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado.¹⁵ O processo, portanto, no contexto constitucional, é um meio indispensável e necessário para a imposição da pena, como esclarece Rogério Lauria Tucci:

¹⁴ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p. 32-41.

¹⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2008, p. 7.

cometida a infração penal, não há como ser imposta, direta e imediatamente, a sanção em lei prevista para coibir sua prática [...] A efetivação desta, por sua vez, reclama a existência do processo, em que, confrontando o *ius puniendi* do Estado com o *ius libertatis* do indivíduo, tenha lugar, ao seu termo, o julgamento. [...] imprescindibilidade de jurisdicionalização da pena, que se consubstancia noutra difundida parêmia – *nulla poena sine iudicio*.¹⁶(sublinhas nossas)

Tanto é verdade que a maior parte da doutrina não considera indispensável a existência de lide penal para justificar o processo.¹⁷ Com respeito a isso, sabe-se que, quando houver confissão espontânea e assunção de culpa por parte do acusado – o que implica inexistência de lide, pois não há uma pretensão resistida diante do *ius puniendi* do Estado –, a existência do processo penal para subsidiar a aplicação de pena é indispensável.

Além das garantias processuais indispensáveis para imputação de pena, a previsão de uma teoria garantista do sistema penal deve refletir humanidade e proporcionalidade na punição, como limite ao exercício arbitrário de poder. Desrespeitá-lo macula de vício de nulidade não só a atividade jurisdicional, mas compromete toda lógica do ordenamento jurídico de fundamento político-constitucional do Estado Democrático de Direito e apresenta-se principalmente na exposição formal de um rol de direitos e garantias vinculados ao *due process of law*.¹⁸

Salienta-se que a mudança de paradigma do sistema penal também traz à tona nova perspectiva de abordagem do Direito Penal, com a consideração de que ele seja objeto de análise em um contexto filosófico e político. Isso permite melhor compreensão axiológica da matéria, não só como doutrina, mas também como prática. Para Antônio Henrique Graciano Suxberger, desconsiderar tal contexto, deixando critérios valorativos externos à lei fora da interpretação significa “priorizar uma legitimação estritamente interna da intervenção penal, própria dos ordenamentos que incorporam e se valem apenas da retribuição como móvel da intervenção estatal e da legalidade formal a qualquer custo.”¹⁹

O contexto de um Estado Social Democrático permite compreender a concepção mais axiológica do conteúdo valorativo do direito penal, manifestada por sua vocação funcional, que “ora se sustenta na crença da ressocialização e ora na necessidade imperativa de adoção de garantias penais”.²⁰

Aqui, o paradigma muda completamente: o “acusado” passa a ser “sujeito de garantias”, e o Estado identifica-se como mínimo e garantidor, pois se autolimita diante da lei e apresenta como política criminal e legislativa um arcabouço de direitos e garantias em

¹⁶ TUCCI, Rogério Lauria. *Ministério Público e Investigação Criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 27.

¹⁷ Registre-se que Tourinho Filho entende que, “embora não haja absoluta identidade entre a lide civil e a penal, não será possível negar a existência de uma lide penal”, devido ao caráter *sui generis* que esta assume, pois não estão em jogo interesses disponíveis, de forma que ela existe e “pouco importa se ela é artificial ou não”. Na verdade, ele admite que a lide penal é induzida, ou seja, que, ainda que o acusado abra mão de sua liberdade, o Estado deve proporcionar-lhe a defesa técnica, não bastando a mera defesa material ou autodefesa. In: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 8-10.

¹⁸ BOSCHI, José Antonio Paganella. *Ação penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2002, p. 18-20.

¹⁹ SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. *Legitimidade da intervenção penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 1-4.

²⁰ SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. *Legitimidade da intervenção penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 4.

face dele próprio. Assim idealiza o cumprimento de um dever de proteção genérica (nos campos administrativo, processual, civil etc.) e proteção específica (penal). Mas adota o direito penal como *ultima ratio* e possibilita que este seja o principal meio de controle social formalizado, embora mais eficaz e não exclusivo.

Ao se admitir essa relação entre política criminal e dogmática penal, chega-se às repostas sobre limites e legitimação da intervenção penal, base do ideal do Estado Democrático de Direito.

Destacam-se, na interpretação desse fenômeno, os estudos de Claus Roxin,²¹ que não só propõe relação necessária entre a dogmática penal e a política criminal, mas resgata valores políticos criminais, distanciando-se da abstratividade do paradigma positivista. O autor desenvolve vertente do pensamento funcionalista ao esclarecer que “as soluções adequadas ao sistema jurídico-penal” passam pela consideração de referências teleológicas.²²

Com base no pressuposto de que a política criminal está intrinsecamente ligada ao modelo de Estado vigente, o regime político adotado pelo Estado brasileiro admite a intervenção penal dentro de limites que cabem no conceito de ideologia democrática. E esta se vale da proclamação normativa de direitos na Carta Constitucional, como também da previsão dos meios (políticos, criminais e processuais) que assegurem o efetivo funcionamento do sistema. Segundo Geraldo Prado:

A assunção da Constituição como o *locus* de onde são vislumbrados os direitos fundamentais compartilha, portanto, a tese, desenvolvida entre outros por Ferrajoli, da existência de um nexó indissolúvel entre garantia dos direitos fundamentais, divisão de poderes e democracia, de sorte a influir na formulação das linhas gerais da política criminal de determinado Estado.²³ (sublinhas nossas)

Assim, o próprio sistema deverá se autorregular e impor limites constitucionais que se sustentam porque se reconhece que a Carta, em sua característica de rigidez, impede modificações e mutações desnecessárias, garantindo a legitimidade da intervenção penal do Estado.

Nesse sentido, a rigidez constitucional se apresenta como princípio imprescindível para garantir a estabilidade da norma fundamental, pois, sem a necessária rigidez, não há nem identidade da “norma fundamental”,²⁴ como quer Hans Kelsen, nem a “força normativa da Constituição”,²⁵ como quer Konrad Hesse, e sequer capacidade regulatória da Carta, a

²¹ ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico penal*. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

²² SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. *Legitimidade da intervenção penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 11.

²³ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p. 16.

²⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986.

²⁵ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991. O conceito utilizado por Konrad Hesse também é considerado como um princípio interpretativo da Constituição. Na visão de MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 45, a melhor interpretação é a que garanta eficácia, aplicabilidade e permanência das normas constitucionais.

fixar o fundamento de validade de todo o ordenamento. Em outras palavras, caminham juntos o princípio da rigidez constitucional e o princípio da supremacia da constituição. Pelo princípio da rigidez pressupõe-se a supremacia da constituição, conforme destaca José Afonso da Silva:

A rigidez constitucional decorre da maior dificuldade para sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal. Da rigidez emana, como principal consequência, o princípio da supremacia da constituição que, no dizer de Pinto Ferreira, “é reputado como pedra angular em que se assenta o edifício do moderno direito político” [...] O próprio Burdeau, que fala na supremacia material, realça que é somente no caso da rigidez constitucional que se pode falar em supremacia formal da constituição, acrescentando que a previsão de um modo especial de revisão constitucional dá nascimento à distinção de duas categorias de leis: as leis ordinárias e as leis constitucionais.²⁶

A constatação de que a lei se subordina a ela mesma – por meio da ordem jurídico-constitucional rígida – permite ao observador inferir que o sistema deve se regular por ele próprio. Do ponto de vista do paradigma constitucional, a força normativa da Constituição implica a constante guarda de seu conteúdo axiológico, por meio de controles que imprimem segurança ao Estado Democrático de Direito e que dão forma à política criminal que deverá ser adotada. Conforme Antônio Henrique Graciano Suxberger:

Essa nova estrutura de ordenamento jurídico passa a se caracterizar por uma dupla percepção: não apenas pelo caráter positivo das normas produzidas, que a contribuição específica do positivismo jurídico à Teoria da Constituição, mas também por sua sujeição ao Direito, que veicula precisamente a característica mais robusta do Estado Constitucional do Direito, onde a produção jurídica mesma se faz consoante normas de direito positivo relativas ao procedimento de elaboração e, o mais importante, ao conteúdo. No direito penal, por exemplo, todas as respostas às clássicas questões relativas à sua legitimação – quando e como punir, quando e como proibir, quando e como julgar – resultam condicionadas aos princípios veiculados na Constituição, que deixam de ser apenas reitores teóricos para converterem-se em normas jurídicas vinculantes para o legislador.²⁷ (sublinhas nossas)

É, portanto, a perspectiva democrática, que tem como pressuposto a dignidade da pessoa humana, e o Estado Constitucional Moderno que devem justificar a legitimidade da intervenção penal – ancorada na decisão política dos representados – pelo menos ideologicamente.

²⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 45-46.

²⁷ SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. *Legitimidade da intervenção penal*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 24-26.

Com apoio em Habermas, Geraldo Prado concorda com essa posição, mas pondera, justificado pelo pensamento que lhe acrescentaria Hannah Arendt, já que há nele o pressuposto implícito de que o povo domine os que o governam, o que de fato não ocorre:

Habermas chama atenção para o fato de a positivação do Direito vir acompanhada da expectativa de que o processo democrático de edição de normas jurídicas fundamente a suposição da aceitabilidade racional das normas estatuídas, razão por que, acrescentaria Hannah Arendt, sob condições de um governo representativo, supõe-se que o povo domina aqueles que governam e as instituições políticas petrificam-se e decaem tão logo o poder do povo deixa de sustentá-las.²⁸ (sublinhas no original)

Adensando o conteúdo democrático, que impõe limites à intervenção penal, tem-se que o modelo deva atender às características da epistemologia garantista. Esta, por sua vez, fundamenta-se em âncoras que vão desde a inafastabilidade do juiz natural – desdobrando-se na impossibilidade de adotar juízos ou tribunais de exceção e passando pela acepção mais ampla do processo legal – até a garantia de fixar prazo razoável de duração do processo penal.

Para finalizar e enriquecer a temática com as palavras do maior representante do pensamento positivista garantista, acrescenta-se a citação de Luigi Ferrajoli, que esclarece que os pressupostos teóricos e filosóficos adotados se coadunam com os princípios constitucionais modernos:

O direito penal dos ordenamentos desenvolvidos é produto predominantemente moderno. Os princípios sobre os quais se funda seu modelo garantista clássico – a legalidade estrita, a materialidade e a lesividade dos delitos, a responsabilidade pessoal, o contraditório entre as partes, a presunção de inocência – são, em grande parte, como se sabe, fruto da tradição jurídica do Iluminismo e do Liberalismo. Os filões que se misturam nessa tradição, maturada no século XVIII, são muitos e distintos: as doutrinas dos direitos naturais, as teorias contratualistas, a filosofia racionalista e empirista, as doutrinas políticas da separação dos poderes e da supremacia da lei, o positivismo jurídico e as concepções utilitaristas do direito e da pena. Esses diversos filões, além de não serem filosoficamente homogêneos entre si, tampouco são univocamente liberais. Sem dúvida, para além da heterogeneidade e da ambivalência de seus pressupostos teóricos e filosóficos, é certo que os princípios mencionados, tais como se consolidaram nas constituições e codificações modernas, formam em seu conjunto um sistema coerente e unitário.²⁹

²⁸ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p. 13-14.

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 29-30.

É exatamente nesse contexto filosófico, político e constitucional que o Ministério Público surge em sua roupagem mais contemporânea. Inegável a posição de destaque dada à instituição na Constituição Federal de 1988, que o define como importante agente público na fiscalização e concretização dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Segundo Lênio Luiz Streck e Luciano Feldens:

Como conseqüência lógica dessa transformação paradigmática havida na teoria do Estado e do Direito, o Ministério Público, que tem sua raiz histórica predominantemente conectada a crimes que colocam em risco os interesses das camadas dominantes da sociedade (via de regra, a propriedade privada), recebe, inegavelmente, um novo delineamento jurídico-constitucional a partir de 1988. E não poderia ser diferente, na medida que o próprio Poder Judiciário passa a ostentar um relevo nunca antes alcançado, o que pode ser constatado pelos perfis intervencionistas assumidos pelos Tribunais Constitucionais surgidos nas democracias contemporâneas [...] o poder constituinte brasileiro, na senda das preciosas lições dessa tradição inaugurada pelo (neo)constitucionalismo europeu, arquitetou, no plano institucional, um Ministério Público com garantias similares às do Poder Judiciário, alçando-o, demais disso, a guardião dos interesses transindividuais da sociedade e do próprio regime democrático.³⁰ (sublinhas nossas)

De modo geral, verifica-se que a Constituição de 1988 “optou por conferir ao Ministério Público um elevado *status* constitucional, convertendo-o quase em um quarto Poder: desvinculou a instituição dos capítulos do Poder Legislativo, Executivo e Judiciário”.³¹

E embora não tenha sido erigido formalmente à condição de quarto poder do Estado, o Ministério Público alcançou efetivamente as garantias de Poder,³² com características próprias deste como: ter sede constitucional; apresentar membros efetivos com atribuições constitucionais; ter um representante maior – cujas funções sejam constitucionais –; competência/atribuição constitucional; prerrogativas próprias e capacidade de atuação político-jurídica, o que facilmente permite que se assemelhe à estrutura dos demais poderes constituídos sob a ótica de Montesquieu.³³ Aliás, alguns autores defendem inclusive que, caso Montesquieu tivesse escrito hoje *Do Espírito das Leis* ele teria contemplado o Ministério Público:

³⁰ FELDENS, Luciano; STRECK, Lênio Luiz. *Crime e Constituição: a legitimidade de função investigatória do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 5-6.

³¹ PAES, José Eduardo Sabo. *O Ministério Público na construção do Estado Democrático de Direito*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 219.

³² MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 27.

³³ VIEIRA, Judivan J. *Ministério Público: o quarto poder*. Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 171.

Se Montesquieu tivesse escrito hoje *Do Espírito das Leis*, por certo não seria tríplice, mas quádrupla a divisão de poderes. Ao órgão que legisla, ao que executa, ao que julga, um outro acrescentaria ele: o que defende a sociedade e a lei perante a Justiça, parta a ofensa de onde partir, isto é, dos indivíduos ou dos próprios poderes do Estado.³⁴ (sublinhas nossas)

A instituição recebeu, com a promulgação da Constituição da República de 1988, nobres atribuições que a elevaram a um patamar nunca dantes alcançado. Pelo histórico de nossas Constituições anteriores, a função do Ministério Público estava direta ou indiretamente ligada aos interesses do Estado. A instituição possuía o dever funcional de defender o Estado, e seu posicionamento de dependência a algum dos Poderes não lhe permitia atuar com neutralidade. Na tabela abaixo, é possível visualizar, de modo sucinto, o desenvolvimento histórico constitucional do Ministério Público brasileiro:

CONSTITUIÇÃO	LOCALIZAÇÃO TOPOGRÁFICA	FUNÇÃO/CONSIDERAÇÕES
1824	Mencionado como parte do Poder Legislativo: Artigo 38 (Câmara dos Deputados) do Capítulo III (Do Senado), Título IV (Poder Legislativo).	Promoção de processos pelos crimes cuja autoria não fosse dos ministros de Estado ou conselheiros do Estado
1891	Mencionado como parte do Poder Judiciário Parágrafo 2º do artigo 58 da Seção III	Titular não exclusivo de Revisão Criminal (titulares: povo, sentenciado ou <i>ex officio</i> pelo Procurador-Geral da República – este era designado pelo Presidente da República
1934	Inserido no capítulo dos órgãos da cooperação nas atividades governamentais e no Poder Judiciário (Capítulo VI)	Organizou-se o Ministério Público no âmbito federal e estadual e se estabeleceu que o chefe do Ministério Público Federal seria o Procurador-Geral da República, equiparando-o aos ministros da Suprema Corte

³⁴ VALADÃO, Alfredo apud AZEVEDO, João Benedito de. *Direito e Democracia: O papel do Ministério Público*. São Paulo: Cortez, 1984, p. 11. Salienta-se que a citação se refere a um dos constituintes que era membro do Ministério Público e que intentava uma nova ordem constitucional que elevasse a função pública da Instituição.

1937	Mencionado em capítulo destinado ao Poder Judiciário – Art. 99, sob o Título “Do Supremo Tribunal Federal”	O Procurador-Geral da República era ouvido no caso de pagamento de dívidas pela Fazenda Nacional. Referência ao quinto constitucional
1946	Mencionado em capítulo próprio – Título III	Estabeleceu-se por Lei a organização do Ministério Público Federal. Carreira iniciada por concurso
1967	Mencionado em capítulo destinado ao Poder Judiciário – Seção IX	Equiparação dos integrantes do Ministério Público aos salários e à aposentadoria dos juízes. Manteve o ingresso por concurso. Nomeação do Procurador-Geral da República dependia de aprovação do Senado Federal
1969 (Emenda Constitucional à Constituição de 1967)	Mencionado em capítulo destinado ao Poder Executivo – Art. 94	Possibilidade de se progredir para um Ministério Público mais independente, o que ocorreu com a edição da Lei Complementar n. 40/81
1988	Considerado em Capítulo separado “Funções essenciais à Justiça”	Independência, autonomia, garantias, prerrogativas. Defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos

Elaborado pela autora com base nas fontes: *Constituições Brasileiras*. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 9 dez. 2008; e PAES, José Eduardo Sabo. *O Ministério Público na construção do Estado Democrático de Direito*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 168-177.

A Carta Constitucional, entretanto, não só ampliou de forma efetiva as atribuições do Ministério Público, mas também apresentou um terreno fértil para o desenvolvimento de um Estado Democrático de Direito – que deverá ser defendido pela instituição –, em que se valoriza, de forma inovadora, tendências até então não desenvolvidas de modo tão singular em nossa história constitucional. Dentre elas destaca-se a de prever formas de controles e de participação da sociedade civil organizada, da imprensa ou de instituições oficiais que têm como missão a defesa de interesses relevantes, de modo a exercer funções essenciais à Justiça, como realiza o Ministério Público, a Defensoria Pública e a Advocacia Pública e Privada.

Também eleva como princípio norteador do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana em sua acepção mais ampla e congrega, assim, uma infinidade de interesses, de forma que um de seus grandes méritos é ser fruto da conjunção

de diversas forças políticas antagônicas.³⁵ O documento produzido é avançado e de grande importância, caracterizando-se por ser um texto moderno,³⁶ com inovações de relevante importância para o constitucionalismo brasileiro e até mundial.³⁷

Nesse contexto, as atribuições destinadas ao Ministério Público o definem como importante agente público na fiscalização e na concretização dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, valorados e expressos de forma direta no texto.

Dessa forma, a instituição que esteve vinculada ao Poder Executivo foi alçada ao patamar de Poder, e a Carta lhe deu atribuições voltadas para os direitos e os interesses da sociedade, do povo, dos cidadãos. Daí uma verdadeira revolução no espírito democrático, diante da redefinição de seus papéis. Vejamos como se manifesta João Gaspar Rodrigues, que festeja o órgão na era Pós-Constituição:

O Ministério Público é a guarda avançada da democracia, que procura resolver os problemas através do Direito. Aos seus membros cabe uma atitude ativa e dinâmica de verdadeiros magistrados de pé (daí os franceses denominarem-lhes de *magistrature débout*, para caracterizar o aspecto ativo de seu ofício. De pé para o cumprimento do dever; de pé para defender o povo; de pé em luta pelo Direito; de pé para atacar o malvado e o mentiroso; de pé para reprimir o violento, combater o corrupto e proteger o homem pacífico; de pé para resgatar a cidadania; de pé para o triunfo da verdade [...]. Não foi por acaso que o constituinte traçou para o Ministério Público o nítido perfil de órgão agente, promotor de medidas, empregando nos quatro primeiros incisos do artigo 129 da Constituição Federal o verbo “promover”.³⁸ (sublinhas nossas)

Desde a promulgação da Constituição até os dias atuais, a instituição passou, então, de mero titular da ação penal para “verdadeira instituição-garantia dos interesses mais caros à efetivação da dignidade humana”,³⁹ reconhecida como advogada da sociedade, traduzida na figura do *Ombudsman*:

Hoje, o Ministério Público se afigura como autêntico advogado dos interesses sociais, dos interesses difusos e coletivos. É titular da ação que se fizer necessária para proteger o que é de todos. Quando, na ação penal, comunica e apresenta ao Estado Juiz o fato e requer a

³⁵ TÁCITO, Caio. *Constituições Brasileiras: 1988*. 5. ed. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2004, p. 23-41.

³⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 52. Para o doutrinador português, por constituição moderna se entende aquela a qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político.

³⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 89.

³⁸ RODRIGUES, João Gaspar. *O Ministério Público e um novo modelo de Estado: princípios institucionais, questões atuais, proposta de uma nova divisão de poderes*. Manaus: Valer, 1999, p. 34-35.

³⁹ SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. *Lá vem o Ministério Público*. Disponível em: <http://www.mpdft.gov.br/joomla/index.php?option=com_content&task=view&id=313&Itemid=93> . Acesso em: 12 dez. 2008.

pena, dá voz à sociedade ofendida por uma conduta individual, exerce a função que o mesmo Estado lhe deu, tem verdadeira atribuição de advogado, estritamente ligada a de defensor. Defende a criança, o ancião, o meio ambiente, enfim, tudo o que for de todos. Quando a Constituição Federal não recepcionou a figura do *Ombudsman* foi exatamente porque já assegurara ao membro do *Parquet* todas as atribuições que àquele são inerentes.⁴⁰ (sublinhas nossas)

Além de ser fiscal da lei, o Ministério Público é fiscal dos poderes instituídos pelo próprio Estado Democrático de Direito (inclusive fiscalizando a si próprio). Atua como defensor contra improbidades administrativas, titularizando a ação penal, verificando o fiel cumprimento da execução das penas; a dignidade do pessoa humana (inclusive do que sofre medida privativa de liberdade ou restritiva de direitos). Atua, ainda, junto ao meio ambiente, à criança e ao adolescente; ao idoso, à mulher, às minorias étnicas, à ordem tributária e na exigibilidade de políticas públicas relevantes voltadas para a sociedade, de modo geral.⁴¹

Segundo Hugo Nigro Mazzili, a própria “lei não pode contrariar a vocação constitucional do Ministério Público: não mais lhe pode negar a promoção da ação penal pública ou recusar a iniciativa ou intervenção em feito em que se discutam interesses sociais ou individuais indisponíveis.”⁴²

Nesse contexto, deve-se discutir a atuação do Ministério Público como investigador no inquérito preliminar, sem deixar de considerar o contexto democrático e o conteúdo garantista que é inaugurado pela nova ordem constitucional, haja vista as atribuições e as funções dos Poderes Estatais, a necessidade de aperfeiçoamento na administração da justiça, o fortalecimento da instituição Ministério Público, o avanço do crime organizado, a coerência com novas técnicas de apuração dos fatos etc.

Até porque o garantismo não deixa de ser um conjunto de vínculos e regras racionais impostos a todos os poderes na tutela dos direitos de todos. Motivo pelo qual o papel destinado ao Ministério Público deve contemplar ainda com mais seriedade este mister, diante de suas atribuições constitucionais.

Ainda nesse contexto, também deve ser considerada a necessidade de reformulação da legislação processual penal infraconstitucional, para que haja adaptação das premissas legais ao paradigma constitucional.

A legislação processual penal brasileira ainda reflete um período autoritário e é considerada anacrônica, já que a Constituição impôs alterações políticas no tempo e no espaço, e a diversidade de ideologias em uma mesma época fez nascer um diferente tratamento das questões penais e processuais penais. Em retrospecto histórico, pode-se

⁴⁰ DAHER, Marlusse Pestana. *O Ministério Público*. Disponível em <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=266>>. Acesso em: 13 dez. 2008.

⁴¹ SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. *Lá vem o Ministério Público*. Disponível em: <http://www.mpdft.gov.br/joomla/index.php?option=com_content&task=view&id=313&Itemid=93> . Acesso em: 12 dez. 2008.

⁴² MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 5.ed.São Paulo: Saraiva, 2005, p. 62.

afirmar, de modo resumido, que o Brasil, durante sua história, teve como premissa um processo penal autoritário, permeado por governos também autoritários e populistas. Segundo Fauzi Hassan Choukr:

O caso brasileiro é curioso na medida em que trabalha com um texto instrumental penal nascido durante um governo de exceção e inspirado em um modelo igualmente autoritário, onde o respeito às conquistas individuais contra o Estado não era exatamente o valor dominante. Nesse sentido é fácil concluir que, para o Código em vigor, a balança entre as visões *ex parte principi* e *ex parte populi* pende francamente para o primeiro flanco.⁴³

Nesse prisma, a leitura e a interpretação da legislação infraconstitucional penal e processual penal – até porque o processo penal revela, num aspecto amplo, uma forma de restrição de direitos – devem ser feitas com base nos princípios e nos valores abalizados pela Carta Maior. A interpretação constitucional, portanto, serve de referência para resolver questões que envolvem a temática acerca da legitimidade do Ministério Público para realizar investigações criminais preliminares.

2 RELEVÂNCIA DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

2.1 MÉTODOS HERMENÊUTICOS CONSTITUCIONAIS MODERNOS

A hermenêutica jurídica⁴⁴ consiste na arte de dominar de forma teórica e especulativa o desenvolvimento e a sistematização dos princípios referentes à interpretação. Interpretar é a atividade de revelar e atribuir significado a textos normativos, a fim de solucionar questões que envolvem a aplicação deles aos problemas concretos.⁴⁵

Na verdade, a hermenêutica não é exclusiva do fenômeno jurídico. Para Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco, os fenômenos culturais e as realidades significativas, ou seja, as denominadas “coisas do espírito” – entre as quais está o direito –, na condição de objetos de conhecimento, estão sujeitas à análise por ato gnosiológico de compreensão. Diferentemente, os fenômenos físicos se utilizam do estudo pelo método empírico-indutivo e, por isso mesmo, devem ser objeto e sujeito da hermenêutica filosófica.⁴⁶

O direito, caracterizado como objeto cultural, assim como as manifestações de arte, ao longo do tempo vai acrescentando ao seu valor novos conteúdos e novas abordagens que não se opõem à sua essência inicial:

⁴³ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p. 17.

⁴⁴ A etimologia do termo “hermenêutica” remonta a Hermes, personagem da mitologia grega encarregado de transmitir a mensagem dos deuses aos homens, já que eles não podiam tratar diretamente com os deuses, necessitavam da intermediação de Hermes, que detinha capacidade para compreender e revelar os sentidos expressos na mensagem.

⁴⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional: conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 269.

⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 46-50.

Diante de obras de arte – do *Quijote* de Cervantes ou da *Pietà* de Miguelângelo, das *Meninas* de Velázquez ou da *Nona Sinfonia* de Beethoven –, esse ir e vir compreensivo que atravessa séculos e gerações vai progressivamente se enriquecendo e ampliando os objetos com novas interpretações, que nem pelo fato de serem diferentes invalidam as interpretações anteriores, num processo de superação e, ao mesmo tempo, de conservação e de absorção de significados (*Aufgehoben*).⁴⁷

Não se trata simplesmente de pensar de novo aquilo que já foi pensado, mas saber pensar até o fim aquilo que começou a ser pensado por um outro.⁴⁸ Com uma boa metáfora, Luís Roberto Barroso exemplifica de forma simplista o pensamento hermenêutico:

Garota de Ipanema é a composição brasileira mais executada no mundo [...] A letra e a melodia da canção permaneceram as mesmas, desde seu lançamento em 1962. Ao longo das décadas, inúmeros artistas apresentaram sua interpretação da obra. Todos trabalhavam, como intuitivo, sobre a criação original de dois compositores. Algumas interpretações, no entanto, eram apenas instrumentais e procuravam captar os acordes sofisticados da bossa nova. Outras punham ênfase na poesia da letra, buscando recapturar um tempo mais romântico e ingênuo da vida no Rio de Janeiro. Muitos intérpretes, mundo afora, que apresentaram regravações belíssimas nunca ouviram falar de bossa nova e não sabem exatamente onde fica Ipanema. Garota de Ipanema, na voz ou nos instrumentos de seus múltiplos intérpretes, conserva sua essência, seus elementos de identidade, mas nunca é a mesma. A razão é que, entre obra e público, há uma mediação necessária feita por quem vai executá-la. A interpretação, por certo, é desenvolvida com base na obra preexistente e nas convenções musicais. Mas estará sempre sujeita à percepção e à sensibilidade do intérprete. Por isso, uma versão nunca é igual a outra. Ainda assim, havendo fidelidade à letra e à melodia originais, não será possível dizer que uma esteja certa e a outra errada. São diferentes formas de ver a mesma criação. No entanto, há um limite a partir do qual já não será possível dizer que o intérprete esteja executando obra alheia, senão que criando a sua própria. Vale dizer: a interpretação jamais poderá romper os vínculos substantivos com o objeto interpretado.⁴⁹ (sublinhas nossas)

⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 48.

⁴⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 48.

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional: conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 268.

O processo dialético da interpretação não permite, portanto, tratar de erros teóricos, isso porque “as viragens de jurisprudência não são correções de equívocos, mas simples mudanças de valoração da consciência jurídica, de resto, absolutamente normais.”⁵⁰

A hermenêutica constitucional compreende um conjunto amplo de particularidades que a destacam no universo da interpretação jurídica. Isso porque envolve questões valorativas essenciais à estruturação do Estado, como legalidade, justiça, segurança, razoabilidade, exercícios de competências, garantias de direitos fundamentais, organização política estatal e limitações aos Poderes Constituídos.

No diapasão do processo dialético de interpretação e ao se considerar a especificidade da hermenêutica, deve-se enxergar a questão proposta com os óculos do exegeta constitucional, que considerará categorias especiais, como princípios da supremacia da Constituição, presunção de constitucionalidade das leis, interpretação conforme, unidade, razoabilidade, efetividade para apreender o objeto de análise: *in casu*, a legitimidade ou não do Ministério Público para conduzir investigações criminais preliminares.

Para que sejam rememoradas as bases teóricas necessárias para o adensamento da questão, ressalta-se que, diante de uma multiplicidade de teorias jurídicas concebidas e apregoadas – muitas delas ainda desenvolvidas no formato de direito civil, centro de irradiação do pensamento jurídico nos países de tradição romano-germânica anteriormente ao pós-guerra –, neste estudo, apresentam-se argumentos filiados ao pós-positivismo jurídico.

O paradigma pós-positivista tem como marca essencial o desapego à literalidade do texto e a intenção criativa e construtiva do aplicador. Nele abandona-se o antigo formalismo, no qual a interpretação jurídica seria uma atividade mecanicista de subsunção do fato à letra fria da lei.⁵¹

Pretensamente neutros, os aplicadores, no formalismo jurídico, eram somente “a boca da lei”, o que teve como reação de maior expressão as vozes de juristas que apregoavam a necessidade de contemplar os fins sociais da lei, antes de sobrelevar suas características formais.

A esse movimento deu-se o nome de “movimento para o Direito Livre”, na Alemanha; “livre investigação científica”, na França; e “Realismo Jurídico”, nos Estados Unidos da América. Rompendo com o formalismo, o pensamento jurídico desse período reflete a intenção de se condensar o direito escrito com o consuetudinário, principalmente pelo emprego exclusivo de precedentes judiciais e pela necessidade de se compreender o direito dentro de uma estrutura ampla social, que abarcava outras áreas do saber.⁵²

⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 50.

⁵¹ KAUFMANN, Arthur. *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneo*. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p. 92.

⁵² BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional: conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 276.

No propósito de se considerar o Direito como área do conhecimento essencialmente científica neutra e pura, na virada do século XIX para o XX, o positivismo jurídico compartilhou ideias comuns às do formalismo. Entretanto, em sua versão mais moderna, foi afastada a concepção estritamente mecanicista das decisões judiciais, e teve, inclusive, reconhecido o caráter político de decisões judiciais, proclamado também como *hard cases* por Ronald Dworkin e John Hart Ely.⁵³ Esses autores apregoavam a necessidade de se adotarem princípios constitucionais abertos e de se considerar a realidade social e política em que os problemas estão inseridos, para solucionar os casos levados ao aplicador da lei.

O pós-positivismo nasce, portanto, de uma volta dos valores na solução de casos concretos, utilizando-se de princípios constitucionais, e retoma o caráter axiológico do Direito, unindo-o à Filosofia e à Moral. Assim, as teorias de interpretação constitucional modernas têm como pano de fundo esse momento do Direito.

Embora os métodos interpretativos clássicos não estejam abandonados, há uma tendência natural de considerar, com mais frequência, os que se conformam às necessidades de um ordenamento bem mais complexo. Tal ordenamento muitas vezes necessita de uma variedade de meios hermenêuticos para que seja dada a interpretação condizente com a sociedade plural contemporânea.

Destaca-se, entre os métodos de interpretação modernos, o método tópico-problemático, proposto por Theodor Viehweg; o método hermenêutico concretizador, de Hans-Georg Gadamer; o método científico-espiritual de Rudolf Smend; e o normativo-estruturante de Müller.

Sobre o método tópico-problemático, posicionam-se Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco:

Dado o caráter fragmentário e, não raro, indeterminado pela Constituição, é natural o uso do método tópico orientado ao problema, até para remediar a insuficiência de regras clássicas de interpretação e evitar o *non liquet*, que já não é possível pela existência da jurisdição constitucional. Em suma, graças à abertura textual e material dos seus enunciados e ao pluralismo axiológico, que lhe são congênitos, a Constituição mostra-se muito mais problemática do que sistemática, o que aponta para a necessidade de interpretá-la dialogicamente e aceitar todos os topoi ou fórmulas de busca que forem trazidos a confronto pela comunidade hermenêutica.⁵⁴ (sublinhas nossas)

Da análise dos métodos modernos de interpretação constitucional, deduz-se que não só a dogmática contemporânea, mas também o neoconstitucionalismo trouxeram para a hermenêutica constitucional o conceito de construção como uma espécie do mais amplo

⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 50-94. Para mais conhecimento dos autores e de suas ideias, ver: DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000; e ELY, John Hart. *Democracy and Distrust. A theory of Judicial Review*. Harvard University Press, 2002.

⁵⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 50-94.

gênero da interpretação constitucional. Isso porque a Constituição Federal utiliza conceitos abertos, plurissignificativos, analíticos e valorativos e que, ao interpretar a norma constitucional, é impossível não deixar de concretizá-la em um caso específico.

Luís Roberto Barroso, quando descreve a metodologia da hermenêutica concretizadora, presente não só em Wiehweg, com seus “*topoi*”, mas também em Müller, com a “metódica estruturante” afirma:

A hermenêutica concretizadora procura o equilíbrio necessário entre a criatividade do intérprete, o sistema jurídico e a realidade subjacente. Destaca, assim, a importância da pré-compreensão do agente de interpretação, seu ponto de observação e sua percepção dos fenômenos sociais, políticos e jurídicos [...] Por outro lado, a Constituição não é mero reflexo da realidade, por ser dotada de capacidade de influir sobre ela, de afetar o curso dos acontecimentos. Nessa vertente de interpretação como concretização situa-se também a metódica estruturante de Friedrich Müller, cuja proposta consiste, igualmente, em conciliar a perspectiva normativa com a sociológica. Parte da distinção entre texto e norma, identificada esta como ponto de chegada e não de partida do processo interpretativo. [...] A norma jurídica resulta da conjugação do programa normativo com o âmbito normativo. O programa normativo consiste nas possibilidades de sentido do texto, estabelecidas de acordo com os recursos tradicionais de interpretação jurídica. Já o âmbito normativo se identifica com a parcela da realidade social dentro da qual se coloca o problema a resolver, de onde o intérprete extrairá os componentes fáticos e axiológicos que irão influenciar sua decisão.⁵⁵ (sublinhas nossas)

Daí por que todos os métodos hermenêuticos constitucionais modernos se valem da ideia de criação do Direito. Dessa forma, a construção e a reconstrução dos fundamentos do ordenamento jurídico moderno de forma legítima serão efetivadas necessariamente com a colaboração de todos os participantes do debate hermenêutico, ou seja: é necessário abrir-se à sociedade de intérpretes constitucionais, como propõe Peter Härbele.⁵⁶

A abertura da sociedade dos intérpretes permite que a leitura do texto constitucional, tradicionalmente restrita às instâncias oficiais, se “faça em perspectiva republicana e pública”,⁵⁷ de maneira a ser considerada uma forma de legitimação política.

De fato, o Direito ganha legitimidade somente se os poderes sociais não estiverem divorciados da realidade. Desse modo, a efetividade social das normas se verifica se tais

⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional: conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 280.

⁵⁶ HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre/RS: Sergio Antonio Fabris, 1997.

⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 95.

normas forem legitimadas pela sociedade que delas necessita. Principalmente ao se considerarem as normas constitucionais, que estruturam a essência estatal, seus poderes, sua estrutura e definem direitos fundamentais:

O fundamento da Constituição não é e nem pode ser, portanto, nenhuma norma jurídica prévia ou superior. [...] a norma constitucional (Constituição), que serve de base a todo o sistema jurídico, apoia-se, em última instância, em “algo superior e anterior a todo direito estabelecido”, sobre um “fenômeno real de existência política”. A base, o fundamento último de um sistema de normas jurídicas não é, portanto, em última análise, algo normativo, mas algo real: a vontade social, que dá integração à comunidade política, imprimindo-lhe certas diretivas. Esta “vontade social” não é aquela entidade misteriosa, metafísica, do romantismo político, mas um simples “processo”, uma resultante, um equilíbrio das vontades individuais existentes no interior do Estado.⁵⁸ (sublinhas nossas)

A ideia está intimamente ligada com a questão da soberania popular, já que é a partir desse conceito que nasce o direito de democracia, participação e representação. Com o adensamento do propósito constitucional e a evolução da democracia, a teoria da soberania popular aumentou seu campo de atuação.

Não há muito tempo, o conceito era restrito à representação político-partidária e às formas de participação direta expressas nos plebiscitos, referendos e iniciativas populares. Hodiernamente, entretanto, o conceito de soberania e de participação popular alargou-se, interpenetrando nas funções não só legislativas, mas administrativas (principalmente), e por que não dizer judiciais, com o advento dos institutos como *amicus curie*?

A participação pode se dar diretamente, através da chamada democracia direta, com a utilização de instrumentos como o referendo, o plebiscito ou a iniciativa popular, como também pode ser proposta a partir de meios que, juntamente com a administração pública, pretendem cooperar para uma administração participativa, que pode se dar através de subprefeituras ou com a participação de cidadãos em conselhos públicos municipais, ou ainda pelos chamados conselhos autônomos que, apesar de não pertencerem, não serem subordinados à administração pública, podem fiscalizar e até mesmo participar da administração nos assuntos que forem pertinentes a toda coletividade.⁵⁹ (sublinhas nossas)

⁵⁸ BONAVIDES, Paulo. O Direito Constitucional e o momento político. *Revista de Informação Legislativa*, ano 21, n. 81, jan./mar., 1984, p. 200.

⁵⁹ VIEGAS, Weverson. *Cidadania e participação popular*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4199>>. Acesso em: 15 nov. 2008.

Partindo desse pressuposto, o método proposto por Peter Härbele inspira a adequação entre norma e fato, adensa o conteúdo democrático e republicano impresso na Carta e permite que debates que poderão legitimar o processo de decisões judiciais – como este que vem sendo travado no Supremo Tribunal Federal, que discute a legitimidade do Ministério Público para participar de investigações criminais preliminares – tenham participação ampla da sociedade, haja vista que esse método abarca a hipótese de reestruturação do modelo atual, com redefinição de atribuições e de competências dos atores sociais envolvidos no processo penal.

2.2 IMPORTÂNCIA DA “SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO” NO CONTEXTO DEMOCRÁTICO PARA SOLUÇÃO DO PROBLEMA

Peter Härbele é um jurista alemão de peso que vem influenciando de forma inexorável a jurisdição constitucional brasileira. Destaca-se que a jurisdição constitucional tem prezado – pelo menos no plano teórico – o ideal de um Estado cooperativo, com abertura dos processos à opinião social, o que permite maior pluralidade de sujeitos na participação das atividades públicas.

As recentes decisões do Supremo Tribunal Federal adotam a figura do *amicus curie*, mecanismo que permite a intervenção de órgãos e entidades no processo objetivo. Permite ainda, as audiências públicas, que dão voz a pareceristas, *experts* e pessoas abalizadas que dominam as técnicas sobre o conhecimento de uma determinada matéria. Desse modo, elas representam um “eloquente exemplo da forte influência da doutrina de Häberle que propugna por uma interpretação aberta e pluralista da Constituição”:⁶⁰

O modelo pressupõe não só a possibilidade de o Tribunal se valer de todos os elementos técnicos disponíveis para a apreciação da legitimidade do ato questionado, mas também um amplo direito de participação por parte de terceiros interessados. Os denominados *amici curiae* possuem, atualmente, ampla participação nas ações do controle abstrato de constitucionalidade e constituem peças fundamentais do processo de interpretação da Constituição por parte do Supremo Tribunal Federal. Assim, é possível afirmar que a Jurisdição Constitucional no Brasil adota, hoje, um modelo procedimental que oferece alternativas e condições as quais tornam possível, de modo cada vez mais intenso, a interferência de uma pluralidade de sujeitos, argumentos e visões no processo constitucional [...] O Tribunal tem utilizado amplamente esses novos mecanismos de abertura procedimental, com destaque para as

⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. *O pensamento de Peter Härbele na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Observatório da Jurisdição Constitucional. Disponível em: <http://www.ojs.idp.edu.br/docs/Peter_Harbele_pdf> Acesso em: 17 abr. 2009.

audiências públicas recentemente realizadas no âmbito das ações do controle abstrato de constitucionalidade. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510/DF-7, na qual se discutiu a constitucionalidade da pesquisa científica com células-tronco embrionárias, a audiência pública realizada no dia 20 de abril de 2007 contou com a participação de especialistas na matéria (pesquisadores, acadêmicos e médicos), além de diversas entidades da sociedade civil, e produziu uma impressionante gama de informações e dados que permitiram ao Tribunal, no julgamento definitivo da ação (em 29.5.2008), realizar um efetivo controle e revisão de fatos e prognoses legislativos e apreciar o tema em suas diversas conotações jurídicas, científicas e éticas. O resultado foi a declaração de constitucionalidade do art. 5º da Lei 11.105/2005, mas por uma maioria de 6 votos contra outros 5 votos que continham dispositivos diversificados fundados em distintos aspectos dessa complexa questão constitucional, alguns deles representando verdadeiras sentenças aditivas com conteúdo manipulativo dos sentidos normativos da lei impugnada. O que ficou marcado nesse julgamento, de toda forma, foi a ampla participação de múltiplos segmentos da sociedade, o que fez da Corte um foro de argumentação e de reflexão com eco na coletividade e nas instituições democráticas.⁶¹ (sublinhas nossas)

Inicialmente, antes de apresentar o método hermenêutico desenvolvido por Peter Häberle, deve-se conhecer o conceito de “sociedade aberta” por ele utilizado. Esse conceito foi também desenvolvido por alguns autores, mais especificamente Henri Bergson e Karl Popper, de forma política ou epistemológica, respectivamente:

A sociedade aberta é um conceito que foi originalmente criado pelo filósofo Henri Bergson. Em sociedades abertas o governo é responsável e tolerante, e os mecanismos políticos são transparentes e flexíveis. O Estado não mantém segredos para si mesmo; é uma sociedade não autoritária, uma sociedade em que todos são respeitados, com o conhecimento de todos. Liberdade política e direitos humanos são os princípios fundamentais que regem a sociedade aberta. Na definição de Karl Popper, encontrada em seu livro de dois volumes *The Open Society and Its Enemies*, a “sociedade aberta” é aquela que se assegura que seus líderes possam ser destituídos sem a necessidade de derramamento de sangue, por oposição às sociedades autoritárias nas quais uma violenta revolução ou um golpe de estado se faz necessário para alterar sua liderança.

⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira; VALE, André Rufino do. *O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Observatório da Jurisdição Constitucional. Disponível em: <http://www.ojs.idp.edu.br/docs/Peter_Harbele_pdf> Acesso em: 17 abr. 2009.

Ele acrescenta que numa “sociedade aberta” “os indivíduos encaram decisões pessoais”, por oposição às “sociedades mágicas, tribais ou coletivistas” O conceito de “sociedade aberta” de Popper é mais epistemológico que político. De acordo com sua teoria, o fato do conhecimento humano ser provisório e falível implica na necessidade de que as sociedades estejam abertas a diferentes pontos de vista. Pretensões ao domínio de certos conhecimentos e da verdade final conduzem à imposição de uma única versão da realidade.^[2] Contrastando com isso, numa “sociedade aberta” cada cidadão deve formar sua própria opinião sobre a realidade e para isso é necessário haver liberdade de expressão de pensamentos, e a manutenção de instituições legais e culturais que a favoreçam. Uma “sociedade aberta” também deve ser pluralística e multicultural para que possa se beneficiar da análise do maior número de pontos de vista em seus problemas.⁶² (sem grifos no original)

E é claro que, para se falar em “sociedade aberta”, também se deve falar em “democracia”.⁶³ Tanto um como outro conceito são amplos, paradoxais, abertos, complexos e não se coadunam sequer com a ideia de serem fechados por um enunciado. O que é complexo,⁶⁴ portanto, evolui e é observado, mas não pode ser esvaziado em um determinado conceito. Trata-se de uma concepção evolutiva.

Nesse contexto democrático de uma “sociedade aberta”, o paradigma trazido por Peter Häberle traduz a mudança radical de uma interpretação constitucional calcada em uma sociedade fechada, restrita aos intérpretes oficiais,⁶⁵ para considerar no mesmo plano os intérpretes em sentido amplo, estes que compõem essa sociedade pluralista e aberta. Os professores Ives Gandra da Silva e Gilmar Ferreira Mendes sistematizam o entendimento de Peter Häberle:

Se se considera que uma teoria da interpretação constitucional deve se encarar seriamente sobre o tema “Constituição e realidade constitucional” aqui se pensa na exigência de incorporação de ciências sociais e também nas teorias jurídico-fundamentais, bem como métodos de interpretação voltados para o interesse público e do bem-estar geral –, então, há de se perguntar, de forma mais decidida, sobre os agentes conformadores da realidade constitucional [...] Não é, pois, um processo de passiva submissão, nem se confunde com a

⁶² Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Sociedade_aberta>. Acesso em: 26 out. 2008. No texto, mencionam-se duas referências bibliográficas importantes: POPPER, K., *The Open Society and Its Enemies*, Volume One, Routledge (1945, reprint 2006), chapter 10 part I; SOROS, George, *The Age of Fallibility*, PublicAffairs, 2006.

⁶³ Por democracia, pode-se entender conceitos diversos, como democracia clássica, moderna, indireta, direta, semidireta, participativa, representativa, esclarecida etc.

⁶⁴ Um dos maiores pensadores sobre a complexidade foi o francês Edgar Morin. A referência bibliográfica que explica seu método e contém elementos sobre a teoria da complexidade é MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Tradução de Eliane Lisboa. Porto Alegre: Meridional/Sulina, 2005.

⁶⁵ Os intérpretes oficiais geralmente são os detentores de competência constitucional, geralmente representados pelos Poderes da República Federativa: Poder Judiciário, Poder Executivo e Poder Legislativo, mas atualmente também contamos com o Ministério Público e com o Tribunal de Contas.

recepção de uma ordem. A interpretação conhece possibilidades e alternativas diversas. A vinculação se converte em liberdade na medida em que se reconhece que a nova interpretação hermenêutica consegue contrariar a ideologia da subsunção [...] o reconhecimento do caráter complexo e plural da interpretação constitucional leva, como acentua Härbele, a uma relativização da interpretação constitucional jurídica.⁶⁶ (sublinhas nossas)

Tal método hermenêutico se manifesta de forma mais favorável em uma sociedade multifacetária e pluralista, na qual há uma expressa relativização da interpretação constitucional jurídica. Isso só é possível em uma sociedade complexa na qual também haja concretização do princípio democrático e abertura material da Constituição.⁶⁷

A sua proposta é ousada, além de radical, e se coaduna com o ideal de sociedade democrática paradigmática dos novos tempos. Sua proposta, nas palavras do professor Gilmar Mendes, que traduz e introduz a obra:

Exige uma radical revisão da metodologia jurídica tradicional [...] que esteve muito vinculada ao modelo de sociedade fechada. A interpretação constitucional dos juízes, ainda que relevante, não é (e nem deve ser) a única. Ao revés, cidadãos e grupos de interesse, órgãos estatais, o sistema público e a opinião pública constituiriam forças produtivas de interpretação, atuando, pelo menos, como pré-intérpretes do complexo normativo constitucional.⁶⁸ (sublinhas nossas)

Peter Härbele sugere que os instrumentos de informação dos juízes constitucionais devam ser ampliados e aperfeiçoados, especialmente no que se refere às formas de participação e interpretação – notadamente nas audiências e nas intervenções. Destacam-se, aqui, não só o início da utilização do instrumento de consulta popular do Supremo Tribunal Federal, notadamente as intervenções ocorridas pelo *amicus curie*, mas também consultas populares, pareceres, informações jornalísticas, debates, palestras, manifestação de grupos de pressão etc.

O próprio Peter Härbele assume que a teoria da interpretação constitucional se confronta com duas questões essenciais: 1) tarefas e objetivos da interpretação constitucional e 2) indagação sobre o método (processo da interpretação constitucional e as regras de interpretação). A estas, deve se somar uma terceira, suficientemente séria para que a doutrina a veja de forma destacada no tema, de modo a considerar sua contribuição sob um ponto de vista de uma concepção teórica, científica e democrática.⁶⁹

⁶⁶ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 262-263.

⁶⁷ MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 263-266.

⁶⁸ HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre/RS: Sergio Antonio Fabris, 1997.

⁶⁹ HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre/RS: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 11.

Em síntese, faz um alerta: “Quem vive a norma acaba por interpretá-la ou cointerpretá-la”.⁷⁰ De modo claro, não há monopólio da interpretação pelos intérpretes jurídicos oficiais, pois não só eles vivem a norma. Para Peter Härbale: “O processo de interpretação sugerido implica em “mediação específica entre Estado e sociedade”. Não só o processo de formação da interpretação, mas também o desenvolvimento posterior dele se torna pluralista.”⁷¹ (sublinhas nossas)

Nesse contexto, a investigação sobre os que participam do processo de interpretação é consequência do conceito republicano – e por que não dizer do processo democrático? Também sobreleva a ciência da experiência, devendo explicitar os grupos concretos de pessoas e de fatores que formam o espaço público, o tipo de realidade, a forma como ela atua no tempo, a possibilidade e a necessidades existentes.

Peter Härbale questiona o antigo paradigma de que a interpretação constitucional só poderia ser oficial, ao afirmar que ela, na verdade, não é um fenômeno típica ou exclusivamente estatal. Dessa forma, o autor reafirma que o processo dinâmico constitucional tem acesso potencial a todas as forças da comunidade política.⁷²

Nesse sentido, a relação entre as funções estatais e o poder de decisão vinculante é questionada, de modo que o processo de interpretação constitucional passa, necessariamente, por uma reformulação ou pré-formulação do interesse público. Nesse cenário, os participantes são o recorrido, o recorrente – advogados e partes que levam suas razões ao Estado –; os que têm legitimidade como participantes – integração à lide: os *amicus curie*; os pareceristas, os *experts*, os peritos e os representantes –; as associações, os partidos políticos, os grupos de pressão. Também a opinião pública democrática e pluralista, a mídia, o jornalismo, os leitores, as associações, os partidos políticos.⁷³

A participação social, expressão da democracia, é fundamental para a expressão da mutação constitucional, pois se quem vive a norma é quem a interpreta, não existe mais a ideia de exclusividade sobre uma interpretação dos órgãos oficiais, nos quais se incluem o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Mas juntamente com os intérpretes oficiais está a “sociedade aberta, plural e democrática” descrita por Peter Härbale, que contribui de modo dinâmico para legitimar os sentidos normativos constitucionais.

⁷⁰ HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre/RS: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 13.

⁷¹ HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre/RS: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 18.

⁷² HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre/RS: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 23.

⁷³ HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre/RS: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 9-10.

Ainda que não tenham competência interpretativa formal, mas sejam membros dessa “sociedade aberta”, os atores sociais poderão atuar de forma participativa na interpretação constitucional. São eles os protagonistas da história constitucional.

Embora o país ainda não esteja amadurecido nas práticas democráticas como os países mais desenvolvidos, a Constituição Brasileira de 1988 reiniciou uma era de grandes esperanças para evolução social nesse sentido.

A exemplo do que vem ocorrendo no órgão de cúpula do Poder Judiciário, com a utilização mais frequente de audiências públicas e *amicus curie*, cada vez mais a sociedade é influenciada a participar das decisões políticas necessárias à manutenção da ordem jurídica legitimada.

Já no âmbito de participação popular junto ao Poder Executivo, admite-se que o Conselho Tutelar, previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, seja um ente de representação popular participativa, interpretativa dos anseios constitucionais previstos pelo Poder Constituinte Originário, que destacou a família, a infância e a juventude, bem como as políticas sociais a elas inerentes. Além desses, há os Conselhos Comunitários de Segurança (Conseg). É possível também, e vem até sendo muito comum, a participação popular nas audiências públicas que ocorrem nos serviços públicos regulados pelas Agências Reguladoras.

Também como fruto dessa participação – principalmente no Poder Legislativo – são admitidas interpretações constitucionais populares, nas discussões travadas pela CLP – Comissão de Legislação Participativa, que cumpre papel relevante no redimensionamento democrático e na interpretação da Constituição de 1988. Atualmente, a Comissão de Legislação Participativa, que é Comissão Permanente no Poder Legislativo, além de efetuar várias propostas, promove seminários nacionais, orienta entidades a encaminhar propostas legislativas e, principalmente, resgata o papel histórico dos movimentos sociais na consolidação democrática.⁷⁴

⁷⁴ CÂMARA DOS DEPUTADOS. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/internet/comissoes/permanentes/clp>>. Acesso em: 20 de nov. de 2008. “Comissão de Legislação Participativa (CLP) reuniu várias organizações da sociedade civil para ouvir das mesmas sugestões para debates, audiências públicas e seminários no âmbito da Câmara dos Deputados, além de ter orientado as entidades a como encaminhar propostas de projetos legislativos. Entre esses temas, foi proposto o aprofundamento acerca dos 20 anos da Constituição numa linha de resgate do papel histórico dos movimentos sociais e o resgate da participação popular na construção da Constituição Cidadã de 88. O seminário nacional “Constituição 20 anos: Estado, democracia e participação popular”, que aconteceu no auditório Nereu Ramos da Câmara dos Deputados, conta com a participação de um conjunto de organizações e movimentos sociais que foram protagonistas na elaboração de uma nova Constituição para o Brasil. São objetivos deste Seminário: 1) Buscar o resgate da memória histórica do momento político da elaboração da Constituição Brasileira, identificando as análises dos modelos de Estado e a fundamental participação social no processo constituinte; 2) Identificar o surgimento dos novos sujeitos e reivindicações no decorrer desses 20 anos, com vistas a uma intervenção atual e qualificada que dê sustentabilidade e aprofunde a Constituição Cidadã; 3) Levantar as disposições atuais dos movimentos sociais perante as estruturas de Poder e vice-versa, oportunizando um processo crítico e de perspectivas perante a Constituição Cidadã; 4) Articular e organizar uma coletânea de textos de pessoas que militaram no processo constituinte, visando à elaboração de uma publicação posterior ao seminário que resgate a memória e abra perspectivas; 5) Realizar em articulação com as Comissões de Legislação Participativa, onde houver, ou de Direitos Humanos das Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais e com as entidades e movimentos sediados nos estados e municípios 5 encontros regionais, a partir das definições e debates originados no Seminário Nacional, a fim de fortalecer uma articulação de CLP’s estaduais e municipais ou mesmo estimular a constituição das mesmas nos Poderes legislativos locais.”

Salienta-se que deva ser considerada a atuação da “sociedade aberta” tanto na proposta legislativa como na execução das propostas, na participação de comissões, no acompanhamento das pautas de votação, também, e não de forma menos importante, no controle posterior dos atos legislativos.

Todas essas atividades são consideradas interpretativas da Constituição em sentido amplo, já que a Constituição Federal de 1988 não só prevê a soberania popular como fundamento da República, mas impõe à Administração a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência. Cabe ao povo, seja como cidadão pelo instrumento da ação popular, seja como associação organizada pelo instrumento da ação civil pública, acompanhar, cobrar, representar ao TCU e aos órgãos de controle do Legislativo sobre a atividade legiferante sua legitimidade.

Os grupos de pressão, a despeito de algumas vozes doutrinárias contrárias⁷⁵ e a imagem negativa que perpassam,⁷⁶ principalmente em países de histórico democrático recente, como o Brasil, também exercem papel relevante, pois levam parte dos interesses sociais ao Congresso.

Com base nesse contexto, é que a questão da legitimidade ou não do Ministério Público para realizar investigações criminais preliminares deve ser analisada. E somente com a participação da “sociedade aberta” é que se pode dar validade democrática às decisões políticas que poderão interferir e talvez modificar a forma de se pensar o processo penal brasileiro.

2.3 IDENTIFICAÇÃO E ANÁLISE DOS DISCURSOS DA “SOCIEDADE ABERTA” SOBRE A TEMÁTICA

Considera-se que todo intérprete – membro da “sociedade aberta” – possui uma pré-compreensão do sentido da norma. Isso significa que ele é um sujeito social vinculado a um conjunto de experiências, vivências, emoções e preconceitos que não podem estar dissociados da apreensão do conteúdo normativo.

Com base nisso, cada argumento – seja ele doutrinário ou não – não está livre de carregar o peso das convicções ideológicas de quem o propõe, embora se entenda que o

⁷⁵ GALLO, Ronaldo Guimarães. *Mutação constitucional*. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3841>>. Acesso em: 26 out. 2008. O autor classifica como impuras as mutações constitucionais advindas de grupos de pressão, ou seja, não advém necessariamente da sociedade.

⁷⁶ O *lobby* nem sempre é negativo, como aparenta, já que quase todas as histórias que chegam aos ouvidos do nosso povo trazem a impressão de conchavos e improbidades, pois até então o instrumento tem sido realmente muito mal utilizado, muitas vezes servindo à corrupção de forma aberta. De modo diferenciado, em países de democracia mais avançada, é um importante instrumento de construção da participação social na Administração Pública. Atualmente se discute na CCJ – Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados projeto de lei que tem como objeto a regulamentação do *lobby*. Entendemos que esse posicionamento irá tirar o instrumento da clandestinidade e fará melhor controle sobre os lobbistas (quase sempre identificados como necessários à corrupção). “Entre outras medidas, o Projeto de Lei 1.202/07 do deputado Carlos Zarattini (PT/SP) propõe o credenciamento dos lobistas (pessoa física ou jurídica) junto ao setor onde pretende atuar, estabelece regras, como a proibição de presentes ou a oferta de qualquer outro tipo de vantagens e prevê mecanismos de prestação de contas no TCU e cassação do registro caso as regras sejam burladas.” Notícia disponível em: <<http://universolegislativo.blogspot.com/2008/11/poder-oculto-e-decisivo-lobby-pode-sair.html>>. Acesso em: 9 dez 2008.

mínimo de neutralidade seja exigível, para que se afastem de plano exageros que remetem a um debate exclusivamente emocional ou corporativo. A seguir serão analisados, em síntese, os principais argumentos contra e a favor da realização da atividade de investigação criminal preliminar pelo Ministério Público.

2.3.1 INTERPRETAÇÃO COM FUNDAMENTO NO PAPEL INSTITUCIONAL DO MP DESTINADO POR SUA FINALIDADE CONSTITUCIONAL

O artigo 129, em seus incisos III, VIII e IX da Constituição Federal estatui:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

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;

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

X - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada à representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.”⁷⁷ (sublinhas nossas)

Sob os auspícios da norma reproduzida, principalmente a respeito do inciso X, surgiram algumas interpretações que merecem destaque. Considere-se, inicialmente, o que dizem Lênio Luiz Streck e Luciano Feldens:

Nossa divergência traz como fundamento conclusão que se retira do cotejo do artigo 129, IX, da Constituição, com os artigos 8º, V, da Lei Complementar 75/1993 e art. 26 da Lei Federal 8.625/1993, a permitirem ao Ministério Público a realização de diligências investigatórias voltadas a subsidiar futura promoção de ação penal pública, sendo essa primeira de suas funções institucionais.⁷⁸

Tais autores discutem a questão de modo a considerar o novo paradigma jurídico-constitucional que exsurge com o Estado Democrático de Direito e a Constituição de 1988. Eles entendem que “torna-se absolutamente relevante que (re)discutamos o perfil a ser assumido pelas instituições encarregadas da defesa da ordem jurídica”⁷⁹ e consideram

⁷⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 3 mar. 2009.

⁷⁸ FELDENS, Luciano; STRECK, Lênio Luiz. *Crime e Constituição: a legitimidade de função investigatória do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 4.

⁷⁹ FELDENS, Luciano; STRECK, Lênio Luiz. *Crime e Constituição: a legitimidade de função investigatória do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 4.

que a investigação é compatível com a finalidade constitucional da Instituição, de forma que essa atividade complementarà a propositura da ação penal pública.

A Constituição Federal de 1988 propõe um novo Estado, estabelecido no meio-termo entre um Estado Social e um Estado Liberal, garantindo um perfil intervencionista. Essa nova visão sobre o Estado permite inferir que é função dele, de forma ampla, na conjugação de todos os poderes, mas também do Ministério Público como instituição de função constitucional bem delineada, influenciar a implementação de políticas públicas e legitimação em atividades em que se torne realmente o guardião do regime democrático e protetor dos direitos e garantias fundamentais, principalmente as ligadas aos interesses metaindividuais.

Para os autores, na atual conjuntura, presencia-se a crise do Direito Penal, e essa crise é enfrentada de forma ainda atrelada à feição liberal-individualista, de forma que não se está exatamente preparado para o enfrentamento dos problemas de índole transindividual apresentados, como o exemplo dos crimes organizados que se imiscuem nos “crimes de colarinho branco”.⁸⁰

Na interpretação constitucional feita pelos autores, ambos membros do Ministério Público, todas as normas da Constituição têm eficácia, mesmo que sejam normas programáticas. De forma que a Carta traz disposições que instrumentam o papel do órgão no que diz respeito à política criminal.⁸¹

Já para Tiago Cintra Essado, trata-se de um poder-dever material e formal expresso nas entrelinhas dos artigos 127 e 129 da Constituição Federal. No que se refere ao poder-dever formal, deve-se dizer que ele abrange simplesmente as atividades como pedir informações, requisitar dados etc. Ou seja, somente para completar a função investigatória da polícia, hoje titular das investigações criminais preliminares.⁸²

Para o mesmo autor, quanto ao poder-dever material, entende-se que ele é bem mais abrangente e cuida da defesa intransigente da ordem jurídica e regime democrático. Assim, incluiria não só a mera participação na investigação que culmina no inquérito, mas também incluiria ter um papel relevante na investigação – ou seja, implica defesa da ordem jurídica, liderança das investigações em casos complexos. Embora isso não signifique necessariamente que possa estar de fato presidindo formalmente o inquérito, mas se reúnem forças para articular as investigações e assim trabalhar em conjunto com polícia, Receita Federal, CPI etc. a fim de culminar de modo mais fácil na punição de crimes mais difíceis de investigar.⁸³

⁸⁰ FELDENS, Luciano; STRECK, Lênio Luiz. *Crime e Constituição: a legitimidade de função investigatória do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 19.

⁸¹ FELDENS, Luciano; STRECK, Lênio Luiz. *Crime e Constituição: a legitimidade de função investigatória do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 33-37.

⁸² ESSADO, Tiago Cintra. *O poder-dever material de investigação do Ministério Público*. Livro de Teses do III Congresso do Ministério Público do Estado de São Paulo. São Paulo: MPSP, 2009. Disponível em: <<http://www.mp.sp.gov.br/congresso/Ata%20FINAL%20DA%20SESSÃO%PLENÁRIA.htm>>. Acesso em: 15 mar. 2009.

⁸³ ESSADO, Tiago Cintra. *O poder-dever material de investigação do Ministério Público*. Livro de Teses do III Congresso do Ministério Público do Estado de São Paulo. São Paulo: MPSP, 2009. Disponível em: <<http://www.mp.sp.gov.br/congresso/Ata%20FINAL%20DA%20SESSÃO%PLENÁRIA.htm>>. Acesso em: 15 mar. 2009.

Haroldo Caetano da Silva, também em proposição de Tese ao 13º Congresso Nacional do Ministério Público, justifica a atuação do órgão calcado na finalidade da Instituição delineada na Constituição Federal, sempre que o órgão entender necessário ou conveniente:

No Brasil, vigente o regime democrático de direito, e onde se confere, por força constitucional, a titularidade da ação penal a uma instituição (Ministério Público) com garantias, prerrogativas e instrumentos que dão suporte ao exercício do *jus accusationes*, deve a mesma instituição comandar, diretamente, a ação policial investigativa.⁸⁴ (sublinhas nossas)

De modo semelhante e com esboço ainda no artigo 129 da Carta Constitucional, o promotor Arthur Pinto de Lemos Júnior, no mesmo evento mencionado acima, defende a tese da imprescindibilidade do procedimento investigatório pelo Ministério Público:

Com efeito, além de exercer o controle externo da polícia judiciária e fiscalizar amplamente a investigação criminal realizada pela Polícia Judiciária, tem o Ministério Público o importante dever constitucional e institucional de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia.⁸⁵

Destacam-se alguns precedentes recentes do Superior Tribunal de Justiça⁸⁶ que indicam que o posicionamento da Corte vai se firmar na defesa dos atos investigatórios pelo Ministério Público. Argumenta-se sob o fundamento de que é consectário lógico da própria função do órgão ministerial, como titular exclusivo da ação penal pública, realizá-lo, já que há também justificativas presentes no ordenamento jurídico.

Significa que aquele tribunal está fazendo uma interpretação sistemática, com análise no caráter institucional e funcional do Ministério Público, considerando sua elevação a quase um Quarto Poder. Significa também que se reconhece a missão da Instituição como guardião do regime democrático e protetora maior dos direitos e garantias fundamentais. Significa, ainda, que se considera a eficácia das normas constitucionais de modo aberto. Ora, se o constituinte não a banuiu, é porque a aceitou.

Da leitura sistemática dos artigos 127 e 129 da Constituição Federal, afere-se que o Ministério Público pode requisitar informações e documentos destinados a instruir processos de sua competência. E, para alguns autores, essas informações ou documentos estariam restritos à presidência do inquérito civil.

⁸⁴ SILVA, Haroldo Caetano da. *A subordinação da atividade investigativa da polícia ao Ministério Público: uma nova polícia*. Livro de Teses do 13º Congresso Nacional do Ministério Público. Vol. 1. Tomo 1. Curitiba, 1999, p. 16.

⁸⁵ LEMOS Jr., Arthur Pinto de. *A imprescindibilidade do procedimento investigatório do Ministério Público*. Livro de Teses do 13º Congresso Nacional do Ministério Público. Vol. 1. Tomo 1. Curitiba, 1999, p. 36.

⁸⁶ A fim de conferir o teor dos julgados: Recurso Especial 819.788/MT; Habeas Corpus 107.939/BA, Habeas Corpus 37.316/SP.

Ainda em 1995, quando o assunto veio à baila no Supremo Tribunal Federal, por meio do Mandado de Segurança 21.729, publicado no DJ de 19.10.2001, foram reconhecidos poderes amplos de investigação ao Ministério Público. Especialmente no que diz respeito à quebra de sigilo bancário para instruir procedimento administrativo instaurado em defesa do patrimônio público.

Em algumas outras ocasiões, dentre as quais se destaca o julgamento do Recurso em *Habeas Corpus* 81.326/DF, publicado no DJ de 1º.5.2003, do qual era Relator o Ministro Nelson Jobim, o Supremo Tribunal Federal entendeu por bem considerar que a competência/atribuição do Ministério Público, no campo investigativo, limitava-se a presidir atuações em procedimentos civis e administrativos em geral, mas não contemplava a possibilidade de realizar e presidir inquérito policial.

Posteriormente, em argumento levantado pelo Ministro Joaquim Barbosa, em voto proferido no Inquérito 11.968-2/DF, o entendimento de que a atribuição se destinava somente a investigações civis ou administrativas caiu por terra, já que para ele:

O que autoriza o Ministério Público a investigar não é a natureza do ato punitivo que pode resultar da investigação (sanção administrativa, cível ou penal), mas sim o fato de ser apurado, incidente sobre bens jurídicos cuja proteção a Constituição explicitamente confiou ao *Parquet* [...] Note-se que não existe uma diferença ontológica entre o ilícito administrativo, o civil e o penal. Essa diferença quem a faz é o legislador, ao atribuir diferentes sanções para cada ato jurídico (sendo a penal, subsidiária e mais gravosa).

Com efeito, o argumento maior do qual derivam os que já foram elencados é que as atividades do Ministério Público se “enquadram perfeitamente no rol das missões constitucionais normalmente confiadas ao ramo do poder que representa a função executiva do Estado”.⁸⁷

A grandiosidade do argumento implica, em consequência, a existência de poucas críticas específicas que rebatem o entendimento, a não ser pela sua simples negação, ao considerar que a Constituição não proveu a instituição de tais poderes e que, uma vez reconhecidos, eles poderiam se tornar absolutos e corruptos, além de fomentar uma espécie de exibicionismo.⁸⁸

Nesse contexto, entende-se que esse argumento pode se tornar falacioso, pois o poder não seria absoluto, já que não se pretende que o Ministério Público assuma de modo exclusivo – diferentemente da forma como se arroga a Polícia – o trato de questões investigativas.

Nenhuma das opiniões levantadas coloca o Ministério Público como único e exclusivo detentor dos poderes investigatórios, de modo a criar uma espécie de escritório

⁸⁷ Voto vista do Ministro Joaquim Barbosa nos autos do Inq 1.968-2/DF, de competência do STF.

⁸⁸ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Ministério Público e sua investigação criminal*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008, p. 149.

investigativo, um FBI. Na verdade, as discussões consideram a possibilidade de se complementarem investigações que não sejam suficientes para oferecimento da denúncia. Segundo o Promotor de Justiça do Ministério Público de São Paulo Carlos Gobbis Pagliuca, no 13º Congresso Nacional do Ministério Público:

Não vejo, por outro prisma, qualquer afronta ao livre exercício da investigação, função policial por excelência, pois, como se depreende do texto, a investigação seria exclusivamente efetuada pelo efetivo policial, como de fato deverá ser, sem contudo deixar de ser apreciada no que tange ao interesse da ação pelo Promotor de Justiça. Assim, as funções estariam limitadas, cada qual nos seus horizontes, não entrelaçando-se nas searas próprias, mas unidas ante da solução da infração.⁸⁹

Quanto à questão da corrupção, embora esse seja um risco a se correr – já que são necessários vários anos de preparação e conhecimento para entrar na carreira, não se está livre de permitir que um ou outro membro menos ético ingresse na instituição – e ao se considerar que este é um mal que assola a sociedade ao longo de anos, a Constituição muniu o Estado de formas de combate a ela. Além disso, criou, por meio da Emenda Constitucional nº 45/04, um órgão como o Conselho Nacional do Ministério Público, o qual exerce controle sobre a instituição.

Quanto à questão do exibicionismo, afirma o promotor Mauro Fonseca Andrade:⁹⁰

Por isso, o caminho que nos parece mais adequado ao deslinde do problema deve ser encontrado na via legislativa, onde a atenção estaria mais voltada à punição de condutas inconvenientes, ao invés de acabar com a possibilidade de investigação ministerial. Manifestações ou informações prestadas pelo órgão ministerial sobre processos, investigações ou inquéritos policiais em curso passariam, desde que realizadas com o nítido propósito de autopromoção ou para denegrir a imagem do investigado, a ser reprimidas em prol do princípio da presunção de inocência, uma vez que se caracterizariam crime de abuso de autoridade e ato de improbidade administrativa.⁹¹

2.3.2 INTERPRETAÇÃO COM FUNDAMENTO NA TITULARIDADE DA AÇÃO PENAL – TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS

Assim, no traçado constitucional destinado ao Ministério Público, já invocado no argumento anteriormente exposto, nasce um outro, no qual a titularidade da ação penal dá legitimidade para complementação do inquérito policial.

⁸⁹ PAGLIUCA, José Carlos Gobbis. *A investigação e a confeitaria*. Livro de Teses do 13º Congresso Nacional do Ministério Público. Vol. 1. Tomo 1. Curitiba, 1999, p. 25.

⁹⁰ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Ministério Público e sua investigação criminal*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008, p. 150.

⁹¹ ANDRADE, Mauro Fonseca. *Ministério Público e sua investigação criminal*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008, p. 150.

Manifestam-se favoravelmente a essa tese as turmas do Superior Tribunal de Justiça, de acordo com diversos julgados,⁹² dos quais foi pinçada a ideia de que a investigação criminal preliminar é necessária ao exercício das atribuições da instituição.

Ademais, pelo fato de o Ministério Público ser o titular da ação penal pública, seria também ele próprio o destinatário dessas investigações. Aury Lopes Júnior entende que esse fator pesa não só como argumento favorável, mas também como aspecto positivo que iria, de modo geral, ao encontro da melhoria do processo penal. O que representaria uma vantagem do sistema, uma vez que o promotor é parte formal e ao mesmo tempo imparcial ao processo, além de ser uma excelente alternativa à crise do superado modelo do juiz instrutor.⁹³

A vantagem mais expressiva, nesse caso, é a de que, por ser uma atividade preparatória ao exercício da ação penal, deve estar a cargo do titular da ação penal, e, desse modo, evitaria inclusive que atos de investigação sejam desconsiderados na valoração da sentença como atos de prova. Como o Ministério Público sabe exatamente os elementos que devem constar na denúncia, a investigação pelo órgão apontaria para um direcionamento das investigações. Em síntese, segundo Aury Lopes Júnior, “melhor acusa quem por si mesmo investiga e melhor investiga quem vai em juízo acusar”.⁹⁴

Na prática, o argumento é de bastante valia e se coaduna com o princípio da celeridade processual e, ainda, com o princípio da razoável duração do processo. Constitui-se de uma boa possibilidade de aperfeiçoamento das técnicas investigativas a serem realizadas por quem, além do conhecimento jurídico, conhece na prática processual os males advindos de uma investigação incompleta ou mal elaborada.

A esse respeito, vem sendo amplamente divulgado na mídia o insucesso de investigações mal feitas e muitas vezes revestidas de ilegalidades.⁹⁵ Em verdade, nas palavras de José Carlos Gobbis Pagliuca:

Por isso, nada adianta a investigação policial solitária e muitas vezes, desfocada, quer por má-fé, quer por despreparo, desconhecimento fático ou, a situação mais comum, a quantidade de procedimentos em fase investigatória, sendo inviável a devida atenção e pertinência que cada caso individualmente precisa [...] Não seria, nada mais, que aperfeiçoamento do que já existe, ou seja, requisições de inquéritos policiais, onde, por ausência completa de estrutura e mecanismo de ação, limitam-se a fomentar a instauração do inquérito que, embora

⁹² Destacam-se neste sentido: *Habeas Corpus* 94.810/MG, *Habeas Corpus* 50.095/MG, *Habeas Corpus* 38.230/SP; Recurso em *Habeas Corpus* 15.507/PR; Recurso em *Habeas Corpus* 17.066/PA; *Habeas Corpus* 32.339/PR; *Habeas Corpus* 25.236/GO, entre outros.

⁹³ LOPES JÚNIOR. Aury Celso Lima. *Sistemas de investigação preliminar no Processo Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 91-96.

⁹⁴ LOPES JÚNIOR. Aury Celso Lima. *Sistemas de investigação preliminar no Processo Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 96..

⁹⁵ Destaca-se, entre tantas, a que ficou conhecida como “Operação Satiagraha”, viciada por métodos clandestinos de investigação.

apontem para o fim desejado, deixam escapar o enredo mais importante, ou seja, a diretriz que judicialmente se exigirá para o sucesso da eventual ação penal.⁹⁶ (sublinhas nossas)

O argumento conta com variações sobre o mesmo tema que o tornam mais forte. Por exemplo, a Súmula 234 do STJ, que afirma: “A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição”, e o trecho do artigo 27 do Código de Processo Penal, que permite que a *nottitia criminis* seja dada por membro do Ministério Público. Ora, se ele pode oferecer a notícia, por que não poderia investigar?

Outra vertente é que se o inquérito sequer é obrigatório e o Ministério Público, como *dominus litis*, pode abrir mão de haver inquérito, por que não poderia investigar os fatos que levarão a eventual ajuizamento de ação penal pública?

Para alguns, seria também o caso de se conceber a teoria dos poderes implícitos, desenvolvida em meio ao constitucionalismo norte-americano. Essa teoria fundamenta-se na ideia de que, para cada poder outorgado pela Constituição, corresponderia um rol de outros poderes ou atribuições que darão sustentação ao principal, com todos os meios necessários ao fim colimado.

Essa tese não vingou por dois motivos: primeiro porque a teoria dos poderes implícitos, embora muito louvável na teoria, poderia ser instrumento de arbítrio na prática,⁹⁷ de forma que recebeu rechaço de alguns doutrinadores. Segundo porque se considera, em respeito ao tema tratado – legitimidade do Ministério Público para investigação criminal direta – que os poderes já foram explicitamente elencados na Constituição Federal à polícia.⁹⁸

2.3.3 INTERPRETAÇÃO COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 144 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – EXCLUSIVIDADE DA POLÍCIA JUDICIÁRIA

O artigo 144 da Constituição Federal é a interpretação que permite o elenco de argumentos contrários à investigação direta pelo Ministério Público, já que é o dispositivo que determina a competência de apurar crimes e infrações penais:

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:

⁹⁶ PAGLIUCA, José Carlos Gobbi. *A investigação e a confeitaria*. Livro de Teses do 13º Congresso Nacional do Ministério Público. Vol. 1. Tomo 1. Curitiba, 1999, p. 24-25.

⁹⁷ Segundo SANTOS, Célio Jacinto dos. *Investigação é da polícia judiciária e, excepcionalmente, do MP*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2004-mai-25/mp_executar_investigacao_casos_excepcionais>. Acesso em: 5 maio 2009: “A teoria dos poderes implícitos também é adotada pelos norte-americanos para fundamentar a cláusula de poderes plenos, ou cláusula dos poderes de guerra ou, ainda, a cláusula da ditadura, dentro do direito de exceção”. Para aprofundamento do tema ver J.J. Gomes Canotilho.

⁹⁸ ALVARENGA, Dílio Procópio Drummond de. *A investigação criminal e a teoria dos poderes implícitos*. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/2299>> Acesso em: 10 maio 2009.

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:” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

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.⁹⁹

A posição de quem defende a exclusividade da investigação penal pela Polícia repassa a ideia de que a função de apurar as infrações penais foi expressamente atribuída pelo texto constitucional no artigo 144 e que, por isso, verificou-se a imediata exclusão da investigação pelo órgão ministerial:

Examinando-se a Constituição Federal, verifica-se que a exclusão da investigação criminal das funções ministeriais foi deliberada e proposital: por meio dela, mantém-se o imprescindível equilíbrio com as demais instituições envolvidas na apuração das infrações penais: a polícia judiciária, o Poder Judiciário e a advocacia.¹⁰⁰

Ignora, entretanto, que o dispositivo não trata de uma regra de especialização da atividade policial nem impõe exclusividade para a atribuição. Ademais, funda-se em uma interpretação gramatical, a qual geralmente é considerada mais superficial.¹⁰¹

E, embora possa ensejar um conflito interpretativo momentâneo, como é o desejo de alguns, tal conflito se soluciona pelo exercício das especializações, atendendo ao interesse público incidente em cada área de atuação simplesmente em razão da incompatibilidade de interpretar o texto como uma norma instituidora desse tipo de exclusividade.¹⁰²

Em uma análise minuciosa do referido dispositivo, verifica-se que sua construção é voltada a sedimentar as estruturas policiais existentes no Brasil, uma verdadeira conjugação de entidades de

⁹⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 3 mar. 2009.

¹⁰⁰ TUCCI, Rogério Lauria. *Ministério Público e Investigação Criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 39.

¹⁰¹ JESUS, Damásio E de. *Poderes investigatórios do Ministério Público*. Disponível em <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10865>> Acesso em: 11 maio 2009.

¹⁰² SEGURA, Eder. *Investigação criminal constitucional: ausência de exclusividade*. Disponível em: <<http://www.direito.usp.br/faculdade/relatorio/relat03/dpc.php>> Acesso em: 11 maio 2009.

segurança pública, o que é metodologicamente importante, não havendo por que ser contrário a sedimentar e instituir tais corporações da mesma forma em que acontece com o Ministério Público, Defensoria Pública e Judiciário, um avanço em solidez institucional. O objetivo foi sem dúvida delimitar funções, o que não merece críticas, mas não foi e nem poderia ser o de limitar atividades que decorrem de si próprias e separar o cerne constitutivo do conceito de polícia.¹⁰³ (sublinhas nossas)

A questão da exclusividade não deve ser encarada de forma isolada, mas, sim, integrada a todo o texto constitucional, sob pena de fatalmente se ver reconhecida a inconstitucionalidade de normas constitucionais.¹⁰⁴

Conforme Informativo de Jurisprudência STF nº 71, que tratou da Ação Direta de Inconstitucionalidade 11.517/DF, caso não se refira a expressão “exclusividade ou monopólio”, o legislador não intencionou a titularidade do exercício de competência a um determinado órgão. Sobre essa temática da inexistência de monopólio, Vani Bueno, Hilton Caneparo e Rosângela Gaspari afirmam:

O nosso ordenamento jurídico não estabelece o monopólio do inquérito policial como sustentáculo da ação penal. O artigo 144 da Constituição Federal estabelece que cabe à Polícia Federal exercer as funções de polícia judiciária da União, bem como às polícias civis cabe funções de polícia judiciária, ressalvada a competência da União. Todavia, em momento algum, a Constituição Federal estabeleceu o monopólio para as polícias acerca das investigações criminais. A título de argumentação, saliente-se que, em relação à ação penal pública, a Constituição faz uso da expressão “privativamente”, conferindo assim ao Ministério Público seu exercício. Entretanto, ao estabelecer que cabem às polícias as apurações das infrações penais, não foi empregada tal expressão equivalente. Dessa forma, seguindo regra basilar de hermenêutica jurídica, não cabe ao intérprete criar restrições ou monopólios funcionais onde o texto constitucional não os tenha estabelecido, sob pena de violar a própria Lei Maior.¹⁰⁵

A despeito desse entendimento, já houve decisão anterior, porém em vias de ser superada definitivamente, admitindo-se que cabia exclusivamente à polícia a tarefa de proceder às investigações criminais. Trata-se do Recurso em *Habeas Corpus* 81.326, de relatoria do então Ministro Nelson Jobim.

¹⁰³ SEGURA, Eder. *Investigação criminal constitucional: ausência de exclusividade*. Disponível em: <<http://www.direito.usp.br/faculdade/relatorio/relat03/dpc.php>> Acesso em: 11 maio 2009.

¹⁰⁴ Tese de Otto Bachof que não foi acolhida pelo nosso ordenamento jurídico, com chancela, inclusive, do Supremo Tribunal Federal.

¹⁰⁵ BUENO, Vani A; CANEPARO, Hilton C.; GASPARI, Rosângela. *Legalidade da investigação criminal pelo Ministério Público*. Livro de Teses do 13º Congresso Nacional do Ministério Público. Vol. 1. Tomo 1. Curitiba, 1999, p. 19.

Ademais, como já fora dito, a premissa de que, por ser exclusiva da polícia a atividade investigativa, far-se-á obrigatória a remessa dos autos a ela, o que “desprestigia por completo o princípio da eficiência que rege a Administração Pública.” E também desconsideraria “que a segurança pública que é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, conforme artigo 144, *caput*, da Constituição, poderia ser exercida por todos os órgãos e agentes públicos concorrentemente.”¹⁰⁶

A fim de complementar o raciocínio, e para dirimir dúvidas sobre a responsabilidade de todos os cidadãos na segurança pública, confira-se exatamente o que diz o Código de Processo Penal, em seu artigo 4º, devidamente acolhido pelo ordenamento jurídico pós-Constituição de 1988¹⁰⁷:

Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.¹⁰⁸ (sublinhas nossas)

Por fim, ressalta-se que, diferentemente da polícia, não é objetivo do Ministério Público arrogar-se na presidência, na titularidade e na exclusividade das atividades investigativas. A ele cabe somente complementar tais investigações.

Há inclusive membros que propõem um trabalho conjunto da Polícia e do Ministério Público:

O modelo aparentemente perfeito e representativo será a atuação da polícia, mediante condução do inquérito sob a presidência da autoridade policial, mas com supervisão do promotor de justiça, não como agente de investigação, mas como fiscal do procedimento, não apenas no caráter formal, como já o é, mas, sim, no fundamento primário do inquérito, o deslinde da infração penal. Não se cogita, sequer, qualquer precedência entre os cargos, mas esquema de atuação conjunta, semelhante a planos e diretrizes, tendo-se por início aquela preliminar apreciação do fato pelo Ministério Público, a fim de evitar a derivação da investigação e, mesmo sem desvirtuar-se da legalidade, padecer pela própria ineficiência ou inexatidão conclusiva.¹⁰⁹

¹⁰⁶ CALABRICH, Bruno. *Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais*. São Paulo: RT, 2008, p. 107.

¹⁰⁷ BRASIL. *Decreto-Lei n. 3.689*, de 3 de outubro de 1941. Decreta o Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>> Acesso em: 13 maio 2009.

¹⁰⁸ BRASIL. *Decreto-Lei n. 3.689*, de 3 de outubro de 1941. Decreta o Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>> Acesso em: 13 maio 2009.

¹⁰⁹ PAGLIUCA, José Carlos Gobbis. *A investigação e a confeitaria*. Livro de Teses do 13º Congresso Nacional do Ministério Público. Vol. 1. Tomo 1. Curitiba, 1999, p. 24-25.

E por que não acrescentar ao grupo de trabalho ou à força-tarefa a atividade de outros órgãos? É verdade que, embora eles não tenham sua função delineada para investigar precipuamente, o podem fazer, se for considerada a mais pura acepção do princípio democrático e republicano.

2.3.4 INTERPRETAÇÃO COM FUNDAMENTO NO PRINCÍPIO REPUBLICANO E DEMOCRÁTICO

Como já fora dito, o marco constitucional trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro um fôlego renovado que se refere ao reinício de uma era democrática, reinaugurada após tormentosos períodos de autoritarismo político.

A concretização dos princípios não é de efetividade imediata, mas depende da evolução da sociedade. Essa evolução ocorre em um processo lento e histórico, ao se adotar uma nova cultura e ao se conceber um novo paradigma para adensar o conteúdo constitucional.

Nesse sentido, é realmente um impacto para essa sociedade considerar a possibilidade de investigação pelo Ministério Público, haja vista que ela tem e teve historicamente, como modelo de processo penal, um sistema distribuído com competências bem definidas, traduzido no brocardo: “a polícia investiga, o MP acusa e o juiz julga”.

Se nova é a concepção do Estado Democrático de Direito, mais nova ainda é a ideia de que as garantias e os instrumentos¹¹⁰ colocados à disposição para defender esse Estado possam ser utilizados. Novo é o panorama em que foi inserido o Ministério Público. E recentíssimo é o entendimento de que suas funções foram erigidas ao patamar de Poder, com garantias e prerrogativas que lhe dizem respeito.

Entretanto, embora seja justificável que o princípio democrático ainda esteja sendo construído de forma lenta, impossível não compreender que ele abarca a possibilidade de que todas as esferas possam se arrogar no direito de investigar. Não se concebe que uma sociedade com pretensão democrática possa considerar inviável não só que órgãos possam dar início a procedimentos investigatórios, mas também que populares, por meio de denúncias, controles, acompanhamento etc., o façam.

Bruno Calabrich entende que, ainda que a investigação realizada pela sociedade (populares, mídia e esferas não governamentais) não seja marcada pela imperatividade, característica das investigações realizadas pelo Estado, ela tenha seu valor como o tem os inquéritos extrapoliciais, e, ainda, o mesmo peso para defesa intransigente de nosso Estado Democrático de Direito:

¹¹⁰ Destaca-se a utilização cada vez mais frequente de ação popular e ação civil pública, as quais não deixam de apresentar-se somente como formas de controle da Administração, mas também como modo de efetivação do sentido democrático, de forma que o povo é legitimado a agir na cobrança daqueles que são seus representantes.

A investigação sobre o qual se pretende ater é aquela conduzida por órgãos públicos, dentro de suas esferas de atribuições, marcadas pela nota de imperatividade, no que se diferenciam de investigações conduzidas por particulares (pelo ofendido ou pela imprensa, por exemplo). Da imperatividade decorre a possibilidade, no caso de não atendimento a uma requisição (determinação) exarada pela autoridade investigante, da coerção (pela ameaça de sancionamento penal – por desobediência ou prevaricação, no mínimo – e extrapenal – multas administrativas, restrições cadastrais, sancionamento por ato de improbidade) e, eventualmente, a executoriedade (coação ou execução forçada, como a condução coercitiva de uma testemunha). Como visto, embora o atributo da imperatividade seja nítido na atividade investigatória promovida pela polícia, é certo que ele também se verifica nas investigações conduzidas por outros órgãos estranhos à estrutura policial.¹¹¹ (sublinhas nossas)

No Poder Executivo, por exemplo, são comuns investigações realizadas pela Receita Federal, para reprimir o contrabando e o descaminho. Também a representação fiscal para fins penais apresentada ao Ministério Público não passa de um dossiê investigativo que visa a instrumentalizar a denúncia. Embora a Receita Federal o denomine de “procedimento fiscal”, suas consequências, como já fora dito, poderão desaguar em sanções de cunho penal. Para tal desiderato, a Receita Federal dispõe, em cada região fiscal, de um Escritório de Pesquisa e Inteligência – Espei.¹¹²

De forma semelhante, o Banco Central possui estruturas investigatórias que têm como destinatário o Ministério Público, atuando da seguinte forma¹¹³:

Um Departamento de Combate a Ilícitos Cambiais e Financeiros (Decif), órgão diretamente vinculado à sua Diretoria de Fiscalização (Difis). Também naquela esfera são efetuadas diligências que, para além de instruir o procedimento administrativo, terão como destinatário o Ministério Público, para que proceda criminalmente contra os investidos. O Conselho de Coordenação de Atividades Financeiras (Coaf), de igual forma, realiza, certo que a seu modo, atividade investigatória, o que faz atuando como órgão do Governo, responsável pela coordenação de ações voltadas ao combate à lavagem de dinheiro.¹¹⁴

¹¹¹ CALABRICH, Bruno. *Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais*. São Paulo: RT, 2008, p. 102.

¹¹² FELDENS, Luciano; STRECK, Lênio Luiz. *Crime e Constituição: a legitimidade de função investigatória do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 88-89.

¹¹³ FELDENS, Luciano; STRECK, Lênio Luiz. *Crime e Constituição: a legitimidade de função investigatória do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 89.

¹¹⁴ FELDENS, Luciano; STRECK, Lênio Luiz. *Crime e Constituição: a legitimidade de função investigatória do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 89.

Além disso, não se podem olvidar as atribuições dadas à Controladoria Geral da União – CGU, que, por meio de investigações e auditorias, fiscaliza a utilização do dinheiro público, por avaliação da execução de programas do governo; auditorias especiais; ações de controle nos gastos com pessoal da Administração Pública Federal; auditorias anuais de prestação de contas; auditoria de tomadas de contas especial; auditoria sobre contratos de recursos externos, etc. Além disso, pode-se dizer que a atividade de prevenção à corrupção é precedida, muitas vezes, de instrumentos e técnicas de investigação bem elaborados.¹¹⁵

Como integrantes do Poder Executivo, devem ser consideradas, também, as Agências Reguladoras, que têm por atividade precípua a função gerencial e de controle sobre os entes regulados, as quais, para o desiderato de sua função, deverão se arrogar na atividade investigatória.

E como considerar a Abin senão um órgão específico de inteligência que cumpre papel relevante na investigação de situações que possam vir a ameaçar, de forma real ou potencial, os mais altos interesses da sociedade? É significativo dizer que:

a criação da Agência proporcionou ao Estado Brasileiro institucionalizar a atividade de Inteligência, mediante ações de coordenação do fluxo de informações necessárias às decisões do governo no que diz respeito ao aproveitamento de oportunidades, aos antagonismos e às ameaças, reais ou potenciais, para os mais altos interesses da sociedade e do país.¹¹⁶

Isso tudo sem contar com as auditorias e inspeções específicas de cada órgão e da relevante atuação do TCU nos procedimentos de fiscalização e auditorias, tomadas de contas e corregedorias.¹¹⁷

No tocante ao Poder Legislativo, destacam-se, até por serem muito comuns nos dias atuais, os inquéritos conduzidos pelas CPIs, com poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, conforme dicção expressa do artigo 58, § 3º, da Constituição Federal.¹¹⁸ Na verdade, não há limites materiais para as investigações das Comissões Parlamentares, que já investigaram temas variados, de natureza penal, civil e administrativa. Segundo impressão de Lênio Luiz Streck e Luciano Feldens:

Salienta-se, no particular, que jamais se considerou que a investigação de fatos delituosos figurasse como limitação material à instalação de

¹¹⁵ Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/AreaPrevencaoCorrupcao/OQuee>> e <<http://www.cgu.gov.br/AuditoriaFiscalizacao/OQueE/>>. Acesso em: 14 maio 2009.

¹¹⁶ Disponível em: <http://www.abin.gov.br/modules/mastop_publish/?tac=Atividade_de_Intelig%Eancia>. Acesso em: 15 maio 2009.

¹¹⁷ Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/TCU>>. Acesso em: 15 maio 2009.

¹¹⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 3 mar. 2009.

CPIs. De mais a mais, atente-se aos poderes dessas Comissões, as quais se utilizam, como instrumental normativo de apoio à condução do inquérito parlamentar, do Código de Processo Penal (art. 36, parágrafo único, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados).¹¹⁹ (sublinhas nossas)

No Poder Judiciário, a Lei Complementar n. 35/1979,¹²⁰ que trata da Lei Orgânica Nacional da Magistratura, prevê, em seu artigo 33, as prerrogativas do magistrado, das quais se destaca a de ser investigado senão por seus pares. Ademais, cada órgão do Poder Judiciário pode investigar crimes ocorridos em suas dependências, conforme disposições dos Regimentos Internos.

Experiências estrangeiras de países com democracia avançada que, com base no direito comparado, podem ser espelhadas mostram a efetividade das investigações. Estas podem, sim, na maioria dos casos, ser conduzidas pelo Ministério Público, com destaque para países como a França, a Espanha e os Estados Unidos da América. Também países latinos como o Chile, a Argentina e o México já permitem a condução dos trabalhos de investigação pelo Ministério Público, muitas vezes com subordinação funcional da Polícia ao *Parquet*.¹²¹

Com destaque na experiência estadunidense, o Ministro Joaquim Barbosa, nos autos do Inquérito 1.968/Supremo Tribunal Federal, manifesta-se sobre a possibilidade – e até necessidade – de um Estado Democrático contar com outros agentes de investigação que não somente o corpo policial. Ele revela que o Brasil está ainda mais avançado ao determinar, em sua Carta Constitucional, a existência de uma instituição independente, conforme lê-se a seguir:

Assim é desde Locke e Montesquieu, passando-se pela experiência do primeiro país a dotar-se de uma Constituição escrita, os Estados Unidos da América, cuja Carta de 1787 não deixa dúvidas sobre o tema quando, em seu artigo II, Seção 3, diz que ao presidente incumbe velar pela fiel execução das leis. Aliás, nos Estados Unidos, ninguém questiona ser a persecução criminal uma das mais importantes atribuições do Executivo, controlada em caráter primário pelo presidente e exercida no dia-a-dia pelo attorney general (procurador-geral ou ministro da justiça) sob cujas ordens e diretrizes funciona o FBI (Federal Bureau of Investigations), a polícia federal daquele país. Toda ação da polícia federal americana segue guidelines (instruções) determinadas pelo procurador-geral. Mas mesmo nos Estados Unidos, com todo rigor que é concebida

¹¹⁹ FELDENS, Luciano; STRECK, Lênio Luiz. *Crime e Constituição: a legitimidade de função investigatória do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 91.

¹²⁰ BRASIL. *Lei Complementar 35/79* (Lei Orgânica da Magistratura Federal) Disponível em <<http://www.presidencia.gov.br>> Acesso em: 15 maio 2009.

¹²¹ Para informações mais aprofundadas sobre os sistemas de investigação preliminar, consulte-se: LOPES JÚNIOR. Aury Celso Lima. *Sistemas de investigação preliminar no Processo Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

a noção de *rule of Law* e de fiel execução das leis, a aplicação da lei penal e a persecução criminal não ficaram imunes a dificuldades ao longo do tempo [...] Pois bem. O direito brasileiro radicalizou ainda mais o norte-americano. A Constituição de 1988 instituiu, não para casos específicos e pontuais, mas em caráter permanente, um órgão independente do Executivo e confiou-lhe a titularidade da ação penal, além de outras atribuições de alta relevância que em outros sistemas constitucionais ficam a cargo de órgão de persecução subordinado ao Executivo. De fato, nossa Constituição, inovando e destacando-se das demais Constituições democráticas, optou por retirar essa função da esfera de influência do chefe do Executivo e entregou-a a uma instituição nova, independente, *sui generis*, com claro intuito de deixar para trás as velhas práticas clientelistas e antidemocráticas que nos marcaram no passado. (sublinhas nossas)

Talvez esse seja um dos argumentos mais favoráveis e mais fortes para a condução de inquéritos pelo Ministério Público. Ora, se o regime democrático implica participação nas decisões políticas relevantes, e mais do que isso, no controle da execução de políticas públicas, na efetuação de gastos com dinheiro público, na defesa de garantias e direitos fundamentais, por que não admitir a participação de toda a sociedade e, de forma especial, “do guardião da lei”?

Esse posicionamento está muito mais ligado para uma revolução cultural e social no modo de pensar de todo o sistema penal, e, além disso, no enfoque da construção de um Estado Democrático de Direito, que impede ao poder ser ilimitado e absoluto, para ser pulverizado e diluído na sociedade, que deve ser aberta, plural e multifacetária e que poderá legitimar a atuação do Ministério Público nas investigações criminais preliminares.

3 NECESSIDADE DE PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO NO PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Está em pauta de discussões recentes a serem decididas pelo Supremo a questão do poder investigatório do Ministério Público, conforme Ações Diretas de Inconstitucionalidade 3.806 e 3.836. Essas ações têm como objeto a declaração de inconstitucionalidade de normas da Lei Complementar n.º 75/93 e Lei Federal 8.625/93. As duas ações têm como relator o Ministro Ricardo Lewandowski. Ambas são juntas o instrumento mais adequado à discussão que deve contemplar, ainda, as participações populares pelo *amicus curie*.

Afora o controle abstrato, acrescente-se o *leading case* sobre o tema o *Habeas Corpus* 84.548, que decidirá ainda outros *Habeas Corpus* vinculados. O julgamento do processo em questão foi suspenso em 11 de junho de 2007, por pedido de vista do Ministro

Cezar Peluso. Desde essa data, aguarda solução e figura como um dos processos mais importantes a serem julgados pela Corte Maior, hodiernamente.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.806 questiona os incisos I, II e III do artigo 7º e dos incisos I, II, IV, V, VII e IX do artigo 8º; artigos 38 e 150, I, II e III da Lei Complementar n. 75/93, bem como do artigo 26, I, alíneas *a*, *b* e *c*, e inciso II, da Lei n. 8.625/9, com base no parâmetro do artigo 144 da Constituição Federal. Questiona também a incompetência do Conselho Nacional do Ministério Público para regulamentar os dispositivos questionados que permitem a investigação direta por membro do Ministério Público, conforme Resolução n. 13, de 2 de outubro de 2006, com parâmetro no artigo 22, I, da Constituição.

A medida foi proposta pela Adepol, arrogando-se na qualidade de única e exclusiva detentora das medidas investigatórias criminais. A ação já havia sido proposta anteriormente sob o número Ação Direta de Inconstitucionalidade 23-3-SP, mas nem foi conhecida por ilegitimidade ativa, já que a Adepol foi considerada “associação de associações”¹²². Com novo estatuto, no qual a Adepol classifica-se como entidade de classe de âmbito nacional, foi ajuizada nova ação.

Ação semelhante, Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.836, também foi proposta pela Ordem dos Advogados, tendo como parâmetro a inconstitucionalidade formal da Resolução CNMP n. 13, de 2 de outubro de 2006. A relatoria fora designada ao Ministro Ricardo Lewandowski, quem a julgará conjuntamente com a precedente Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.806.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.806 conta com alguns pedidos de ingresso no feito como *amicus curie* de associações de ambas as corporações (Ministério Público e Polícia). Entretanto, não se viu, afora os dois polos evidentemente interessados na questão, manifestação semelhante de outros agentes da “sociedade aberta de intérpretes” que também serão atingidos pelos efeitos da decisão.

Com as contribuições de Peter Häberle para o avanço da jurisdição constitucional brasileira, o instrumento é de grande valia para legitimar as decisões da Corte Suprema sobre destinos que interferirão no modelo de condução atual do sistema processual penal brasileiro.

A bem da verdade, embora se atribua a última palavra à jurisdição constitucional, ou ao órgão de cúpula do Poder Judiciário, no caso do Brasil, ao Supremo Tribunal Federal, esta não é uma decorrência necessariamente lógica do sistema, isso porque, segundo John Rawls, a Constituição não é o que a Suprema Corte diz que ela é, e sim o que o povo, agindo constitucionalmente por meio de seus poderes, diz que ela é.¹²³

¹²² À época do julgado, não se concebia a legitimidade de associação de associações, o que ora é permitido pela Colenda Corte. Precedentes: Ações Diretas de Inconstitucionalidade 2.903, 3.105, 3.128, 3.143, 3.153, 3.172.

¹²³ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Brasília: Ática, 2000, p. 288.

Para tanto, é recomendável que haja um debate bem mais intenso – intra e extraprocessual – do que os que ocorrem atualmente. A polarização do debate não é salutar para os princípios democráticos e republicanos, como já foi ressaltado nos capítulos anteriores. Em entendimento parecido, Clemerson Cléve afirma:

É possível perceber que a questão sobre a legitimidade de apurações de infrações criminais pelo Ministério Público deve ser avaliada com adequada dose de cuidado, isso para que não se reduza à significação de uma disputa contaminada por eventuais interesses intraorgânicos em tudo distante do necessário compromisso com a realização dos postulados do Estado Democrático de Direito.¹²⁴ (sublinhas nossas)

Semelhantemente, Luiz Roberto Barroso reconhece que a discussão, que conta com argumentos localizados fora do foco central do debate, não poderá descambar para um campo em que sua efetividade seja comprometida:

Como é comum em situações nas quais há argumentos consistentes em prol dos dois lados, o debate tornou-se apaixonado. No mercado geral de ideias sobre a matéria, além da questão constitucional propriamente dita, podem ser encontrados perspectivas filosóficas e sentimentos diversos a propósito do papel do direito penal e da persecução criminal, visões antagônicas acerca das causas da violência, da impunidade e da corrupção na sociedade brasileira, além de interesses institucionais, corporativos e profissionais contrapostos.¹²⁵

Seria uma interessante experiência contar com participação da sociedade para adensar o debate e repensar formas de vivenciar o recente modelo de processo penal, além de repensar as finalidades, a forma e as características desse modelo, com base na densidade do conteúdo democrático que rege a Carta Constitucional.

Por meio do referencial teórico de Peter Häberle, entende-se que a participação social, seja pelo *amicus curie*, seja pelas audiências públicas, possa vir a fundamentar a legitimidade da interpretação da norma constitucional realizada pelos atores sociais, seja, ainda, pelo Poder Judiciário, pelo Poder Legislativo, pelo Poder Executivo, mas, principalmente, de forma mais efetiva pelos intérpretes “não oficiais”, quais sejam, todos os componentes da “sociedade aberta dos intérpretes da constituição”.

A participação popular, que por algum tempo se restringiu à utilização de mecanismos como ação popular, plebiscitos, referendos, voto periódico e universal, hodiernamente é mais ampla. É o embrião da “sociedade aberta” que desaponta.

¹²⁴ CLÉVE, Clemerson. *Poderes investigatórios do MP*. Disponível em <<http://www.fesmpdft.org.br/intranet/web/wescola/wescolaArquivos2.asp?disc=345>> Acesso em: 15 maio 2009.

¹²⁵ BARROSO, Luiz Roberto. *Investigação pelo MP*. Disponível em: <<http://www.fesmpdft.org.br/intranet/web/wescola/wescolaArquivos2.asp?disc=345>> Acesso em: 15 maio 2009.

Para explicitar mais claramente o conceito dessa sociedade, Peter Härbele entende que o conceito de povo não é somente um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e, nessa condição, confere legitimidade democrática ao processo de decisão, mas como um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como um partido político, como opinião científica, como grupo de interesses, como cidadãos. O cidadão é intérprete e, por isso, deve tomar todas as precauções no sentido de evitar restrição às liberdades públicas e às garantias de caráter positivo, como liberdade de opinião, constitucionalização da sociedade, estruturação do poder econômico público etc.¹²⁶

O autor faz um paralelo entre os conceitos de cidadão e de povo. O conceito de povo para Rousseau, segundo ele, é distinto do conceito que ele empresta ao texto, como associações de cidadãos. O conceito de cidadão é muito mais restrito, relaciona-se com a ideia de democracia com base nos direitos fundamentais e não com base em um poder soberano devidamente representado por um monarca ou parlamento.¹²⁷

Tanto é verdade que a “sociedade aberta”, incluindo os formadores de opinião, a imprensa, os partidos políticos, os sindicatos, as organizações não governamentais, as organizações da sociedade civil de interesse particular e as organizações sociais,¹²⁸ as associações civis e os próprios cidadãos de maneira individual, está cada dia mais ativa no redimensionamento democrático e na participação social, como protagonista da interpretação constitucional.

Enfim, se o próprio Supremo Tribunal Federal tem abraçado essa ideia, instruindo processos de forma a coletar informações extraprocessuais e tem ampliado a discussão de suas decisões, tornando-as mais políticas e legítimas, por que não fomentar a prática e conclamar que outros interessados também não se dignem a participar da construção da decisão?

Nesse aspecto, destaca-se o papel da mídia, da imprensa, das organizações não governamentais, dos conselhos comunitários, associações, organizações da sociedade civil de interesse particular que ainda não se manifestaram de forma clara e evidente, já que muitos dos impactos recairão na rotina de quem representam. Seria uma oportunidade para fomentar também a participação nos destinos do modelo processual penal e, mais, na releitura das funções ministeriais.

¹²⁶ HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre/RS: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 37-38.

¹²⁷ HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre/RS: Sergio Antonio Fabris, 1997, p. 37-38.

¹²⁸ As organizações não governamentais – ONGs, as organizações da sociedade civil de interesse particular – OSCIPs e as organizações sociais – OS são entes do denominado “terceiro setor”, que participa ativamente na construção e na realização de políticas públicas, destacando-se as de inclusão social. Embora não façam parte do Estado, atuam em colaboração a este.

Quanto ao posicionamento do Supremo no que diz respeito à discussão da controvérsia, entende-se que vem tomando corpo um entendimento favorável à investigação criminal preliminar pelo Ministério Público em casos concretos, principalmente se os crimes são de difícil elucidação, como nos casos do crime organizado e de “colarinho branco” ou de grande repercussão social. A esse respeito, vale conferir os seguintes julgados: *Habeas Corpus* 94.173, Recurso em *Habeas Corpus* 66.176, *Habeas Corpus* 93.829, *Habeas Corpus* 91.661. Além disso, o Recurso Extraordinário 535.478, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, indica o caminho que provalvemente será seguido, já que menciona de forma expressa a legitimidade do Ministério Público para investigar.

Enquanto aguarda-se, portanto, o posicionamento final acerca da matéria e verifica-se a evolução da jurisprudência, por meio dos precedentes escolhidos, entre muitos outros, no sentido de se permitir a investigação criminal preliminar a cargo do Ministério Público, deve-se fomentar a discussão para ganhar outras dimensões e atravessar a papelada burocrática e o juridiquês para, finalmente, sair às ruas, a fim de que a “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” possa se manifestar.

A Corte pode fomentar esse comportamento – que será também responsabilidade dos meios de comunicação e da sociedade civil organizada – por meio da marcação de uma consulta pública, bem como pelo aguardo de novas petições para entrada na ação de inconstitucionalidade ajuizada na posição de *amicus curie*.

Esses posicionamentos, fundamentados no conceito de constituição aberta, analítica, programática e, principalmente, principiológica, são essenciais para que se possa interpretar a Constituição de forma mais democrática possível – de modo a ouvir todos os discursos sociais para extrair da norma a vontade constitucional representada pelos seus agentes sociais – oficiais ou não – para resposta da seguinte pergunta: “Há legitimidade ou ilegitimidade na atuação do Ministério Público nas investigações preliminares do inquérito?”

CONCLUSÃO

Buscou-se com esta pesquisa monográfica considerar a legitimidade ou não dos poderes do Ministério Público para proceder às investigações criminais preliminares. O paradigma pós-positivista do direito e o neoconstitucionalismo foram adotados como base, bem como também o referencial teórico de interpretação constitucional de Peter Häberle.

Apresentou-se o tema inicialmente com breve análise do sistema processual penal pós-Constituição Federal de 1988 e a elevação do Ministério Público a quase um Quarto Poder, ou seja, com garantias e prerrogativas que lhe são inerentes, inspirado por perfis intervencionistas adotados pelas Cartas Constitucionais das democracias modernas.

Após tal conceituação inicial, foram descritos os métodos de interpretação constitucional modernos, utilizados na era pós-positivista para solução de problemas

atuais que envolvem valores. Destacaram-se o método interpretativo de Peter Härbele e a “sociedade aberta dos intérpretes da constituição”.

Ressaltou-se, ainda, a especificidade da hermenêutica constitucional, que compreende um conjunto amplo de particularidades que a destacam no universo da interpretação jurídica, haja vista que tais particularidades estão envolvidas em questões valorativas essenciais à estruturação do Estado, de modo a localizar os métodos de interpretação constitucional modernos no discurso pós-positivista.

Nesse contexto, atribuiu-se valor ao método interpretativo constitucional apregoadado por Peter Härbele, que representa uma forte influência na jurisdição constitucional brasileira, que, por sua vez, adota medidas como a participação da “sociedade aberta dos intérpretes da constituição” em decisões políticas históricas, seja por meio de *amicus curie*, seja por meio de audiências públicas.

A proposta de Peter Härbele tem fundamento na democracia participativa e se conforma à Carta pluralista, aberta, programática e receptiva de tantas ideologias. O paradigma trazido por esse autor traduz a mudança radical de uma interpretação constitucional calcada em uma sociedade fechada, restrita aos intérpretes oficiais, para considerar no mesmo plano os intérpretes em sentido amplo.

Embora o Brasil ainda não esteja amadurecido nas práticas democráticas como os países mais desenvolvidos, a Constituição Brasileira de 1988 reiniciou uma era de grandes esperanças para evolução social nesse sentido. A exemplo do que vem ocorrendo no órgão de cúpula do Poder Judiciário, com a utilização mais frequente de audiências públicas e *amicus curie*, percebe-se cada vez mais que a sociedade participa das decisões políticas necessárias à manutenção da ordem jurídica legitimada.

Com base nesse contexto, buscou-se elencar os argumentos prós e contra a realização da investigação criminal preliminar pelo Ministério Público, de forma a priorizar essencialmente os argumentos atuais apresentados pela doutrina brasileira. A análise dos argumentos delineou seus pontos fortes e fracos e os contextualizou no parâmetro de pré-compreensão do intérprete doutrinário.

Para fechar o ciclo de interpretação, foram expostas as tendências jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal, bem como do Superior Tribunal de Justiça. Além de se analisarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.806/DF e Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.836/DF sob o enfoque hermenêutico constitucional cunhado por Peter Härbele, Também se considerou o *leading case* no *Habeas Corpus* 84.548/SP, que, a despeito de se tratar de controle difuso de constitucionalidade, vem sendo analisado pelo STF.

Por fim, conclui-se que um posicionamento final sobre a questão deverá trazer à baila as manifestações de atores sociais sob o ângulo da interação da Corte com a “sociedade aberta dos intérpretes da Constituição”. Interação essa proporcionada tanto pela existência do instituto do *amicus curie*, no processo de controle de inconstitucionalidade/constitucionalidade realizado atualmente de forma difusa ou

concentrada, em concreto ou em abstrato, como também pelo acompanhamento de atividades da sociedade aberta no Poder Legislativo, o qual, por meio do Projeto de Lei 4.209/2001, conta com detalhada exposição de motivos realizada por juristas de escalão e reúne comissões, opiniões da imprensa, organizações não governamentais, associações de classe, sindicatos etc.

Com fundamento no pressuposto härbeliano de que “quem vive a norma é que a interpreta”, a intenção da pesquisa foi mostrar que a resposta à pergunta problematizada depende do ponto de vista do interlocutor, sobretudo que a discussão não só deverá passar pelo diálogo com todos os interessados, mas também consistir na melhor solução constitucional, a par dos princípios assumidos pelo povo, na acepção democrática do Texto Fundamental brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Dílio Procópio Drummond de. *A investigação criminal e a teoria dos poderes implícitos*. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/2299>> Acesso em: 10 maio 2009.

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Ministério Público e sua investigação criminal*. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008.

AZEVEDO, João Benedito de. *Direito e Democracia: O papel do Ministério Público*. São Paulo: Cortez, 1984.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional: conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Investigação pelo MP*. Disponível em: <<http://www.fesmpdft.org.br/intranet/web/wescola/wescolaArquivos2.asp?disc=345>> Acesso em: 15 maio 2009.

BONAVIDES, Paulo. O Direito Constitucional e o momento político. *Revista de Informação Legislativa*, ano 21, n. 81, jan/mar, 1984.

BOSCHI, José Antonio Paganella. *Ação penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2002.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 3 mar. 2009.

_____. *Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Decreta o Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>> Acesso em: 13 maio 2009.

_____. *Lei Complementar 35/79 (Lei Orgânica da Magistratura Federal)*. Disponível em <<http://www.presidencia.gov.br>> Acesso em: 15 maio 2009.

BUENO, Vani A; CANEPARO, Hilton C.; GASPARI, Rosângela. *Legalidade da investigação criminal pelo Ministério Público*. Livro de Teses do 13º Congresso Nacional do Ministério Público. Vol. 1. Tomo 1. Curitiba, 1999.

CALABRICH, Bruno. *Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais*. São Paulo: RT, 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

CLÉVE, Clemerson. *Poderes investigatórios do MP*. Disponível em <<http://www.fesmpdft.org.br/intranet/web/wescola/wescolaArquivos2.asp?disc=345>> Acesso em: 15 maio 2009.

DAHER, Marlusse Pestana. *O Ministério Público*. Disponível em <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=266>>. Acesso em: 13 dez. 2008.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust. A theory of Judicial Review*. Harvard University Press, 2002.

ESSADO, Tiago Cintra. *O poder-dever material de investigação do Ministério Público*. Livro de Teses do III Congresso do Ministério Público do Estado de São Paulo. São Paulo: MPSP, 2009. Disponível em: <<http://www.mp.sp.gov.br/congresso/Ata%20FINAL%20DA%20SESSÃO%20PLENÁRIA.htm>>. Acesso em: 15 mar. 2009.

FELDENS, Luciano; STRECK, Lênio Luiz. *Crime e Constituição: a legitimidade de função investigatória do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Petrópolis: Vozes, 1997.

GALLO, Ronaldo Guimarães. *Mutação constitucional*. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3841>>. Acesso em: 26 out. 2008.

HÄRBELE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre/RS: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

JESUS, Damásio E de. *Poderes investigatórios do Ministério Público*. Disponível em <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10865>> Acesso em: 11 maio 2009.

KAUFMANN, Arthur. *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneo*. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

- KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1986.
- LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Maria de Andrade. *Fundamentos de Metodologia Científica*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- LEMOS Jr., Arthur Pinto de. *A imprescindibilidade do procedimento investigatório do Ministério Público*. Livro de Teses do 13º Congresso Nacional do Ministério Público. Vol. 1. Tomo 1. Curitiba, 1999.
- LIMA, Polastri Marcellus. *Ministério Público e investigação criminal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.
- LOPES JÚNIOR. Aury Celso Lima. *Sistemas de investigação preliminar no Processo Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____; VALE, André Rufino do. *O pensamento de Peter Härbele na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Observatório da Jurisdição Constitucional. Disponível em: <http://www.ojs.idp.edu.br/docs/Peter_Harbele_pdf> Acesso em: 17 abr. 2009.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Tradução de Eliane Lisboa. Porto Alegre: Meridional/Sulina, 2005.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2008.
- PAES, José Eduardo Sabo. *O Ministério Público na construção do Estado Democrático de Direito*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.
- PAGLIUCA, José Carlos Gobbis. *A investigação e a confeitaria*. Livro de Teses do 13º Congresso Nacional do Ministério Público. Vol. 1. Tomo 1. Curitiba, 1999.
- PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.
- RAWLS, John. *O liberalismo político*. Brasília: Ática, 2000.
- RODRIGUES, João Gaspar. *O Ministério Público e um novo modelo de Estado: princípios institucionais, questões atuais, proposta de uma nova divisão de poderes*. Manaus: Valer, 1999.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico penal*. Tradução Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SANTOS, Célio Jacinto dos. *Investigação é da polícia judiciária e, excepcionalmente, do MP*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2004-mai-25/mp_executar_investigacao_casos_excepcionais>. Acesso em: 5 maio 2009.

SEGURA, Eder. *Investigação criminal constitucional: ausência de exclusividade*. Disponível em: <<http://www.direito.usp.br/faculdade/relatorio/relat03/dpc.php>> Acesso em: 11 maio 2009.

SILVA, Haroldo Caetano da. *A subordinação da atividade investigativa da polícia ao Ministério Público: uma nova polícia*. Livro de Teses do 13º Congresso Nacional do Ministério Público. Vol. 1. Tomo 1. Curitiba, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>>.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. *Lá vem o Ministério Público*. Disponível em: <http://www.mpdft.gov.br/joomla/index.php?option=com_content&task=view&id=313&Itemid=93> . Acesso em: 12 dez. 2008.

_____. *Legitimidade da intervenção penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

TÁCITO, Caio. *Constituições Brasileiras: 1988*. 5. ed. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2004.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

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

VIEGAS, Weverson. *Cidadania e participação popular*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4199>>. Acesso em: 15 nov. 2008.

VIEIRA, Judivan J. *Ministério Público: o quarto poder*. Porto Alegre: Síntese, 2003.

VIEIRA, Luis Guilherme. O Ministério Público e instigação criminal. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, 2004.