

ΠΩΛ ΗΙΛΣΙΑ

REVISTA ELETRÔNICA DE DIREITO AMBIENTAL DA AMAZÔNIA
Programa de Pós-graduação em Direito Ambiental da Universidade do
Estado do Amazonas

UEA 
EDIÇÕES

UEA
UNIVERSIDADE
DO ESTADO DO
AMAZONAS

GOVERNO DO ESTADO DO AMAZONAS

Wilson Lima
Governador

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DO
AMAZONAS**

Prof. Dr. Cleinaldo de Almeida Costa
Reitor

Prof. Me. Cleto Cavalcante de Souza Leal
Vice-Reitor

Profa. Ma. Kelly Christiane Silsa e Souza
Pró-Reitor de Ensino de Graduação

Profa. Ma. Samara Barbosa de Menezes
Pró-Reitora de interiorização

Profa. Dra. Maria Paula Gomes Mourão
Pró-Reitora de pesquisa e pós-graduação

Profa. Ma. Márcia Ribeiro Maduro
Pró-Reitora de Planejamento

Prof. Dr. André Luiz Tannus Dutra
**Pró-Reitor de Extensão e Assuntos
Comunitários**

Prof. Me. Orlem Pinheiro de Lima
Pró-Reitoria de Administração

Profa. Dra. Maristela Barbosa Silveira e Silva
Diretora da Editora UEA

Prof. Dr. Erivaldo Cavacanti Filho
**Coordenação do Programa de
Pós-Graduação em Direito Ambiental**

Profa. Ma. Taís Batista Fernandes Braga
Coordenadora do curso de Direito

**NOVA HILEIA: REVISTA ELETRÔNICA
DE DIREITO AMBIENTAL
ISSN: 2525-4537**

Prof. Dr. Erivaldo Cavacanti Filho, UEA
Prof. Dr. Mauro A. Ponce de Leão Braga, UEA
Profa. Dra. Maria Nazareth Vasques Mota, UEA
Prof. Dr. Sandro Nahmias Melo, UEA
**Coordenação do Programa de
Pós-Graduação em Direito Ambiental**

Prof. Dr. Sandro Nahmias de Melo
Editor Chefe

Prof. Me. Denison Melo de Aguiar
Editor Adjunto

Profa. Ma. Carla Cristina Torquato
Profa. Ma. Adriana Almeida Lima
Profa. Ma. Dayla Barbosa Pinto
Prof. Me. Luiz Cláudio Pires Costa
Prof. Me. Ygor Felipe Távora da Silva
Profa. Esp. Monique de Souza Arruda
Prof. Esp. Átila de Oliveira Souto
Editores Assistentes

Prof. Dr. Celso Antonio P. Fiorillo, FMU-SP
Prof. Dr. César O. de Barros Leal, UNIFOR
Prof. Dr. Antonio Carlos Morato, USP
Prof. Dr. José Helder Benatti, UFPA
Prof. Dr. Fernando A. de C. Dantas, UFG-GO
Profa. Dra. Solange T. da Silva, Mackenzie - SP
Conselho Editorial

Prof. Dr. Paulo Affonso Leme Machado,
Universidade Metodista de Piracicaba - SP
Profa. Dra. Maria Gercilia Mota Soares, INPA
Profa. Dra. Luly R. da Cunha Fischer, UFPA
Profa. Dra. Lucas Gonçalves da Silva, UFS-SE
Profa. Dra. Lorena Fabeni, UNIFESPPA
Prof. Dr. Jeronimo Treccani, UFPA
Prof. Dra. Danielle, de Ouro Mamed, ISEPE- PR
Prof. Dr. Celso Antonio P. Fiorillo, FMU-SP
Profa. Dra. Raquel Y. Farjado, PUC-PERU
Avaliadores

Prof. Me. Denison Melo de Aguiar
Primeira revisão

Prof. Me. Denison Melo de Aguiar
Revisão Final

Os artigos publicados, bem como as opiniões neles emitidas são de inteira responsabilidade de seus autores.

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Central da Universidade do Amazonas

R454

Nova Hileia: Revista Eletrônica de Direito Ambiental da Amazônia / Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas. Vol.8, n.2 (2020). Manaus: Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental, 2020.

Semestral

ISSN: 2525-4537

1. Direito Ambiental – Periódicos. I. Título

CDU 349.6

DO PODER CONSTITUCIONALMENTE IMPUTADO DE INVESTIGAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

THE CONSTITUTIONALLY POWER ATTRIBUTED IN PUBLIC PROSECUTION OF INVESTIGATION IN THE BRAZILIAN CONSTITUTIONAL SYSTEM

Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson¹

Resumo: A pesquisa em tela, fazendo uso de uma metodologia de análise qualitativa, empregando os métodos de abordagem hipotético-dedutivos de caráter descritivo e analítico, em face de técnica de pesquisa bibliográfica, onde se visita a legislação, a doutrina e a jurisprudência tem por escopo sopesar a proposta de Emenda Constitucional nº 37 de 2011, que tramitou na Câmara dos Deputados, o qual propunha acrescentar um décimo parágrafo ao art. 144 da Constituição Federal de 1988, onde institui a exclusividade do processo investigatório criminal as polícias judiciárias. De tal sorte, isso tolheria o titular da ação penal, o Ministério Público, de realizar as investigações que achasse indispensáveis para aferir a justa causa da peça acusatória exordial. A partir da Teoria dos Poderes Implícitos, a qual fora sufragada pelo STF, num claro fenômeno do transconstitucionalismo, vislumbra-se, na extinta PEC nº 37/11, um nítido desserviço à persecução criminal no Brasil, ao buscar alijar a instituição do Ministério Público, o qual exerce uma das funções essenciais à justiça. É à luz dessas razões que se perpetra este trabalho.

Palavras-chave: Ministério Público. Proposta de Emenda Constitucional nº 37. Inconstitucionalidade. Teoria dos Poderes Implícitos.

Abstract: *The research on screen, using a qualitative analysis methodology, using the hypothetical-deductive approach methods of a descriptive and analytical character, in the face of bibliographic research technique, where one visits the legislation, the doctrine and the jurisprudence has the scope weigh the proposal for Constitutional Amendment No. 37 of 2011, which was submitted to the Chamber of Deputies, which proposed adding a tenth paragraph to art. 144 of the 1988 Federal Constitution, where the judicial police are instituted the exclusive criminal investigation process. In such a way, this would hinder the holder of the criminal action, the Public Prosecutor's Office, from carrying out the investigations he deemed indispensable to assess the just cause of the exordial accusation. From the Theory of Implicit Powers, which was endorsed by the STF, in a clear phenomenon of transconstitucionalism, there is a clear disservice in the PEC nº 37/11, a criminal disservice to criminal prosecution in Brazil, by seeking to remove the institution of the Public Ministry, which performs one of the essential functions of justice. It is in the light of these reasons that this work is carried out.*

Keywords: *Public Prosecutor. Constitutional Amendment Bill nº 37. Unconstitutionality. Implicit Theory of Power.*

DAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS

1 Mestrado em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2009). Bacharelado em direito pela Universidade Potiguar (2004). Professor efetivo de Direito, no Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN. Contato: roconelson@hotmail.com.

A proposta de Emenda Constitucional nº 37, mas do que uma questão jurídica é fruto de um embate político entre a categoria da polícia judiciária e do Ministério Público, onde se questiona a exclusividade ou não da investigação criminal.² Ou seja, poderia o membro do Ministério Público realizar atos de investigação? Ou essa atividade deveria ser exclusiva da polícia judiciária?

Esse é um debate acalorado que se desenvolve há vários anos, seja na seara acadêmica, seja nas lides perante tribunais. Todavia, o tema em questão ressurgiu de forma “explosiva” com a PEC nº 37, levando a discussão, agora, para a sociedade civil, vindo a se hastear uma bandeira de combate à corrupção, disseminado pelas redes sociais, arrastando a população a protestar em via pública.

É aterrador aferir que por questões de brios feridos, houve uma real ameaça de se alijar a atuação criminal do Ministério Público, o qual, na ordem constitucional vigente, tornou-se um dos principais protagonistas de uma ardorosa esgrimatura contra a criminalidade, tanto em relação aos crimes perpetrados pela classe menos abastados, e, sobretudo, em relação aos delitos de “colarinho branco” cometidos pela “elite” e políticos inescrupulosos.

Deve-se advertir que o presente artigo em nenhum momento visa ostentar os méritos do Ministério Público em demérito a polícia. Ambas são duas instituições fundantes do Estado de Direito, com atribuições constitucionais, os quais devem trabalhar num sistema de cooperação, com o fim de propiciar uma maior eficiência nas suas atuações.

A pesquisa em tela, fazendo uso de uma metodologia de análise qualitativa, empregando os métodos de abordagem hipotético-dedutivos de caráter descritivo e analítico, em face de técnica de pesquisa bibliográfica, onde se visita a legislação, a doutrina e a jurisprudência tem por desiderato aferir a legitimidade do Ministério Público em investigar, vindo a constatar que a PEC nº 37, muito mais que respaldar os interesses uma categoria, é um ato atentatório a “Justiça”, por estar retirando uma ferramenta basilar para o desenvolvimento da persecução criminal do titular da ação penal.

No desenvolver desse artigo, primeiramente, será apontado o teor da PEC nº 37; em seguida será abordado a visão dos tribunais superiores sobre a possibilidade de investigação pelo Ministério Público; aborda-se, em um terceiro momento, a teoria dos poderes implícitos, bem como sobre a transconstitucionalidade; disserta-se sobre a regulamentação do poder de investigação do ministério público feito pelo conselho nacional do ministério público; em momento seguinte constrói-se uma retórica argumentativa quanto a inconstitucionalidade da PEC nº 37; e por fim, é explicitado o contexto do arquivamento da PEC nº 37.

2. DO CONTEÚDO DO PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 37

² Vale destacar que o autor da PEC nº 37, o deputado Federal Lourival Mendes da Fonseca Filho, é delegado de polícia de classe especial do Maranhão.

A proposta de Emenda Constitucional de nº 37 fora proposto pelo Deputado Federal Lourival Mendes da Fonseca Filho, do PT do B, apresentada no dia 08 de junho de 2011.

A presente proposta de Emenda Constitucional acrescentaria um décimo paragrafo ao art. 144 da Constituição Federal, o qual teria a seguinte redação: “A apuração das infrações penais de que trata os §§ 1º e 4º deste artigo, incumbem privativamente às polícias federal e civis dos Estados e do Distrito Federal, respectivamente”³.

Nos fundamentos que vem por respaldar essa alteração constitucional, apresentados na proposta de emenda supra, destaca-se: “(...) nessa linha, temos observado procedimentos informais de investigação conduzidos em instrumentos, sem forma, sem controle e sem prazo, condições absolutamente contrárias ao estado de direito vigente. (...)”⁴.

Por fim, corroborando com a justificativa apontada na proposta de emenda, é transcrito, apenas, a opinião do Desembargador aposentado Alberto José Tavares Vieira da Silva, explicitado no seu livro “Investigação Criminal: Competência”, o qual explicita sobre os riscos de arbitrariedades em face de uma atribuição não prescrita em lei, além de abordar a incapacidade para tanto, posto a necessidade de conhecimento técnico-científicos não próprios ao Ministério Público.⁵

E nesses termos, tem-se a exposição de uma proposta de modificação da Constituição Federal do Brasil.

3. O PODER DE INVESTIGAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

³ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda Constitucional Nº 37**. Brasília: 2011 Disponível:<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=969478&filename=PEC+37/2011>. Acessado em: 02 de fevereiro de 2020, p. 1.

⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda Constitucional Nº 37**. Brasília: 2011 Disponível:<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=969478&filename=PEC+37/2011>. Acessado em: 02 de fevereiro de 2020, p. 2-3.

⁵ Cf. BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda Constitucional Nº 37**. Brasília: 2011 Disponível:<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=969478&filename=PEC+37/2011>. Acessado em: 02 de fevereiro de 2020, p. 3.

3.1. NO SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL

Por meio do Habeas Corpus de nº 91.661, o qual teve a Ministra Ellen Gracie como relatora, à 2º Turma do STF,⁶ acatou a tese de que o Ministério Público poderia investigar baseado na teoria dos poderes implícitos, segundo o qual se a Constituição outorgou os fins, a mesma chancela os meios, de tal sorte, se os fins consistem na promoção da ação penal, a busca das provas não poderia ser afastado de suas atribuições.

In verbis, trechos do julgado:

(...)

5. 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*. 6. O art. 129, inciso I, da Constituição Federal, atribui ao parquet a privatividade na promoção da ação penal pública. Do seu turno, o Código de Processo Penal estabelece que o inquérito policial é dispensável, já que o Ministério Público pode embasar seu pedido em peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia. 7. Ora, é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos "poderes implícitos", segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Se a atividade fim - promoção da ação penal pública - foi outorgada ao parquet em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que "peças de informação" embasem a denúncia. (...) (HC 91.661, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 10-03-2009, Segunda Turma, DJ de 02-04-2009).⁷

Essa foi uma decisão unânime da turma, o qual seguiu o voto da relatora.⁸

A matéria é pauta do pleno do STF, o qual tem reconhecida a Repercussão Geral dessa temática, sendo discutido no Recurso Extraordinário de nº 593.727, de 2009, proveniente do Estado de Minas Gerais, tendo por relator o Min. Cezar Peluso.

No mérito, desse Recurso Extraordinário, o relator, dissertou longamente, em seu voto, não acolhendo a legitimidade do Ministério Público para o ato de investigação criminal, vislumbrando que

⁶ Na época, a 2º Turma do STF, era composto pelos Ministros Eros Roberto Grau, Celso de Mello, Joaquim Barbosa, Cesar Peluso e pela ministra Ellen Gracie.

⁷ No mesmo sentido: HC 93.930, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 7-12-2010, Segunda Turma, DJE de 3-2-2011; HC 96.638, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 2-12-2010, Primeira Turma, DJE de 1º-2-2011; HC 89.837, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 20-10-2009, Segunda Turma, DJE de 20-11-2009.

⁸ O ministro Eros Grau estava ausente, justificadamente, a sessão.

o art. 144 § 1º, I e IV, e § 4º, da Constituição Federal, atribuía à exclusividade da apuração de infrações criminosas, as polícias.⁹

Afirmou o Min. relator, que a investigação direta feita pelo Ministério Público produziria consequências que ofenderiam sumamente o devido processo legal, posto a ausência de prazo, falta de limite do seu objeto, são submetida a controle judicial, não se, não se teria a garantia do direito de defesa, não teria regras para a produção probatória e nem providencias quanto o seu registro e destinação. Ou seja, seria um feito totalmente a margem da lei.¹⁰

O voto do Min. Cezar Peluso fora acompanhado pelo Min. Ricardo Lewandowski.

Divergindo dos ministros alhures, o Min. Gilmar Mendes, em seu voto, acompanhado pelos Ministros Celso de Mello, Ayres Britto e Joaquim Barbosa, negou provimento ao recurso, reconhecendo a ilicitude da investigação feita pelo Ministério Público, resgatando os argumentos proferidos no Habeas Corpus de nº 91.661, acima mencionado.¹¹

O Min. Celso de Mello vislumbrou a legitimidade do poder investigatório do Ministério Público, tendo em vista que a Constituição outorgara o monopólio da ação penal pública e o controle externo sobre a atividade policial.¹²

O presidente, à época, Ayres Britto, entendeu que o poder de investigação permitiria um melhor cumprimento das finalidades do Ministério Público, além de destacar, inúmeras leis ordinárias que prescreveriam a atribuição investigativa dessa instituição (Estatuto do Idoso; Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA; Lei Maria da Penha; Estatuto de Defesa e Proteção do Consumido).¹³

Em sessão (dezembro de 2012) onde discutia ao presente assunto, o Min. Luiz Fux proferiu o voto tanto no RE nº 593.727 como no HC nº 84.548/SP. O ministro, no RE, negou provimento e em seguida o Min. Marco Aurélio pediu vistas.¹⁴

O Min. Luiz Fux, no Habeas Corpus nº 84.548/SP, proferiu voto a favor do poder de investigação do Ministério Público, onde por meio de uma interpretação sistêmica, o *parquet* subsidiariamente poderia realizar investigações, não vislumbrando incompatibilidade com os ditames constitucionais, além de que a possibilidade de investigação seria consentânea ao princípio da obrigatoriedade da ação penal.¹⁵

⁹ Cf. Informativo nº 671 do STF, de junho de 2012.

¹⁰ Cf. Informativo nº 671 do STF, de junho de 2012.

¹¹ Cf. Informativo nº 672 do STF, de junho de 2012.

¹² Cf. Informativo nº 672 do STF, de junho de 2012.

¹³ Cf. Informativo nº 672 do STF, de junho de 2012.

¹⁴ Cf. Informativo nº 693 do STF, de dezembro de 2012.

¹⁵ Cf. Informativo nº 693 do STF, de dezembro de 2012.

Destacou, ainda, ser a investigação perpetrada pelo Ministério Público imprescindível quando da apuração de infrações penais cometidas por policiais. Além disso, concluiu que o art. 4º do Código de Processo Penal, ao designar a atribuição à polícia judiciária para apuração dos fatos criminais, não teria excluído que outras autoridades assim o fizessem.¹⁶

Ao final do seu voto, o Min. Luiz Fux, listou uma série de diretrizes para a condução investigatória feita pelo Ministério Público. Sobressai o reforço feito pelo Ministro que a atuação do *parquet* no que tange a atos investigatórios deve ser concomitante ou subsidiária à atuação da polícia.

Propôs diretrizes para o procedimento investigativo conduzido diretamente pelo *parquet*, que deve: *a) observar, no que couber, os preceitos que disciplinam o inquérito policial e os procedimentos administrativos sancionatórios; b) ser identificado, autuado, numerado, registrado, distribuído livremente e, salvo nas hipóteses do art. 5º, XXXIII e LX, da CF, público. A decisão pela manutenção do sigilo deve conter fundamentação; e c) ser controlado pelo Poder Judiciário e haver pertinência entre o sujeito investigado com a base territorial e com a natureza do fato investigado. Ademais, o ato de instauração deve: a) formalizar o ato investigativo, delimitados objeto e razões que o fundamentem; e b) ser comunicado imediata e formalmente ao Procurador-Chefe ou ao Procurador-Geral. Além dessas diretivas: a) devem ser juntados e formalizados todos os atos e fatos processuais, em ordem cronológica, principalmente diligências, provas coligadas, oitivas; b) deve ser assegurado o pleno conhecimento dos atos de investigação à parte e ao seu advogado, nos termos da Súmula Vinculante 14 (...) e c) deve haver prazo para conclusão do procedimento investigativo e controle judicial quanto ao arquivamento. Por último, enfatizou que a atuação do Ministério Público deve ser concorrente ou subsidiária e ocorrer quando não for possível ou recomendável a atuação da própria polícia.*¹⁷ (grifos nossos)

Já em 08 de setembro de 2015 é publicado o acórdão com o julgamento do mérito do RE nº 593.727, sendo por maioria dos votos negado o provimento do recurso, sendo firmado a tese da legalidade do membro do Ministério Público em promover, de forma própria, investigação de cunho penal. A favor dessa legitimidade votaram os ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Rosa Weber e Cármen Lúcia. Em sentido contrário manifestaram-se Cezar Peluso, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli.

¹⁶ Cf. Informativo nº 693 do STF, de dezembro de 2012.

¹⁷ Informativo nº 693 do STF, de dezembro de 2012.

O presente processo ainda não se encontra transitado em julgado, estando pendente a análise dos embargos de declaração.¹⁸

Nesses termos, agora, só resta esperar o deslinde da matéria com o julgamento do RE nº 593.727, para por fim aos entraves processuais penais que essa matéria tem gerado.

3.2. NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Essa matéria é há muito já era pacífica no STJ, sendo fruto da consolidação de sua jurisprudência a súmula nº 234 “A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia”.¹⁹

É decisão recente, tal posicionamento é reiterado: “(...) tendo em vista ter sido a diligência de interceptação telefônica conduzida pelo Ministério Público, já foi apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça - HC n. 32.586/MG - oportunidade em que se reconheceu a legitimidade do Ministério Público para o procedimento preliminar de investigação”.²⁰

Afere, assim, que em sede de jurisprudência de tribunal superior e constitucional é certo o reconhecimento do poder de investigação do Ministério Público.

4. A Teoria dos poderes implícitos

Essa teoria tem sua origem no sistema constitucional americano, desenvolvido no caso *McCulloch v. Maryland*, julgado pela suprema corte americana em 1819.²¹

O caso tratava-se do fretamento em relação ao segundo banco dos Estados Unidos, feito pelo Congresso Nacional americano, onde o mesmo era depositário de reservas federais, emitia notas, bem como emprestava dinheiro ao governo federal em troca dos impostos.

Em decorrência de uma depressão financeira, em 1818, o Estado de Maryland baixou uma lei criando um imposto que afetaria todos os bancos não fretados pelo respectivo Estado. O único banco não fretado pelo Estado era o banco fretado pelo Congresso Nacional. O presidente do banco, no

¹⁸ Andamento do RE nº 593.727. Acessado em: 08 de julho de 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=593727&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>.

¹⁹ **STJ Súmula nº 234** - 13/12/1999 - DJ 07.02.2000.

²⁰ STJ, HC 167503, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgamento em 21-05-2013, quinta turma, DJe 29/05/2013.

²¹ UNITED STATES. Supreme Court. *McCulloch v. Maryland*, 17 U.S. 4. First Party: McCulloch. Second Party: Maryland. March 5, 1819. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/17/316/case.html>.

Estado de Maryland, era James McCulloch, o qual se negou a pagar a alta carga tributária, tendo em vista os privilégios outorgados pelo Congresso Nacional. O Estado de Maryland adentrou com uma ação de cobrança fiscal contra McCulloch.

O tribunal do Estado de Maryland e o tribunal de apelações deram ganho de causa ao Estado de Maryland. O McCulloch recorre à suprema corte americana impugnando a constitucionalidade da lei tributária.

Em decisão unânime, proferida pelo chefe de justiça John Marshall, a suprema corte reconheceu a inconstitucionalidade da lei de Maryland, afirmando a legitimidade do banco fretado pelo Congresso, em decorrência da norma constitucional que permite o Congresso criar leis necessárias e adequadas para execução dos poderes enumerados na própria Constituição, dentre eles regular o comércio interestadual, recolher impostos, e realizar a feitura de empréstimo de dinheiro.²²

Segundo o Juiz Black "tudo o que for necessário para fazer efetiva alguma disposição constitucional envolvendo proibição ou restrição ou garantia a um poder, deve ser julgado implícito e entendido na própria disposição".²³

Essa teoria é assim conceituada por Marcelo Caetano: "A teoria dos poderes implícitos é a de que os órgãos federais têm competência para fazer tudo quanto seja necessário ou útil para se desempenharem cabalmente das atribuições que a Constituição lhes confere".²⁴

Outro precedente sobre a teoria dos poderes implícitos tem-se o caso Myers v. Estado Unidos (US 272 - 1926), onde se discutia a constitucionalidade do presidente da república em demitir os funcionários do Poder Executivo, tendo em vista que a Constituição Federal só tratava do processo de admissão, sendo omissa em relação à demissão.

A suprema corte reconheceu a dispensabilidade de tal previsão na Constituição, sendo essa omissão proposital, tendo em vista que se fora dado o poder para nomeação de agentes públicos do Poder Executivo ao Presidente da República, implicitamente o mesmo poderia exonerar esses funcionários, não precisando de autorização ou ratificação dos Poderes Legislativos ou do Judiciário.

Como preleciona Marcelo Caetano, as normas constitucionais permitem uma interpretação extensiva de forma a manter atual com a dinamicidade social do momento, fazendo uso, para tanto, da

²² "(...) a Constituição não diz que o governo federal pode criar bancos; mas se dá à União o poder de emitir moeda, implicitamente lhe permite que crie bancos emissores. É que toda a lei que reconhece um direito legitima os meios adequados para o seu exercício. Ou por outras palavras: quem quer os fins tem de querer os meios idôneos para os alcançar". (CAETANO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. V. I, p. 99).

²³ LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Impetus. 2012. V. I, p. 213.

²⁴ CAETANO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. V. I, p. 99.

teoria dos poderes implícitos, o qual tem em sua essência a constatação de que se a lei determinar um direito legítimo está por autorizar, também, o uso dos meios indispensáveis a sua concretude.²⁵

4.1. ENQUADRAMENTO NO FENÔMENO DO TRANSCONSTITUCIONALISMO

No momento em que a Suprema Corte Federal, com o fito de solucionar a lide apresentada sobre a constitucionalidade ou não do poder de investigar do Ministério Público, faz uso, como um dos seus fundamentos jurídicos, a teoria dos poderes implícitos, o qual fora desenvolvida no ordenamento jurídico americano, constata uma transversalidade²⁶ entre os ordenamentos jurídicos postos, apresentando o fenômeno chamado pelo professor Marcelo Neves de transconstitucionalismo.

Ou seja, os dois ordenamentos jurídicos possuem “pontes de transição”,²⁷ no qual se desenvolve “diálogos/conversaço”²⁸ entre si para a solução de problemas constitucionais semelhantes, relacionados com direitos fundamentais ou controle e limitação do poder.²⁹

Marcelo Neves constata que o sistema jurídico é multicêntrico, onde o centro de uma constitui a periferia de outra, havendo uma “relação de observação mútua, no contexto da qual se desenvolvem formas de aprendizado e intercambio, sem que se possa definir o primado definitivo de uma das ordens, uma *ultima ratio* jurídica”.³⁰

O autor supra, explicita que esse entrelaçamento nem sempre ocorre entre tribunais, podendo se dar por meio da “reinterpretação da própria ordem a que está vinculado o tribunal”,³¹ no qual o mesmo incorpora “sentidos normativos extraídos de outras ordens jurídicas”.³²

²⁵ “Em relação aos poderes dos órgãos ou das pessoas físicas ou jurídicas, admite-se, por exemplo, a interpretação extensiva, sobretudo pela determinação dos poderes que estejam implícitos noutros expressamente atribuídos. É o que se contém nas regras tradicionais de que quem quer os fins, quer os meios; quem pode o mais, pode o menos; e de que se a lei confere um direito legítimo o uso dos meios indispensáveis ao seu exercício”. (CAETANO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. V. II, p. 12-13.)

²⁶ Cf. NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.115.

²⁷ Cf. NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.117. “O novo, nos entrelaçamentos entre uma pluralidade de ordens jurídicas na sociedade mundial do presente, é a sua relativa independência das formas de intermediação política mediante tratados jurídico-internacionais e legislação estatal. As formas em que ocorrem relacionamentos formais e informais entre atores governamentais e não governamentais multiplicam-se no âmbito do direito. Essa situação ganha relevância quando se considera que, em parte, as “pontes de transição” entre ordens jurídicas desenvolvem-se diretamente a partir dos seus respectivos centros, ou seja, os seus juízes e tribunais”. (NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.116 -117).

²⁸ Cf. NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.117/122.

²⁹ Cf. NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. XXI.

³⁰ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.117.

³¹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.118.

³² NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.118. “No caso do transconstitucionalismo, as ordens se inter-relacionam no plano reflexivo de suas estruturas normativas que são autovinculantes e dispõem de primazia. Trata-se de uma “conversaço constitucional”, ... Ou seja, não cabe falar de uma estrutura hierárquica entre ordens: a incorporação recíproca de conteúdos implica uma releitura de sentido

A partir do transconstitucionalismo procura-se respaldar a legitimidade da incorporação da teoria dos poderes implícitos no ordenamento jurídico brasileiro, posto à existência de uma pluralidade de centros jurídicos, ao contrário da formação de uma unidade jurídico global, no qual esses centros de comunicam, seja cooperativamente, seja conflituosamente, em prol de uma construção normativa, a partir dessas conversações mutuas, adequado e satisfatório aos problemas constitucionais.

5. A REGULAMENTAÇÃO DO PODER INVESTIGATÓRIO CRIMINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Quando se argumenta em prol do poder de investigação do Ministério Público, não se estar por sufragar um poder absoluto, alheio aos ditames constitucionais do baluarte do devido processo legal, sendo realizado segundo o alvitre “ditatorial” do membro do parquet.

Atento ao respeito dos direitos fundamentais do investigado,³³ o Conselho Superior do Ministério Público, em 2006, publicou a Resolução nº 13 que regulamenta a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal.

A investigação criminal realizada pelo *parquet* dar-se-á por meio de uma portaria, a qual justificará a razão do procedimento, sendo registrada e autuada, indicando o fato o ser investigado e quando possível o possível autor, bem como as diligências iniciais.³⁴ Percebe-se a semelhança com as regras procedimentais do inquérito policial prescrito no Código de Processo Penal.

Chama-se atenção a obrigatoriedade de comunicação imediata e por escrito ao chefe do Ministério Público quando da instauração do procedimento investigatório criminal.³⁵

O *parquet* poderá notificar o autor do fato investigado, onde o mesmo tem a faculdade de ser acompanhado por advogado, apresentando as informações que achar pertinente. Será realizado auto circunstanciado das feitura das diligências.

Esse processo investigatório possui prazo para conclusão, o qual é de 90 dias, permitida prorrogações, desde que fundamentadas.

Os atos investigatórios são públicos, podendo o investigado, vítima ou terceiro interessado, salvo, é claro, razões de interesse público ou conveniência da investigação.³⁶ Em caso de decretação de sigilo para o bem das elucidações dos fatos ou interesse público, o mesmo será fundamentado.³⁷

à luz da ordem receptora.”. (NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p.118).

³³ Art. 17 da Resolução nº 13 do CNMP.

³⁴ Art. 4º da Resolução nº 13 do CNMP.

³⁵ Art. 5º da Resolução nº 13 do CNMP.

³⁶ Art. 13 da Resolução nº 13 do CNMP.

Sendo hipóteses de concluir pelo arquivamento do processo investigatório, o parquet, o fara motivadamente, solicitando o arquivamento a autoridade judicial ou superior interno responsável por sua apreciação.³⁸

Percebe-se com uma clareza solar que o Ministério Público, caso necessite realizar alguma investigação criminal para subsidiar a ação penal pública, essa investigação é regada pelo próprio CNMP, tendo em vista dos preceitos constitucionais e legais, sobressaindo, na Resolução nº 13, o princípio da publicidade, do controle da atividade pelo judiciário e pelo órgão superior do Ministério Público, a necessidade de motivação de todos os atos, prazo para conclusão. Em suma um conjunto normativo formador de arcabouço em defesa do devido processo legal.

O conteúdo da Resolução nº 13 do CNMP, como explicitado, adequa-se com perfeição com as diretrizes apresentadas pelo Min. Luiz Fux, em seu voto no HC nº 84.548/SP, como transcrito alhures.

Desse modo, não se coaduna com os argumentos do insigne Min. Cezar Peluso, em seu voto, quando afirmar que “a investigação direta pelo Ministério Público, no quadro constitucional vigente, não encontraria apoio legal e produziria consectários insuportáveis dentro do sistema governado pelos princípios elementares do devido processo legal...”, no RE de nº 593.727.

6. UMA ANÁLISE HIPOTÉTICA DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA PEC Nº 37

Adverte-se, em absoluto, que não está levantando a bandeira de que o Ministério Público tenha como atribuição o dever de investigação, mas sim uma faculdade quando da necessidade do caso concreto, o qual seria um reforço ao cumprimento do seu desiderato. De tal sorte, que poder-se-ia dizer que seria uma função atípica do seu mister,³⁹ um “poder” implícito, uma faculdade decorrente da sua missão constitucional.⁴⁰

Uma interpretação diversa ensejaria a quebra da independência do Ministério Público, pois ficaria preso ao conteúdo probatório e a atividade desenvolvida pela polícia, entidade do Poder Executivo,⁴¹ ensejando uma vinculação direta do conteúdo da denúncia com as conclusões do inquérito policial.

³⁷ Art. 14 da Resolução nº 13 do CNMP.

³⁸ Art. 15 da Resolução nº 13 do CNMP.

³⁹ Faz aqui uma analogia com as funções típicas e atípicas no caso da tripartição dos poderes.

⁴⁰ Canotilho utiliza a mesma lógica na seguinte afirmação: “... De salientar que a já referida participação Ministério Público (cfr. L 60/98, de 27-8, Estatuto do Ministério Público, art. 1º) na execução da política criminal definida pelos órgãos de soberania, embora se possa considerar um “corolário lógico” das competências constitucionais do Ministério Público, (...)”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 7º ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 685).

⁴¹ “A especialização funcional inclui a titularidade, por cada poder, de determinadas competências privativas. A independência orgânica demanda, na conformação da experiência presidencialista brasileira atual, três requisitos:

Como corolário normativo, qualquer atividade do Ministério Público na fase pré-processual da persecução criminal, dará ensejo à ruptura do devido processo legal, configurando prova ilícita.

A faculdade de investigar do Ministério Público seria uma forma de reforço de sua independência em face dos três poderes, podendo ser dito como um instrumento para o “*checks and balances*” inerente ao princípio da separação dos poderes.⁴²

Poder-se-ia alegar, que essa interpretação esposada seria uma interpretação muito além do conteúdo nuclear intangível da cláusula pétrea da separação dos poderes.⁴³

Acreditamos que não. É ululante que o conteúdo normativo da PEC nº 37 tinha por deslinde a transferência, com exclusividade, para uma entidade do Poder Executivo, a função de investigação criminal. Destarte, em qualquer processo que se constatasse indícios de fatos criminosos isso terá que ser remetido a instâncias policiais.

Exsurge, assim, o morticínio do princípio da separação dos poderes, pois está havendo a concentração da função de investigação criminal em um único poder.⁴⁴

Ressalta-se, que não se adentrará, de forma profícua, no mérito da discussão se o Ministério Público seria ou não um poder, mas fica tangível que com a proposta de emenda supra proporciona um esvaziamento a atribuição típica da ação penal, no qual o Ministério Público é o “*dominus litis*”, bem como interfere em sua independência.

Por mais que se interceda pela não configuração de um poder, o Ministério Público, sem dúvida é um importante protagonista na manutenção na harmonia dos três poderes, onde sua função é

(i) uma mesma pessoa não poderá ser membro de mais de um Poder ao mesmo tempo, (ii) um Poder não pode destituir os integrantes outro por força de decisão exclusivamente política; e (iii) a cada Poder são atribuídas, além das funções típicas ou privativas, outras funções (chamadas normalmente de atípicas), como reforço de sua independência frente aos demais Poderes”. (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 175).

⁴² “Ressalva-se, contudo, que, porque uma separação orgânico-funcional rígida não é viável na prática, a independência entre os vários órgãos não pode ser absoluta, antes devendo existir entre eles mecanismos de coordenação e interdependência - o que, em última análise, reforçará a fiscalização e o controlo recíprocos”. (PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional - Um Contributo para o Estudo das Suas Origens e Evolução**. Coimbra: Editora Coimbra, 1989, p. 13).

⁴³ “Pois bem. Na linha do que já se expôs acima, é evidente que a cláusula pétrea de que trata o art. 60, § 4º, III, não imobiliza os quase 100 (cem) artigos da Constituição que, direta ou indiretamente, delineiam determinada forma de relacionamento entre Executivo, Legislativo e Judiciário. Muito diversa-lente, apenas haverá violação às cláusulas pétrea da separação de Poderes se o seu conteúdo nuclear de sentido tiver sido afetado. Isto é: em primeiro lugar, e a modificação provocar uma concentração de funções em um poder ou consagrar, na expressão do STF, uma “instância hegemônica de poder”; e, secundariamente, se a inovação introduzida no sistema esvaziar a independência orgânica dos Poderes ou suas competências típicas”. (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 175).

⁴⁴ A única exceção seria a hipótese do poder de investigação da CPI’s, realizado pelo Poder Legislativo.

uma função estatal constitucionalmente adequada⁴⁵ na busca da concretização dos ditames constitucionais, em face da dinâmica social vigente.

Dissenso, afetar a independência dessa entidade política vindo simultaneamente a concentrar a função de investigação criminal em um único poder acarretará o comprometimento do equilíbrio supra,⁴⁶ afetando, diretamente, o núcleo da cláusula pétrea da separação dos poderes.⁴⁷

Vislumbrando o comprometimento direto da cláusula pétrea da separação dos poderes, pela PEC nº 37, em face de uma interpretação restritiva e gramatical, associado à controvérsia sobre a natureza jurídica do Ministério Público, poder-se defender que a proposta em tela, viola os limites materiais implícitos⁴⁸ da Constituição Federal.

⁴⁵ “A falência daquela tripartição, como classificação universal e intemporalmente válida das funções estaduais, e, sobretudo, o progressivo esbatimento de fronteiras entre as diversas funções do Estado e a fluidez e relatividade dos critérios de caracterização material e de diferenciação entre elas, tem levado a doutrina a desinteressar-se progressivamente da elaboração de uma teoria geral das funções estaduais como elemento essencial do princípio da separação dos poderes, para se fixar numa análise das funções do Estado constitucionalmente adequada, no quadro de uma constituição concreta. (...). Esta evolução está, aliás, em consonância com a progressiva transição de um método abstracto-dedutivo para um método normativo-concreto na abordagem e no tratamento dogmático do princípio da separação dos poderes. Ele, tende hoje a construir-se a partir da ordenação de competências jurídico-constitucionais concreta”. (PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional - Um Contributo para o Estudo das Suas Origens e Evolução**. Coimbra: Editora Coimbra, 1989, p. 264). “No direito constitucional brasileiro a crise que analisamos é mais ampla e de efeitos mais prejudiciais. Em matéria de separação de poderes nosso constitucionalismo é ortodoxo e tanto o direito positivo como a doutrina dominante se apegam à ilusão de que, em meados do século vinte, câmaras numerosas e multipartidárias ainda possam exercer o monopólio da elaboração das leis. Aferramo-nos a Montesquieu, como se ele fosse o revelador de um dogma imutável e fechamos os olhos à revisão crítica que já afastou como inteiramente inútil uma teoria que Marcel de La Bigne de Villeneuve qualifica de mal construída, mal denominada, pior interpretada, e considera mesmo uma manifestação da crise do senso comum”. (TRIGUEIRO, Oswaldo. **Problemas do governo democrático**. Brasília: Senado Federal, 1976, p. 17.)

⁴⁶ Nuno Piçarra, ao dissertar sobre a tripartição dos poderes menciona que o instituto tem sido tomado em diversas acepções, vindo a enumerar algumas. Chama-se atenção a quarta acepção: “participação de dois ou mais órgãos, independentes entre si, na mesma função estadual, em ordem à prática de um acto imputável a todos”. (PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional - Um Contributo para o Estudo das Suas Origens e Evolução**. Coimbra: Editora Coimbra, 1989, p. 12). Afirma a terminologia órgão (ao invés de poder) independente, o qual exercita mais de uma função. Isso permite evitar a concentração de função/poder numa única entidade.

⁴⁷ “... Aqui, explica-se que o princípio pressupõe uma distinção material das funções estaduais, devendo o desempenho de cada uma delas caber a um órgão ou grupo de órgãos específico, independentemente dos demais: que esta distinção material das funções estaduais e a separação orgânico-pessoal nela fundada se pautam não só por preocupações de ordem jurídico-dogmática mas também ou, sobretudo, por preocupações garantísticas: pretende-se que nenhum desses órgãos chegue a controlar, por si só, a totalidade do poder do Estado: que a entrega de cada uma das frações em que o poder político seja dividido a diversos órgãos há-de fazer com que cada um constitua perante o outro um freio e simultaneamente um contrapeso, prevenindo-se assim a concentração e o abuso do poder, a favor da liberdade individual”. (PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional - Um Contributo para o Estudo das Suas Origens e Evolução**. Coimbra: Editora Coimbra, 1989, p. 12-13).

⁴⁸ “Também no Brasil a doutrina majoritária reconhece a existência - para além dos limites expressamente positivados na Constituição - de limites materiais implícitos à reforma constitucional, não se registrando, contudo, unanimidade a respeito de quais sejam exatamente estes limites”. (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 136). Cf. BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 166. “Outras vezes, as constituições não contêm quaisquer

Mas por que entrever o poder de investigação criminal como um limite material implícito?

Pois o mesmo é corolário para o bom cumprimento do desiderato constitucional atribuído ao órgão, evitando, de tal sorte, a concentração do poder de investigação, tão somente, nas mãos do Poder Executivo, contribuindo com a função estabilizadora entre os poderes.

6.1. NATUREZA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Não se adentrará, sobremaneira, em um estudo de profundidade em relação à posição institucional do Ministério Público, todavia, em face das ilações acima faz necessário algumas ponderações.

Deve se advertir que não se vislumbra o Ministério Público como um quarto poder⁴⁹, mas sim como uma entidade promotora do equilíbrio entre a interlocução dos três poderes.⁵⁰

Não se pode galgar raciocínio que enquadre o mesmo em um órgão que integre os quadros do Poder Executivo, como outrora foi.⁵¹

A Constituição Federal de 1988 conferiu a essa entidade a independência, de forma a não ser subjugada ou sofrer ingerências externas por qualquer dos poderes, isso, com o fito de garantir o bem exercer das suas árduas atribuições constitucionais, sendo incumbido à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.⁵²

preceitos limitativos do poder de revisão, mas entende-se que há limites não articulados ou tacitos, vinculativos do poder de revisão. Esses limites podem ainda desdobrar-se em limites textuais implícitos, deduzidos do próprio texto constitucional, e limites tácitos imanentes numa ordem de valores pré-positiva, vinculativa da ordem constitucional concreta”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 7º ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 1064).

⁴⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.1367. “Não é um quarto poder do Estado, mas a Constituição coloca o Ministério Público a salvo de ingerências dos outros Poderes, assegurando aos seus membros independência no exercício de suas funções. Com efeito, Ministério Público é conceituado pela Constituição como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. (CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 12º ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 941). Cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22º ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 582.

⁵⁰ Em Portugal o Ministério Público é um órgão do poder judicial. Destaca Canotilho: “Ministério Público é um poder autónomo do Estado, dotado de independência institucional em relação a qualquer outro poder incluindo os juízes”.

⁵¹ “Já foi lembrada, aqui, a observação de Montesquieu sobre o aperfeiçoamento político que representou a criação, no regime monárquico, do cargo de oficial do rei, encarregado de exercer em cada tribunal o ofício de acusação nos processos-crimes”. (COMPARATO, Fábio Konder. **Ética – Direito, moral e religião no mundo moderno**. 3º ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 678).

⁵² “(...) Globalmente consideradas, as funções do Ministério Público têm, em geral, como denominador comum, o serem exercidas no interesse do “Estado-comunidade” e não do “Estado-pessoa”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 7º ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 685).

Tornar-se pertinente as palavras do professor Fabio Konder Comparato, que corrobora com as afirmações acima, quando disserta sobre especialização e controle recíproco dos órgãos do Estado, tecendo considerações sobre o Ministério Público de forma a se posicionar pelo absurdo do chefe do Ministério Público ser nomeado pessoalmente pelo Presidente da República, sendo aquele o único com atribuição para denunciar o Presidente em processos crimes.⁵³

Salienta-se a posição constitucional da entidade do sistema português. Em Portugal o Ministério Público é um órgão que compõe o Poder Judiciário, não tendo natureza administrativa.⁵⁴

Apesar de compor o Poder Judiciário, sua independência e autonomia são patentes do ordenamento português, vinculado às disposições legais.⁵⁵ Destaca Canotilho: “... Ministério Público é um poder autónomo do Estado, dotado de independência institucional em relação a qualquer outro poder incluindo os juízes”.⁵⁶

7. A EXTINÇÃO DA PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 37 POR AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE – O ACORDAR DO TITULAR DO PODER

Entre o mês de maio e junho de 2013, as ruas do Brasil são invadidas pelos cidadãos, em ato de protesto gerado em decorrência da indignação em relação ao aumento das tarifas de ônibus.⁵⁷

E em um furor, há tempos não visto (desde as “Diretas-já”), o povo brasileiro passa a questionar, não só o aumento das tarifas de transporte público, mas sim um conjunto de descasos públicos e arbitrariedades dos dirigentes estatais, desde a saúde, a educação, a segurança pública, os gastos exorbitantes com os eventos da Copa das Confederações e Copa do mundo, os escândalos com corrupção, dentre outros.

⁵³ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. **Ética – Direito, moral e religião no mundo moderno**. 3º ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 678-679. “Hoje, quando o Ministério Público dispõe de poderes ampliados, notadamente para a defesa dos chamados direitos difusos ou transindividuais, e para a responsabilização pessoal de todos os agentes públicos por condutas imorais ou lesivas ao bem comum, esse resquício de ligação do órgão com o Poder Executivo é preocupante. o Ministério Público serve, não raras vezes, os interesses político-partidários do governo, propondo, a pedido deste, ações de inconstitucionalidade de leis, julgadas inconvenientes ao Executivo ou à maioria parlamentar. Outras vezes, as instâncias superiores do órgão deixam de agir com o necessário zelo contra membros do governo, sob o curioso pretexto de que o assunto é de natureza político-partidária”. (COMPARATO, Fábio Konder. **Ética – Direito, moral e religião no mundo moderno**. 3º ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 678-679).

⁵⁴ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 7º ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 684.

⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 7º ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 684.

⁵⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 7º ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003, p. 684.

⁵⁷ Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2013/06/protestos-pelo-pais-tem-125-milhao-de-pessoas-um-morto-e-confrontos.html>>.

Disponível em: <<https://revistagalileu.globo.com/Revista/noticia/2018/06/manifestacoes-de-junho-de-2013-completam-cinco-anos-o-que-mudou.html>>.

Em pouco mais de um mês, instaura-se na República Federativa do Brasil uma verdadeira crise de legitimidade,⁵⁸ onde os representantes do povo têm sua posição em cheque pela omissão em concretizar os pleitos sociais.⁵⁹

Os atos políticos e legislativos passam a ser questionados, não em relação à técnica-formal jurídica, mas sim em relação a sua legitimidade, pois no momento que se tem uma série de atos que vão de encontro aos anseios do povo, o qual é o detentor do poder, o ato cai na iniquidade e aquele representante do povo passa a carecer do poder da representação.

No seio dos protestos que se desenvolvem, principalmente, nas capitais dos Estados e no Distrito Federal, há insurgência da bandeira em relação a PEC nº 37, onde o povo questiona o alijamento do Ministério Público, ao proibir a entidade em exercer o poder investigatório na seara criminal.

O cidadão brasileiro ver nessa proposta de alteração a Constituição Federal, um impecílio ao processo de perseguição criminal, e conseqüentemente da promoção da “justiça”, a qual tanta anseia.⁶⁰ Ter-se-ia, mais um obstáculo à segurança pública, em sentido lato.

A partir dessas manifestações, os quais estão parando o país, os “representantes do povo”, depois de instados, deram uma resposta a esse pleito, com uma celeridade digna dos preceitos constitucionais.

No dia 25 de junho de 2013,⁶¹ em pauta de sessão extraordinária, o pleno da Câmara dos Deputados deliberou sobre a PEC nº 37, sendo a mesma rejeitada, de forma esmagadora, pelo voto de 430 deputados federais, manifestando, apenas, 9 parlamentares em favor da alteração constitucional.

O conseqüente dessa votação fora o arquivamento da proposta de alteração constitucional nº 37 de 2011.

⁵⁸ “A classe dominante perdeu em grande parte a legitimidade do seu atual modelo de exercício da autoridade, sendo patente o hiato entre a vontade dos que governam e a vontade dos que são governados”. (BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta**. 3º ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 29).

⁵⁹ “Observa-se uma ruptura entre o Estado e a Sociedade, entre governantes e governados, entre o representante e o cidadão, tudo em proporções nunca vistas, acentuadas, ao mesmo passo, por um estado geral de desconfiança e descrença e até mesmo menosprezo da cidadania em relação aos titulares do poder”. (BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta**. 3º ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 29).

⁶⁰ “Num tema tão sensível e caro à efetiva realização da justiça, não pode haver espaço para ingenuidades. A tese da impossibilidade da investigação direta pelo Parquet tem sido levada aos tribunais, via de regra, pela defesa de acusados alto coturno: políticos, grandes empresários, agentes públicos com notável poder dentro da estrutura do Estado, muitos dos quais com direito a foro por prerrogativa de função (...)”. (CALABRICH, Bruno. *Investigação criminal pelo Ministério Público: uma renitente e brasileira polêmica*. IN: FARIAS, Cristiano Chaves; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (coords). **Temas atuais do Ministério Público**. 4º ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013, p. 795).

⁶¹ Tem-se a votação da matéria com menos de um mês em que as manifestações populares passam a questionar a representatividade do governo, indo além dos reclames sobre o aumento das passagens de ônibus.

Muito além de todos os argumentos outrora apresentados justificantes do poder de investigação do Ministério Público para embasar uma ação penal pública, não olvidando ser essa uma função constitucional, também das forças policiais, perpassando pelas decisões dos tribunais superiores, pelas teorias do ordenamento jurídico americano, alegações de violação de cláusulas pétreas, além da regulação da matéria em Resolução do CNMP, comprova-se, cabalmente que a proposta de Emenda Constitucional n° 37 não é detentora de legitimidade, não possuindo respaldo do titular do poder, o povo.

Nesses termos, explicita Paulo Bonavides que poder políticos, bem como entes da federais que não se submetem ao controle da vontade popular jamais conseguirá implantar uma organização institucional livre da mácula da corrupção.⁶²

DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

É imanente que proposta de Emenda Constitucional n° 37 de 2011, que procurou garantir exclusividade da atividade investigativa criminal, apenas as forças policiais judiciais, estava embebecida em um viés, unicamente, política, alheio aos interesses sociais, aos argumentos e implicações jurídicas.⁶³

Aferiu-se o profícuo debate do tema pelo plenário do STF, em face da repercussão geral do tema, constatando uma tendência para o reconhecimento da legitimidade do Ministério Público em investigar, como outrora decidira por unanimidade a 2º Turma do Egrégio tribunal. Nos votos dos ministros destacou-se a necessidade de impor limitações a esse poder de investigação com fulcro a respeitar as garantias básicas do investigado.

No que tange ao Superior Tribunal de Justiça, a matéria é pacífica, onde reconhece a legitimidade investigatória do Ministério Público, sendo a matéria sumulada nesse tribunal, no enunciado n° 234.

Destarte, contata-se que a tessitura redacional da Resolução n° 13 do Conselho Superior do Ministério Público, normatiza suficientemente processo investigatório criminal, quando da sua feita

⁶² “Uma organização institucional que não coloque os Poderes políticos – Legislativo e Executivo – da União, dos Estados e dos Municípios debaixo do controle direto, imediato e diuturno da vontade popular, jamais há de levar a cabo, bem-sucedida, a cruzada de anticorrupção administrativa deque tanto precisa o País”. (BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta**. 3º ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 29).

⁶³ “Fala-se aqui em pudor porquanto o cerne da tese contrária, tal qual veiculada - centrada, via de regra, no argumento da exclusividade da investigação criminal pelas polícias, com base no art. 144 da CF/88 -, é de uma fragilidade incrível. (...)”. (CALABRICH, Bruno. *Investigação criminal pelo Ministério Público: uma renitente e brasileira polêmica*. IN: FARIAS, Cristiano Chaves; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (coords). **Temas atuais do Ministério Público**. 4º ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013, p. 796).

pelo membro do “parquet”, vindo a instrumentalizar os meios ao desenvolvimento do devido processo legal, coadunando-se com os votos já proferidos no citado RE nº 593.727.

A chancela do poder de investigativo criminal do Ministério Público tem por ponto nodal a teoria dos poderes implícitos, onde se sufraga que se a carta constitucional instituiu o membro do “parquet” como o único titular da ação penal pública, ficando implícito os poderes necessários para o bem cumprir do desiderato constitucional, limitado esses poderes, é claro, as demais normatividades constitucionais.

A utilização dessa construção normativa a partir do sistema jurídico americano configura o fenômeno do transconstitucionalismo, no qual os multicentros jurídicos “dialogam”, seja em cooperação ou em conflito, para a solução de problemas jurídicos comuns.

Ousa-se, numa análise hipotética de constitucionalidade da respectiva proposta de emenda constitucional, argumentar pela inconstitucionalidade dela, por violação da cláusula pétrea da separação dos poderes (limitação material ao poder de reformar), em decorrência da concentração exclusiva do poder de investigação no Poder Executivo, o que feriria o núcleo intangível dessa cláusula.⁶⁴

Atento ao fato que essa afirmação levasse a discussão da natureza institucional do Ministério Público, onde não coadunamos com a tese de ser um quarto poder, fora elaborada a ilação de que caso não se vislumbrasse a violação da cláusula pétrea da separação dos poderes, de forma direta, construiu-se o raciocínio de que o poder de investigação do Ministério Público seria uma cláusula pétrea implícita, tendo em vista que o órgão alhures é um protagonista fundante na dinâmica do “*checks and balances*” entre os poderes.

Não obstante aos argumentos dissertados em prol do poder de investigação do Ministério Público, ocorreu o arquivamento da proposta de Emenda Constitucional nº 37, no dia 25 de junho de 2013. Isso decorrente de uma das reivindicações clamado pelo povo, que tomara as ruas do Brasil de assalto. Mais do que uma PEC contrária à sistemática normativa brasileira, tem-se uma proposta carecedor de legitimidade popular.

⁶⁴ “Na sua dimensão orgânico-funcional, o princípio da separação dos poderes deve continuar a ser encarado como princípio de moderação, racionalização e limitação do poder político-estadual no interesse da liberdade. Tal constitui seguramente o seu núcleo imutável”. (PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional - Um Contributo para o Estudo das Suas Origens e Evolução**. Coimbra: Editora Coimbra, 1989, p. 26).

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta**. 3º ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: atualizada até a Emenda Constitucional nº 105. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: **02 de fevereiro de 2020**.
- _____. Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 de junho de 2013. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12830.htm>. Acesso em: **02 de fevereiro de 2020**.
- _____. **Mensagem nº 251, de 20 de junho de 2013**. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 de junho de 2013. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Msg/VEP-251.htm>. Acesso em: **02 de fevereiro de 2020**
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CAETANO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. V. I.
- _____. **Direito Constitucional**. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. V. II.
- COMPARATO, Fábio Konder. **Ética – Direito, moral e religião no mundo moderno**. 3º ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- CALABRICH, Bruno. Investigação criminal pelo Ministério Público: uma renitente e brasileira polêmica. IN: FARIAS, Cristiano Chaves; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson (coords). **Temas atuais do Ministério Público**. 4º ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 7º ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 12º ed. Belo Horizonte: DelRey, 2006.
- LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. V. I.
- NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como Doutrina e Princípio Constitucional - Um Contributo para o Estudo das Suas Origens e Evolução**. Coimbra: Editora Coimbra, 1989.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22º ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- TRIGUEIRO, Oswaldo. **Problemas do governo democrático**. Brasília: Senado Federal, 1976.

Data de submissão: 15 de maio de 2020.

Data de aprovação: 05 de julho de 2020.