



**A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, À LUZ DA  
TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY: ESTUDO DO  
HC 91.613-MG/STF**

*CRIMINAL PROSECUTION OF PUBLIC MINISTRY AT THE LIGHT OF ROBERT  
ALEXY'S THEORY OF FUNDAMENTAL RIGHTS: THE CASE HC - 91 613 MG / STF*

**Alexandre Manuel Lopes Rodrigues<sup>1</sup>**

**Renato Belini de Oliveira Costa<sup>2</sup>**

**RESUMO**

O presente trabalho se propõe a analisar a constitucionalidade do caráter subsidiário das investigações criminais realizadas pelo Ministério Público enquanto nova tendência de consolidação de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal Brasileiro, vazada no HC 91.613/MG. Propõe-se, no presente trabalho, uma revisão da mencionada decisão pretoriana sob um olhar mais criterioso, especificamente sob a bandeira de um controle racional da decisão judicial, devendo-se utilizar para tanto os estudos do renomado doutrinador Robert Alexy sobre a matéria. Nossa pretensão não é propriamente pesquisar o que significa este caráter subsidiário das investigações, mas sim, investigar se a construção da decisão que levou a estabelecer esse modelo de investigação passa pelo crivo da racionalidade ou é mais um exemplo de mero decisionismo judicial, enquanto aspecto negativo do chamado “ativismo judicial”.

---

<sup>1</sup> Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará. Professor da Graduação e Pós-Graduação - Mestrado da Universidade da Amazônia (UNAMA) e da Faculdade Ideal (FACI). É Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Pará.

<sup>2</sup> Mestrando em Direito pela Universidade da Amazônia -UNAMA; Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Pará.



**Palavras-chave:** investigação criminal; Ministério Público; subsidiariedade; racionalidade; ponderação; igualdade.

## ABSTRACT

This paper aims to examine the constitutionality of the subsidiary nature of criminal investigations by prosecutors as new Brazilian Supreme Court jurisprudence consolidation trend, poured into the HC 91,613 / MG. It is proposed in this paper, a review of that decision under praetorian a more careful look, specifically under the banner of a rational control of the court decision, should be used for both studies the renowned theoretician Robert Alexy on the matter. Our intention is not really research what this means subsidiary nature of the investigations, but rather investigate whether the construction of the decision that led to establish this research model passes the test of rationality or is it more a case of mere judicial decisionism, while negative the so-called "judicial activism".

**KEYWORDS:** criminal investigation; Public ministry; subsidiarity; rationality; weighting; equality.

## 1. INTRODUÇÃO

No início do ano de 2003, um vereador do Município de Ribeirão das Neves-MG, ter-se-ia utilizado de sua função no Poder Legislativo municipal para facilitar a construção de um cemitério na cidade, empreendimento que seria realizado por uma determinada empresa. Em troca dessa facilitação, teria solicitado o pagamento de R\$ 12.000,00 (doze mil reais) a ser dividido entre aquele e outros cinco vereadores da Câmara Municipal de Ribeirão das Neves.

Tais fatos foram noticiados pela imprensa local tendo chegado por tal via a conhecimento da Promotoria de Justiça daquele Município, a qual não tardou em instaurar um procedimento administrativo investigatório. Com base no referido procedimento, o Ministério Público ofereceu denúncia contra o dito vereador imputando-lhe a suposta prática do crime



previsto no art. 332 do Código Penal Brasileiro (tráfico de influência). Notificado da denúncia, o acusado apresentou defesa preliminar em que alegou, entre outras coisas, a ilegitimidade da instauração de procedimento de investigação criminal pelo Ministério Público. O Juízo da respectiva Vara Criminal da Comarca de Ribeirão das Neves rejeitou a preliminar suscitada pela defesa e, diante da justa causa, recebeu a ação penal. Inconformada, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que denegou a ordem. Irresignada, interpôs recurso ordinário em *habeas corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça. A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça negou-lhe provimento. Enfim, ingressou com *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal, no qual suscita, em linhas gerais, a nulidade da ação penal fundada em procedimento investigatório criminal instaurado pelo Ministério Público. Trata-se do HC 91.613-MG julgado em 15 de maio de 2012, pela 2ª Turma do STF, cuja relatoria coube ao Ministro Gilmar Mendes, tendo sido denegada a ordem por unanimidade.

Esta não foi a primeira vez que o assunto foi levado a julgamento pelo Pretório Excelso, o qual não perdeu a oportunidade de reafirmar a possibilidade de o Ministério Público realizar investigações criminais, porém, o que chama a atenção é a repetição dos fundamentos da decisão proferida anteriormente no HC 89.837/DF, no sentido de reconhecer o aspecto subsidiário desta atividade, sinalizando a formação de jurisprudência sobre o tema.

À luz da nova tendência do Supremo Tribunal Federal, entendendo que a autoridade policial foi omissa ou mesmo de acordo com a qualidade da vítima/investigado, o Promotor pode instaurar um procedimento de investigação criminal. Se não quiser, requisita a instauração de inquérito policial ao Delegado de Polícia, afinal, só atua em caráter subsidiário.

Ocorre que, no caso sob comento, com todo o respeito que lhe é reservado, parece não ter o Supremo Tribunal Federal adotado critérios racionais na construção da decisão, preferindo uma postura de nítida política criminal, tanto é que passou despercebida a colisão



de direitos constitucionais fundamentais inerente à espécie, o que não poderia deixar de ser enfrentado.

Propõe-se, no presente trabalho, uma revisão da mencionada decisão pretoriana sob um olhar mais criterioso, especificamente sob a bandeira de um controle racional da decisão judicial, devendo-se utilizar para tanto os estudos do renomado doutrinador Robert Alexy sobre a matéria.

Nossa pretensão não é propriamente pesquisar o que significa este caráter subsidiário das investigações, mas sim, investigar se a construção da decisão que levou a estabelecer esse modelo de investigação passa pelo crivo da racionalidade ou é mais um exemplo de mero decicionismo judicial, enquanto aspecto negativo do chamado “ativismo judicial”.

Quanto à forma de organização do raciocínio será adotado o **método indutivo** pelo qual, a partir da observação de fenômeno particular (julgado do STF no HC 91.613/MG ) será estabelecida uma proposição mais geral (teoria da decisão judicial) que, por sua vez, deverá ser aplicada a outros fenômenos. Esse procedimento experimental será a condição fundante da pesquisa para, a partir da adoção da “Teoria da Argumentação Jurídica” de Robert Alexy, proceder ao exame da jurisprudência do STF sobre o tema, e responder a problemática que se coloca: se essa decisão é racional ou não. Daí porque a linha de pensamento jurídico **tópico-problemático**.

## **2. A CELEUMA**

O ponto de partida para entender-se o problema é a Constituição Federal de 1988. A partir da promulgação da Carta da República, o Ministério Público vem realizando diretamente investigações criminais sem requisitar à autoridade policial a instauração do inquérito.



Na medida em que a lei maior não se posiciona expressamente de forma a permitir ou proibir a possibilidade de a investigação criminal ser realizada diretamente pelo Ministério Público, este sustenta, em síntese, que, sendo os titulares da ação penal pública, não podem ser um mero coadjuvante durante a realização do procedimento preambular, motivo pelo qual poderiam, não só requisitar diligências ao delegado de polícia, mas realizá-las diretamente, se necessário e conveniente (quem pode o mais, pode o menos, alegam).

Esta disciplina constitucional vacilante somada à conjuntura de violência e caos social que se instala no país permite que o órgão em questão se ache legitimado para realizar tais medidas, o que provoca a reação de outras instâncias (OAB, Associações de Delegados, entre outras), estimulando-se assim a discussão sobre o tema a qual deságua nos Tribunais Brasileiros, ganhando importância, sobretudo, em função da qualidade dos envolvidos (geralmente autoridades públicas vêm sendo investigadas pelo MP).

Por sua vez, os órgãos colegiados mais abalizados deste País, estão longe de resolver a celeuma.

No ano de 1998, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, ao analisar a controvérsia, concluiu não caber ao membro do Ministério Público realizar, diretamente, investigações tendentes à apuração de infrações penais, mas somente requisitá-las à autoridade policial, competente para tal, nos termos do art. 144, §§ 1º e 4º da CFRB/88.

Não muito tempo depois, um Delegado de Polícia do DF, investigado pela suposta prática de crime funcional, foi notificado para comparecer ao Núcleo de Investigação Criminal e Controle Externo da Atividade Policial, órgão do Ministério Público Distrital, a fim de ser ouvido em “procedimento investigatório supletivo”. Impetrou HC junto ao TJDF; derrotado, buscou o Superior Tribunal de Justiça Brasileiro - STJ, que manteve a decisão. Recorreu ao Supremo Tribunal Federal Brasileiro - STF, que julgando o RHC nº 81.326 – DF



em 2003, novamente não admitiu a possibilidade de o Ministério Público realizar diretamente atos de investigação criminal.

A esta altura, o STF já contrariava a jurisprudência dominante em Tribunais Estaduais, Regionais Federais, e mesmo no Superior Tribunal de Justiça os quais já avalizavam a investigações criminais levadas a cabo pelo Ministério Público. Só para citar alguns, o TRF da 4ª Região, no HC 97.04.26750-9 admitiu a capacidade investigativa criminal do Ministério Público. Já o Superior Tribunal de Justiça sufragou a tese da admissibilidade da referida investigação no RHC nº 3.586-2, PA, 6º Turma.

Percebe-se que tal assunto habita o mundo jurídico há algum tempo. Busca-se sempre a correta interpretação da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional, o que deu ensejo a diversos posicionamentos doutrinários. Cumpre colacionar os principais argumentos e teses invocados que servirão para as nossas próprias conclusões.

Uma primeira corrente de pensamento aduz que o Ministério Público, sendo o único titular da ação penal pública, estaria legitimado a coletar os elementos que instruiriam a respectiva ação penal, pois “quem pode o mais pode o menos” (teoria dos poderes implícitos).

Alega-se, também, que não há proibição expressa na CF/88, aliás, haveria um permissivo implícito no art. 129 VI da Carta Magna (*Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: ...VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva*).

Igualmente, a legislação infraconstitucional também contempla o Ministério Público com a referida atribuição, nos termos da LC 75/03, art. 8º (*Art. 8º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência:*



...V - realizar inspeções e diligências investigatórias) e Resolução 13 do CNMP que delimita o procedimento investigatório promovido pelo *Parquet*.

Outro argumento é o de que o ônus da prova é todo do Ministério Público, o que é uma missão difícil, e por isso, estariam aptos a realizar pessoalmente as investigações.

Invoca-se também a teoria de que o *parquet* é um sujeito *sue generis* no processo: seria uma espécie de parte imparcial, na medida em que atuam como *custus legis*.

Uma última tese pode ser lembrada: a de que a atribuição de exercer o controle externo da atividade fim policial justificaria a criação de núcleos internos no Ministério Público capazes de avocar a investigação preliminar desenvolvendo-as diretamente, quando a Polícia não desempenhasse seu papel a contento.

Obtemperam que o crime organizado nunca foi tão desenvolvido; que a escalada da violência só se intensifica; que a sociedade está a mercê de bandidos sanguinários, etc., e o Estado com aparelhamento precário, policiais mal remunerados, no mais das vezes corruptos ou mesmo integrantes de quadrilhas, se encontra impotente, e a salvação, seria o Ministério Público, que dotado de capacidade investigativa criminal, resolveria o problema.

Por todos, é nesta toada o escólio de Lênio Luiz Streck e Luciano Feldens:

Nesse sentido, curioso notar-se que ao revés do que se passa no Brasil, na Europa processasse fenômeno nitidamente distinto. Sofrida pelo terrorismo – em alguns países mais que em outros – pela corrupção política, bem assim temerosa pela danosidade decorrente da criminalidade econômica (muito especialmente em face do delito de lavagem de dinheiro, a exigir tratamento uniforme no âmbito comunitário), já se fala, naquela ordem de domínio, em princípio da universalização da investigação, inclusive mediante a criação de organismos supranacionais ao desempenho de tal atividade, concêntricos e mais amplos aos que existem no âmbito interno de cada nação. (Lenio Luiz Streck e Luciano Feldens **in Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público**. Forense, Rio de Janeiro. 2003, p. 106-116)

E-Civitas - Revista Científica do Instituto de Ciências Humanas do UNI-BH –

Belo Horizonte, volume VIII, número 2, dezembro de 2015 - ISSN: 1984-2716.

Disponível em: <http://revistas.unibh.br/index.php/ecivitas> - E-mail de contato: [ecivitas@unibh.br](mailto:ecivitas@unibh.br)



De outro lado, argumenta-se que a CRFB/88, consoante o art. 144, §1º, IV e §4, confere exclusivamente à Polícia Judiciária a atribuição de presidir inquéritos policiais, salvo raríssimas exceções. Seria um desprestígio à referida instituição permitir-se que o Ministério Público capitaneasse investigações criminais preliminares em detrimento da Polícia, que tem por função constitucional a apuração de infrações penais.

Recorre-se também a uma interpretação histórica da CF, para lembrar que na Assembleia Constituinte de 88 enfrentou-se o tema da capacidade investigativa criminal do Ministério Público, mas optou-se por não conferir-lhe tal atribuição, e por isso, não há essa permissão, nem mesmo implicitamente, no art. 129 da CF/88.

Haveria, por outro lado, violação do devido processo legal, na medida em que o *parquet* estaria usurpando atribuição da Polícia Judiciária, se lhe fosse autorizada a persecução criminal extraprocessual. Ofender-se-ia, também o princípio da ampla defesa, pois haveria uma quebra da “paridade de armas”. Violaria o sistema acusatório, porquanto promove um desequilíbrio entre acusação e defesa. Ademais o ônus da prova é uma regra reservada à fase processual, não servindo para embasar a atuação extraprocessual dos membros do Ministério Público.

Sustenta-se que o Inquérito Policial é um procedimento inquisitivo e essencialmente sigiloso, de forma que a participação do Ministério Público daria publicidade indevida ao procedimento comprometendo a sua eficácia.

Defende-se que nem sempre quem pode o mais pode o menos e, além disso, seria extremamente prejudicial aceitar o Ministério Público como parte imparcial, na medida em que atuando na fase preliminar o membro do MP se colocaria em um estado psicológico de compromisso em denunciar, o que é uma distorção do procedimento.



Por derradeiro, não há disciplina legal satisfatória em relação à maneira de se efetivar o controle externo da Polícia, mas uma coisa é certa, esse controle não está a permitir nenhum tipo de avocação por parte do Ministério Público, no máximo devendo haver atuação conjunta e harmônica entre o *parquet* e a Polícia.

Desse grupo destacam-se as lições de Rogério Lauria Tucci:

Acresce, nesse particular, ao que já foi explanado, em sentido oposto, que, sobre inexistir, na realidade, essa pretendida concessão, o fato de ser o Ministério Público titular da ação, na defesa do interesse punitivo estatal, mostra-se, ele próprio, inibidor da sua atuação investigatória, posto que, como logo acima ressaltado, manifestamente interessado na colheita de prova desfavorável ao investigado, e, reflexivamente desinteressado da que lhe possa beneficiar.” (Rogério Lauria Tucci **in Ministério Público e Investigação Criminal**. RT, São Paulo. 2004, p. 85/86)

Pois bem, em que pese os últimos julgados de Tribunais Brasileiros e, sobretudo, do Supremo Tribunal Federal, estarem se harmonizando em um único sentido (exatamente o sentido adotado pelo HC 91.613-MG), este cenário de discussão ardorosa é apresentado para que se tenha consciência, e isso é extremamente necessário de partida, de que nós estamos diante de um *caso difícil*.

A interpretação constitucional pode envolver casos fáceis e casos difíceis. Os *casos fáceis* normalmente serão solucionáveis pelas regras e elementos tradicionais de hermenêutica e interpretação, envolvendo a aplicação de regras jurídicas, mediante subsunção. Nos casos difíceis, todavia, conforme BARROSO, a interpretação constitucional, sem deixar de ser uma atividade jurídica, sofrerá a influência da filosofia moral e da filosofia política<sup>3</sup>. Diante da possibilidade dessas influências extrajurídicas é necessário lançar mão de critérios de controle racional da intersubjetividade do julgador.

---

<sup>3</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2ª Ed. 2010. São Paulo: Ed. Saraiva. Pág. 287.



Neste sentido, as lições do autor acima citado:

“Os métodos de atuação e de argumentação dos órgãos judiciais são essencialmente *jurídicos*, mas a natureza de sua função, notadamente quando envolve a jurisdição constitucional, é inegavelmente *política*. Isso se deve ao fato de que o intérprete desempenha uma atuação criativa – pela atribuição de sentido a cláusulas abertas e pela realização de escolhas entre soluções alternativas possíveis –, mas também em razão das consequências práticas de suas decisões, que afetam o equilíbrio entre os Poderes e os deveres que lhe são impostos. Melhor do que negar o aspecto político da jurisdição constitucional é explicitá-lo, **para dar-lhe transparência e controlabilidade**<sup>4</sup>. (*Grifo nosso*).

Sem embargo da qualidade dos argumentos invocados por cada uma das correntes de pensamento acima retratadas, considerando a dificuldade do caso retratado no HC 91.613-MG, propomos mudar o enfoque para, ao invés de estabelecer qual a melhor opção, partir da premissa de que ambas estão corretas, uma vez que estão consubstanciadas em direitos e valores fundamentais consagrados na Constituição Federal Brasileira de 1988, aliás, esta é a pergunta oportuna: estão em jogo direitos ou valores fundamentais da Constituição Federal Brasileira?

### **3. O PRINCÍPIO DOS PODERES IMPLÍCITOS COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL E SUA COLISÃO COM O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE**

Utilizou-se como fundamento da decisão no HC.91613-MG, para se reconhecer poderes investigatórios criminais ao Ministério Público, o argumento de que, *implicitamente*, estariam recepcionados pelo art. 129 da Constituição e, mesmo entendendo que a Constituição não lhe tenha conferido expressamente os tais poderes, deve-se aplicar a *doutrina dos poderes implícitos*, considerando-se que se a Constituição assegura-lhe a competência privativa para promover a ação penal pública, deve, igualmente, garantir-lhe os meios necessários para tal fim.

---

<sup>4</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Op. Cit.** Pág. 287.



A conhecida *doutrina dos poderes implícitos* tem suas origens na escola clássica do constitucionalismo norte-americano, radicada na concepção do Estado liberal. Trata-se de regra de interpretação, concebida no seio da Constituição americana, e como atribuía amplos poderes ao governo dos Estados Unidos, necessitava assegurar-lhe também os mais amplos meios para a sua execução<sup>5</sup>.

A matéria encontrou bela síntese em voto do Ministro Celso de Mello, na Ação Direta de inconstitucionalidade n. 2.797 – 2 – DF, onde se disse:

"(...) Impende considerar, no ponto, em ordem a legitimar esse entendimento, a formulação que se fez em torno dos poderes implícitos, cuja doutrina, construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no célebre caso McCULLOCH v. MARYLAND (1819), enfatiza que a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos. Cabe assinalar, ante a sua extrema pertinência, o autorizado magistério de MARCELO CAETANO ("Direito Constitucional", vol. II/12 - 13, item n. 9, 1978, Forense), cuja observação, no tema, referindo - se aos processos de hermenêutica constitucional – e não aos processos de elaboração legislativa – assinala que, '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' (grifei). Esta Suprema Corte, ao exercer o seu poder de indagação constitucional - consoante adverte CASTRO NUNES (Teoria e Prática do Poder Judiciário, p. 641/650, 1943, Forense) - deve ter presente, sempre, essa técnica lógico - racional, fundada na teoria jurídica dos poderes implícitos, para, através dela, mediante interpretação judicial (e não legislativa), conferir eficácia real ao conteúdo e ao exercício de dada competência constitucional, consideradas as atribuições do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, dos Tribunais Regionais Federais e dos Tribunais de Justiça, tais como expressamente relacionadas no texto da própria Constituição da República. Não constitui demasia lembrar, neste ponto, Senhora Presidente, a lição definitiva de RUI BARBOSA (Comentários à Constituição Federal Brasileira, vol. I/203- 225, coligidos e ordenados por Homero Pires, 1932, S

---

<sup>5</sup> BITENCOURT, Cesar Roberto. **Política Criminal Contemporânea**: criminologia, direito penal e direito processual pena. Coord. Alexandre Wunderlich; Andrei Zenkner Schmidt... [et al.] – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. Pág. 277.



araiva),cuja precisa abordagem da teoria dos poderes implícitos - após referir as opiniões de JOHN MARSHALL, de WILLOUGHBY, de JAMES MADISON e de JOÃO BARBALHO

- assinala: Nos Estados Unidos, é, desde MARSHALL, que essa verdade se afirma, não só para o nosso regime, mas para todos os regimes. Essa verdade fundada pelo bom senso é a de que

- em se querendo os fins, se hão de querer, necessariamente, os meios; a de que se conferimos a uma autoridade uma função, implicitamente lhe conferimos os meios eficazes para exercer essas funções. (...). Quer dizer (princípio indiscutível) que, uma vez conferida uma atribuição, nela se consideram envolvidos todos os meios necessários para a sua execução regular. Este,

o princípio; esta, a regra. Trata-se, portanto, de uma verdade que se estriba ao mesmo tempo em dois fundamentos inabaláveis, fundamento da razão geral, do senso universal, da verdade evidente em toda a parte - o princípio de que a concessão dos fins importa a concessão dos meios (...). " (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 2.797-2-Distrito Federal)

Pois bem, segundo BARROSO é perfeitamente possível a *colisão entre direitos fundamentais e outros valores constitucionais* voltados para a proteção do interesse público ou do interesse coletivo. O autor até aponta exemplos extraídos da própria jurisprudência do STF:

“Este será o caso, por exemplo, de uma demarcação de terras indígenas que, por sua extensão, possa colocar em risco a perspectiva de desenvolvimento econômico de uma Federação. Ambiente bastante típico desta modalidade de colisão é o da preservação de direitos individuais à liberdade, ao devido processo legal e à presunção de inocência diante da apuração e punição de crimes e infrações em geral, inseridas no domínio mais amplo da segurança pública”<sup>6</sup>.

Com efeito, não se pode negar que o exercício da ação penal pública possui natureza de interesse constitucional fundamental de operacionalidade do direito penal, inserida no domínio maior da segurança pública. Assim, se da titularidade da ação penal pública se extrai o princípio de que quem pode o mais pode o menos, no caso investigar (teoria dos poderes

---

<sup>6</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 2ª Ed. 2010. São Paulo: Ed. Saraiva. Pág. 332.



implícitos), é lícito inferir ter este princípio também natureza de interesse constitucional fundamental de persecução penal, aspecto da pretensão punitiva.

Por outro lado, temos a situação do paciente no HC. 91.613-MG que, sem nenhuma dúvida, invocou o princípio constitucional da legalidade como norma de proteção contra a pretensão estatal de persecução criminal operada pelo Ministério Público, uma vez que, segundo alega, não existe uma autorização constitucional expressa nesse sentido, sendo esta uma atribuição exclusiva da Polícia Judiciária.

Pois bem, estamos diante de um dos mais difíceis dilemas do direito atual, um *hard case* que os institutos jurídicos tradicionais não estão aptos a solucionar. É inegável a inadequação do método subsuntivo para a formulação da norma concreta que irá resolver a controvérsia.

#### **4. A NECESSIDADE DE DESLOCAR O ENFOQUE PARA A TEORIA DA DECISÃO, DIANTE DO “HARD CASE”**

O que se defende aqui é um estudo da ciência do direito como teoria da decisão e não como teoria da norma ou teoria da interpretação, de maneira que, neste contexto, a ciência jurídica assume o que chamamos *modelo empírico*.

Antes de mais nada, impõe-se esclarecer com TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR<sup>7</sup>, que o sentido deste modelo empírico da ciência do direito diz respeito ao pensamento jurídico como um sistema explicativo do comportamento humano. Nestes termos, o modelo empírico aqui tratado deve ser entendido não como *descrição* do direito como realidade social, mas como investigação dos instrumentos jurídicos de e para o controle do comportamento. Não se trata de saber *se* o direito é um sistema de controle, mas, assumindo-se que ele o seja, *como devemos* fazer para exercer esse controle. Nesta toada, a ciência

---

<sup>7</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A Ciência do Direito**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 1980. Pág. 87.



jurídica se revela não como teoria sobre a decisão mas como teoria *para* a obtenção da decisão.

A grande dificuldade de expor a questão nos moldes propostos está em que, ao contrário dos modelos analítico e hermenêutico, característicos das teorias normativa e hermenêutica, respectivamente, uma teoria da decisão jurídica está ainda para ser feita. Enquanto encontramos diversas propostas de teorias acabadas abrangendo o sistema normativo e interpretativo, o fenômeno da decisão é quase sempre analisado parcialmente, disperso nos quadros da dogmática jurídica material, da teoria do método e do processo, da administração, etc.

Deste modo, curiosamente, embora a produção de decisões vinculantes e obrigatórias seja um tema incontornável para o jurista, a sua discussão, em termos de ciência jurídica ou é restrita à discussão filosófica da legitimidade do direito ou se perde em decisões esparsas e não aprofundadas de técnicas decisórias (legislativas, administrativas, judiciárias). Nossa tarefa desdobra-se, nestes termos, primeiramente em encontrar, ao menos como hipótese de trabalho, um sentido nuclear para o que se possa chamar de decisão, para depois examinar os instrumentos conceituais tradicionais usados pelo jurista para captá-la e, finalmente, mostrar os caminhos que vêm sendo abertos nos últimos anos, com o intuito de dar à teoria da decisão jurídica uma racionalidade capaz de controlar a intersubjetividade do seu produtor.

Optou-se pela teoria da argumentação jurídica de ROBERT ALEXY. A Teoria da Argumentação Jurídica – A teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica foi apresentada em 1976, como tese de doutorado, na Faculdade de Direito da Georg-August-Universität de Göttingen, sob orientação do Professor Ralf Dreier.

Segundo ALEXY, a racionalidade que, nas ciências da natureza, apresenta-se sob a forma da verdade de suas proposições, no Direito apresenta-se como ciência normativa e é



evidenciada pela correção de suas assertivas. Esta correção deve estar presente tanto na teoria quanto na prática jurídica, pois ambas carecem de demonstração racional de suas afirmações<sup>8</sup>.

Os juízos de valor (axiologia) e os juízos de dever (deontologia) têm sua verdade atingida argumentativamente com a observância de regras do discurso. Sua verdade é chamada de correção. Trata-se de uma maneira de objetivar essas valorações.

Para esse desiderato, impõe-se uma mudança de paradigma no estudo da hermenêutica jurídica, que não se satisfaz mais com o modelo clássico centrado no problema da complementação – as lacunas da lei – donde se invocavam os cânones de interpretação (hermenêutica): gramatical, autêntica, teleológica, histórica, comparada, sistemática. O problema agora é o da fundamentação: a questão da decidibilidade do juiz em função do elemento valorativo. Para ALEXY, a pergunta é:

“Onde e em que medida são necessárias valorações, como deve ser determinada a relação dessas com os métodos da interpretação jurídica e com os enunciados e conceitos da dogmática jurídica, e como podem ser racionalmente fundamentadas ou justificadas essas valorações.

A resposta a essas perguntas é de grande importância teórica e prática. Dela depende, ao menos em parte, a decisão sobre o caráter científico da jurisprudência. Ela tem, além disso, um relevante peso em relação ao problema da legitimidade da regulação dos conflitos sociais mediante decisões judiciais. Isso porque, quando subjazem valorações às decisões dos tribunais (ainda que essas valorações não se possam fundamentar racionalmente), as convicções normativas faticamente existentes, ou melhor, as decisões de um grupo profissional formam a base, em muitos casos, não ulteriormente legitimada nem legítimável, de tais regulações de conflitos<sup>9</sup>.

A teoria da argumentação jurídica é perfeitamente aplicada aos direitos fundamentais e tem como finalidade a fundamentação racional de juízos concretos de *dever ser* no âmbito

---

<sup>8</sup> ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica. São Paulo: Landy, 2008. Pag. 46.

<sup>9</sup> ALEXY, Robert. **Op. Cit.** Pág. 38-39.



dos direitos fundamentais. A racionalidade da fundamentação exige que o percurso entre as disposições de direitos fundamentais e os juízos de *dever ser* seja passível de controles intersubjetivos.

Deve-se aliar à hermenêutica jurídica, regras pragmáticas da argumentação desenvolvidas para esse fim, dentre as quais a de que a determinação do peso dos argumentos deve ocorrer segundo regras de **ponderação**.

Entendemos que a única maneira de encontrar o resultado constitucionalmente adequado para o problema apresentado é através da utilização da *técnica da ponderação*.

## **5. A COLISÃO DE NORMAS CONSTITUCIONAIS**

Antes de realizarmos a experiência da ponderação no caso que se apresenta, convém tecer considerações acerca da distinção entre a solução de colisões entre princípios e a solução de antinomias legais.

A antinomia de regras se resolve através de uma das duas maneiras seguintes: a) introdução de uma cláusula de exceção em uma das regras, o que permite que ela continue sendo válida no ordenamento jurídico; b) declaração de invalidade de uma das regras contraditórias, através dos critérios tradicionais (hierárquico, cronológico e especialidade).

A colisão entre princípios, como ocorre na espécie que se discute, tem outro desfecho: quando dois princípios entram em colisão, um deles terá que ceder ao outro, mas isso não significa que o princípio desprezado tenha que ser declarado inválido ou que tenha que ser produzida uma cláusula de exceção. A solução reside no fato de que, de acordo com determinadas circunstâncias, analisadas no caso concreto, através da utilização da técnica da ponderação, um princípio deve preceder ao outro. Nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes, tendo precedência aqueles com maior peso.



É dizer: conflitos entre regras ocorrem na dimensão da **validade**, enquanto colisões entre princípios (só princípios válidos podem colidir), ocorrem na dimensão do **peso**.

Além da colisão entre princípios acima mencionada, BARROSO<sup>10</sup> identifica dois outros tipos de colisão: a) colisão entre direitos fundamentais e; b) colisão entre direitos fundamentais e outros valores e interesses constitucionais. A colisão entre direitos fundamentais não deixa de ser uma particularização das colisões entre princípios. É que a estrutura normativa e o modo de aplicação dos direitos fundamentais se equiparam aos princípios. Pode haver também a colisão entre direitos fundamentais e outros valores constitucionais, voltados para a proteção do interesse público ou do interesse coletivo. Ambiente bastante típico da segunda modalidade de colisão é o da preservação de direitos individuais à liberdade, ao devido processo legal e à presunção de inocência, diante da apuração e punição de crimes e infrações em geral, inseridas no domínio mais amplo da segurança pública.

ALEXY<sup>11</sup> exemplifica esta última espécie de colisão com um caso retirado da jurisprudência da Suprema Corte Alemã: discutia-se a admissibilidade de realização de uma audiência com a presença de um acusado que, devido à tensão desse tipo de procedimento, se negava a participar do ato alegando que corria o risco de sofrer um derrame cerebral ou um infarto. Há uma nítida colisão entre o interesse público de operatividade do sistema penal (segurança pública) x direito à vida e integridade física do acusado.

## 6. A TÉCNICA DA PONDERAÇÃO

Concebe-se a ponderação como uma técnica de decisão jurídica, aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente. Trata-se de um processo

---

<sup>10</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Op. Cit.** Pág. 330.

<sup>11</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª Ed. 3ª Tiragem. São Paulo: Ed. Malheiros, 2014, P. 94.



em três etapas: 1ª Etapa – cabe ao intérprete detectar no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais colisões entre elas; 2ª Etapa – cabe examinar os fatos, as circunstâncias do caso e sua interação com os elementos normativos; 3ª Etapa – nesta fase, a norma (ou normas) e a repercussão dos fatos no caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa, para daí extrair a norma precedente.<sup>12</sup>

Vale ressaltar que todo esse processo intelectual tem como fio condutor o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade.

Pois bem, neste ponto imagina-se já termos detectado as normas relevantes para a solução do caso e identificado entre elas uma colisão. Senão vejamos: a titularidade da ação penal pública por parte do Ministério Público (art. 129, I da CF) possui natureza de interesse constitucional fundamental de operacionalidade do direito penal, inserida no domínio maior da segurança pública. Assim, se da titularidade da ação penal pública se extrai o princípio de que quem pode o mais pode o menos, no caso investigar (teoria dos poderes implícitos), é lícito inferir ter este princípio também natureza de interesse constitucional fundamental de persecução penal, aspecto da pretensão punitiva. Por outro lado, temos a situação do paciente do HC 91.613-MG, o qual invocou o princípio constitucional do devido processo legal que tem como corolário o princípio da legalidade (art. 5º LIV c.c. art. 5º II da CF) como norma de proteção contra a pretensão estatal de persecução criminal operada pelo Ministério Público, uma vez que, realmente, não existe uma autorização constitucional expressa nesse sentido.

Cabe examinar agora os fatos, as circunstâncias do caso e sua interação com os elementos normativos (2ª etapa) para, enfim, apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa, e então extrair a norma precedente (3ª etapa).

---

<sup>12</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Op. Cit.** P. 335/336.



Quando um princípio limita a possibilidade jurídica de cumprimento do outro, deve-se, observadas as circunstâncias do caso concreto, estabelecer uma relação de precedência entre ambos.

É sobretudo importante asseverar que a relação de precedência deve ser **condicionada**, ou seja, devem ser fixadas condições para que um princípio tenha precedência em face de outros, sendo que, sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária. A questão decisiva é, portanto, sob quais condições qual princípio deve prevalecer e qual deve ceder.

Pois bem, voltando ao tema em testilha, analisemos um cenário hipotético, aliás, que correspondente a anterior jurisprudência do STF: o Ministério Público, diante da notícia de um fato, tinha o dever de instaurar um procedimento de investigação criminal e o fazia, com base na teoria dos poderes implícitos, o que ocorria em todo e qualquer caso (ainda não havia sido construída a teoria da subsidiariedade); o investigado, por sua vez, insurgia-se argumentando não ser este o devido processo legal de investigação, uma vez que, não havia previsão legal expressa que autorizasse o *Parquet* a proceder desta maneira. Eis a situação de tensão.

Nesse caso, pode-se sustentar uma precedência geral da possibilidade de investigar, no caso de ser esta atividade um *múnus* público, uma função da qual aquele órgão não cabe dispor. A condição de precedência e, com isso, o suporte fático da regra, é de que esta investigação se dê em todos os casos, não podendo o Ministério Público se negar quando acionado.

Observe-se agora o cenário que se apresenta quando permite-se que o Ministério Público decida os casos em que vai atuar, consequência do tão falado **caráter subsidiário** da investigação: nesse caso, as circunstâncias da atuação (subsidiária, apenas em determinados casos selecionados), comprometerá o **princípio da igualdade**, tanto em relação ao



investigado, quanto sob a ótica *erga omnes*. Observe-se que não é necessário invocar o princípio da legalidade, porque o devido processo legal resta maculado, mas no aspecto da igualdade. Nessa situação, não é possível sustentar uma precedência geral da possibilidade de investigar, pois, como dito, violaria o princípio constitucional da igualdade, previsto no art. 5<sup>a</sup> “Caput” da Carta Maior.

A partir da percepção deste segundo cenário, é possível formular o seguinte enunciado: se o Ministério Público realizar investigações criminais em caráter subsidiário, em função da seletividade dos casos, isso implica em violação ao princípio da igualdade, então, a realização do procedimento lesa o direito fundamental garantido no art. 5<sup>o</sup>, “Caput” da CF/88. É lícito concluir, com ALEXY, que sob estas condições, se verifica uma violação a um direito fundamental, razão pela qual ela deve ser proibida, senão vejamos:

“Esse enunciado conduz a um ponto importante para a teoria das relações de precedências condicionadas. Salta aos olhos que nela não se faz menção à precedência de um princípio, de um interesse, de uma pretensão, de um direito ou de um objeto semelhante; na verdade, são indicadas *condições* sob as quais se verifica uma *violação a um direito fundamental*. Se uma ação viola um direito fundamental, isso significa que, do ponto de vista dos direitos fundamentais, ela é proibida<sup>13</sup>.”

Partindo da evidência de que o princípio da igualdade somente proíbe que o essencialmente igual seja tratado desigualmente, sem implicar, contudo, que o essencialmente desigual seja necessariamente tratado conforme a desigualdade existente, a jurisprudência dos tribunais, sobretudo das Cortes constitucionais, têm procurado firmar tecnicamente critérios que se ofereçam ao exame concreto de cada situação ou caso para averiguar se caem ou não debaixo da proteção constitucional da isonomia.

---

<sup>13</sup> ALEXY, Robert. **Op. Cit.** Pág. 98.



Neste diapasão, BONAVIDES é enfático ao afirmar que os pressupostos ou critérios erigidos por essa doutrina jurisprudencial gravitam ao redor de um eixo básico, a saber, o conceito de arbítrio, transcrevemos:

Havendo arbítrio ou arbitrariedade, haverá sempre lesão de direitos, seja do juiz no aplicar a norma, seja do legislador no formular a lei. Os pressupostos do vício de arbitrariedade ocorrem quando não se encontra um fundamento racional – plausível – deduzido da natureza das coisas, para estipular e justificar diferenciações legais, ou para ministrar tratamento igual. Ocorrem também quando inexistente fundamento fático evidente com que assentar e legitimar reais diferenciações ou determinar semelhante tratamento isonômico”.<sup>14</sup>

Ora, o princípio da igualdade adequado ao processo penal, traduz-se no chamado *princípio da paridade de armas*. Trata-se de princípio que decorre do mandamento de que todos são iguais perante a lei encontrado no art. 5º, caput, da Constituição Federal, devidamente adaptado ao Processo Penal. Desse modo, por força do princípio em comento, as partes devem ter, em juízo, as mesmas oportunidades de fazer valer suas razões e ser tratadas igualitariamente, na medida de suas igualdades, e desigualmente, na proporção de suas desigualdades. Eis que, como visto ao norte, quando o Ministério Público investiga o caso do paciente do HC 91.613-MG em detrimento de outros, está violando o princípio da paridade de armas e, portanto, a igualdade, sendo que, não há nenhum argumento racional que justifique isso.

Vale ressaltar também a violação da igualdade sob o aspecto *erga omnes*.

O inquérito policial rege-se pelo princípio da obrigatoriedade, segundo qual, uma vez que a autoridade policial toma conhecimento de um crime, terá o dever legal de instaurar o procedimento investigativo; o mesmo ocorre quando lhe é requisitado, pelo Juiz ou Ministério Público. Pois bem, observe-se que a subsidiariedade da investigação aventada no HC 91.613-

---

<sup>14</sup> BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta**. Temas políticos e constitucionais da atualidade com ênfase no federalismo das regiões. 3ª Ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004, P. 103.



MG, elimina totalmente a observância do princípio da obrigatoriedade. Esta liberdade de atuação ministerial culminou no surgimento de uma prática seletiva, ou seja, o Ministério Público escolheu a situação em que deu cabo às investigações. Em nosso pensar, isso induz uma violação do princípio da isonomia.

O que se sustenta é constituir direito de todo e qualquer investigado o de não ser processado quando for o caso, e para tanto lhe é interessante sofrer uma boa investigação preliminar, de qualidade, isenta, pois isso poderia culminar em não processo ou mesmo numa denúncia em um crime menos grave, por parte do membro do Ministério Público. Muitas vezes a polícia é mesmo ineficiente, seja pela precariedade da estrutura existente ou mesmo pela corrupção, e acaba deixando muito a desejar na coleta de elementos de provas, ultimando o Inquérito Policial contra o primeiro suspeito que apareça. Assim, a atuação do Ministério Público nesses casos, seria interessante para o investigado, pois contribuiria para uma melhor apuração o que poderia culminar em afastamento da responsabilidade do mesmo. É claro, está se raciocinando em termos de um Ministério Público atuando de forma realmente isenta, como dele se espera e em todo e qualquer caso.

Por outro lado, também se percebe uma violação à igualdade no sentido *erga omnes* quando se fecha as portas do órgão para um cidadão que o procura para investigar o furto de uma bomba d'água do seu quintal. Ora, baseado na experiência atual, o que se constata é o Ministério Público investigando casos envolvendo autoridades públicas, cidadãos famosos devido ao grande poder econômico ou qualquer outra pessoa pública, em fim, sua presença é determinada pela qualidade dos envolvidos. Não se vê o Ministério Público investigando processos envolvendo pessoas comuns, processos que não geram grande repercussão social, para os quais não apontam os holofotes. De maneira que o caráter subsidiário da investigação impede um cidadão comum de acessar este importante serviço essencial à justiça, daí mais um aspecto da violação ao princípio da igualdade.



Em conclusão, têm-se que estes três aspectos de violação da igualdade acima apontados, identificados na decisão do HC 91.613-MG, quais sejam, *violação da paridade de armas*, do *princípio da obrigatoriedade* e da *garantia do acesso à uma função essencial à justiça*, conformam o suporte fático de um enunciado (caráter subsidiário da investigação criminal pelo Ministério Público), o qual acaba violando o princípio fundamental inserto no art. 5º, “Caput” da CF, o que significa que, segundo ALEXY, do ponto de vista dos direitos fundamentais esse enunciado é proibido.

## 7. CONCLUSÕES

I. A interpretação constitucional pode envolver casos fáceis e casos difíceis. Os *casos fáceis* normalmente serão solucionáveis pelas regras e elementos tradicionais de hermenêutica e interpretação, envolvendo a aplicação de regras jurídicas, mediante subsunção. Nos casos difíceis, como o da espécie sob comento, a interpretação constitucional, sem deixar de ser uma atividade jurídica, sofrerá a influência da filosofia moral e da filosofia política. Diante da possibilidade dessas influências extrajurídicas é necessário lançar mão de critérios de controle racional da intersubjetividade do julgador.

II. Se da titularidade da ação penal pública se extrai o princípio de que quem pode o mais pode o menos, no caso investigar (teoria dos poderes implícitos), é lícito inferir ter este princípio também natureza de interesse constitucional fundamental de persecução penal, aspecto da pretensão punitiva. Por outro lado, temos a situação do paciente no HC. 91.613-MG que, sem nenhuma dúvida, invocou o princípio constitucional da legalidade como norma de proteção contra a pretensão estatal de persecução criminal operada pelo Ministério Público, uma vez que, segundo alega, não existe uma autorização constitucional expressa nesse sentido, sendo esta uma atribuição exclusiva da Polícia Judiciária. Pois bem, estamos diante de um dos mais difíceis dilemas do direito atual, um *hard case* que os institutos jurídicos



tradicionais não estão aptos a solucionar. É inegável a inadequação do método subsuntivo para a formulação da norma concreta que irá resolver a controvérsia.

III. A teoria da argumentação jurídica de ROBERT ALEXY é perfeitamente aplicada aos direitos fundamentais e tem como finalidade a fundamentação racional de juízos concretos de *dever ser* no âmbito dos direitos fundamentais. A racionalidade da fundamentação exige que o percurso entre as disposições de direitos fundamentais e os juízos de *dever ser* seja passível de controles intersubjetivos. Deve-se aliar à hermenêutica jurídica, regras pragmáticas da argumentação desenvolvidas para esse fim, dentre as quais a de que a determinação do peso dos argumentos deve ocorrer segundo regras de **ponderação**. Entendemos que a única maneira de encontrar o resultado constitucionalmente adequado para o problema apresentado é através da utilização da *técnica da ponderação*.

IV. Quando um princípio limita a possibilidade jurídica de cumprimento do outro, deve-se, observadas as circunstâncias do caso concreto, estabelecer uma relação de precedência entre ambos. É sobretudo importante asseverar que a relação de precedência deve ser **condicionada**, ou seja, devem ser fixadas condições para que um princípio tenha precedência em face de outros, sendo que, sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária. A questão decisiva é, portanto, sob quais condições qual princípio deve prevalecer e qual deve ceder. Se o Ministério Público realizar investigações criminais **em caráter subsidiário**, em função da seletividade dos casos, isso implica em **violação ao princípio da igualdade**, então, a realização do procedimento lesa o direito fundamental garantido no art. 5º, “Caput” da CF/88. É lícito concluir, com ALEXY, que sob estas condições, se verifica uma violação a um direito fundamental, razão pela qual ela deve ser proibida.



V. A decisão vazada no HC 91.613-MG, com todo o respeito, não passa pelo crivo do controle da intersubjetividade do julgador. Pautada em razões de política criminal, acaba traduzindo-se em mais um exemplo de ativismo judicial criativo, mas não racional.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica. São Paulo: Landy, 2008. Pag. 46.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª Ed. 3ª Tiragem. São Paulo: Ed. Malheiros, 2014, P. 94.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2ª Ed. 2010. São Paulo: Ed. Saraiva. Pág. 287.

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Política Criminal Contemporânea: criminologia, direito penal e direito processual pena**. Coord. Alexandre Wunderlich; Andrei Zenkner Schmidt... [et al.] – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. Pág. 277.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta**. Temas políticos e constitucionais da atualidade com ênfase no federalismo das regiões. 3ª Ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004, P. 103.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A Ciência do Direito**. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 1980. Pág. 87.