

NOTA TÉCNICA Nº 02 /2012

Proposta de Emenda à Constituição nº 37/11 – Câmara dos Deputados.

Ementa: Define a competência para a investigação criminal pelas polícias federal e civis dos Estados e do Distrito Federal.

Referência: Acrescenta o § 10 ao art. 144 da Constituição Federal

A Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), com o objetivo de colaborar para o bom evoluir do processo legislativo, vem externar o seu posicionamento a respeito das premissas equivocadas, da funcionalidade distorcida e da grave incoerência sistêmica inerentes à Proposta de Emenda à Constituição nº 37-A, de 2011, subscrita, dentre outros, pelo eminente Deputado Federal Lourival Mendes, que acresce um novo parágrafo ao art. 144 da Constituição da República, para dispor que *“a apuração das infrações penais de que tratam os §§ 1º e 4º deste artigo, incumbem privativamente às polícias federal e civis dos Estados e do Distrito Federal, respectivamente”*.

Principiando pelas premissas equivocadas que acompanham a justificativa do projeto, argumenta-se que (1) a aprovação da proposição não afetará a competência das CPIs; (2) a investigação criminal realizada pela Polícia Judiciária assume vital importância para a garantia do devido processo legal; (3) o inquérito policial é o único instrumento de investigação que tem prazo certo de duração e é passível de controle; (4) procedimentos informais são contrários ao Estado de Direito vigente; (5) a instrução dos processos é atualmente prejudicada e questionada perante os Tribunais Superiores; e (6) a investigação realizada pelo Ministério Público prejudica os direitos e garantias fundamentais do cidadão.

A primeira premissa certamente passa ao largo da própria configuração semântica da proposição ofertada. O advérbio “*privativamente*” denota característica ou atribuição peculiar ou afeta a um único sujeito ou objeto, com exclusão de qualquer outro. Como só a Polícia Judiciária poderá “*apurar*” as infrações penais, afigura-se evidente que as CPIs, a exemplo do Ministério Público, não mais poderão fazê-lo, o mesmo ocorrendo com as polícias internas da Câmara dos Deputados (CR/1988, art. 51, IV) e do Senado Federal (CR/1988, art. 52, XIII). A exemplo de outras normas situadas no plano infraconstitucional, também a norma do art. 33, parágrafo único, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, que dispõe sobre a atribuição dos tribunais para a investigação das infrações penais imputadas a magistrados, será automaticamente revogada. E em relação aos crimes imputados aos policiais (*v.g.*: corrupção, homicídio, tortura etc.)? Responde-se: serão investigados pelos próprios policiais. E aqui surge o questionamento, tal qual proposto por Juvenal em suas *Satires* (VI, linhas 347-348), que a proposição não se preocupou em responder: *quis custodiet ipsos custodes* (quem guardará os próprios guardas)?

A garantia do *due process of law*, de origem anglo-saxã e que foi recepcionada pelo art. 5º, LIV, da Constituição de 1988, quer seja analisada em sua dimensão procedimental, indicando a necessária observância dos ritos estabelecidos em lei, quer seja vista sob sua ótica substancial, que se preocupa com a justiça e razoabilidade dos padrões normativos, não oferece qualquer base de sustentação à proposição ora analisada. Afinal, é factível que essa garantia, ao absorver o contraditório e a ampla defesa, autoriza que qualquer litigante produza as provas necessárias à sustentação de sua pretensão. *In casu*, o Ministério Público será impedido de fazê-lo, enquanto o *ex adverso* ficará livre para buscar e produzir as provas que bem entender na defesa dos seus direitos. Nesse particular, o Supremo Tribunal Federal, dentre os inúmeros acórdãos em que reconheceu o poder investigatório do Ministério Público, afirmou que “[o] Poder Judiciário tem por característica central a estática ou o não-agir por impulso próprio (*ne procedat iudex ex officio*). Age por provocação das partes, do que decorre ser próprio do Direito Positivo este ponto de fragilidade: quem diz o que seja “de Direito” não o diz senão a partir de impulso externo. Não é isso o que se dá com o Ministério Público. Este age de ofício e assim confere ao Direito um elemento de dinamismo compensador daquele primeiro ponto jurisdicional de fragilidade. Daí os antiquíssimos nomes de “promotor de justiça” para designar o agente que pugna pela realização da justiça, ao lado da “procuradoria de justiça”, órgão congregador de promotores e procuradores de justiça. Promotoria de justiça, promotor de justiça, ambos a pôr em evidência o caráter comissivo ou a atuação de ofício dos órgãos ministeriais públicos” (2ª T., HC nº 97.969/RS, rel. Min. Ayres Britto, j. em 01/02/2011, DJ de 23/05/2011).

A terceira premissa, a de que o inquérito policial é o único instrumento de investigação que tem prazo certo de duração e é passível de controle, parece ignorar, primeiro, a advertência de Friedrich Müller (*Juristische Methodik*, 9ª ed., 2004, p. 470) no sentido de que a norma deve ser delineada pelo intérprete a partir da interação entre o texto e a realidade. Em outras palavras, não há norma desconectada do contexto socioambiental. Normas dissociadas do contexto normalmente não têm potencialidade de realização, ocorrendo a denominada derrogação costumeira ou desuso ("*Phänomen der Derogation durch Gewohnheitsrecht – desuetudo*" – Robert Alexy. *Begriff und Geltung des Rechts*, 2002, p. 147). É bem verdade que o Código de Processo Penal estabelece prazo para a finalização do inquérito policial (v.g.: art. 10). No entanto, como a Polícia Judiciária, em não poucos casos, não dispõe da estrutura necessária à plena realização de suas funções, a sua inobservância é uma constante. Como os servidores, em alguns casos, não descumprem os prazos processuais de modo voluntário e a separação dos poderes é rotineiramente invocada pelos tribunais para rechaçar as pretensões, formuladas pelo Ministério Público, de promoção de políticas públicas, não há regra geral, qualquer consequência para a inobservância desses prazos, isso ao menos em relação aos réus soltos. Em segundo lugar, a proposição ignora que o Conselho Nacional do Ministério Público há muito disciplinou a forma e os prazos a serem observados, pelos órgãos de execução do Ministério Público, na tramitação dos procedimentos administrativos de natureza investigatória. A Resolução CNMP nº 13, de 2 de outubro de 2006, fala por si.

Procedimentos informais são, de fato, contrários ao Estado de Direito. Daí a razão de os órgãos de execução do Ministério Público sempre editarem uma portaria para o início de qualquer investigação e de se reportarem aos órgãos competentes da Administração Superior do Ministério Público, que controlam a tramitação e apuram responsabilidades, isso sem olvidar o relevante papel desempenhado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, ao qual qualquer do povo pode se dirigir. Além disso, somente praticam os atos autorizados pela ordem jurídica (v.g.: requisição de documentos, notificação de testemunhas etc.), não aqueles que somente encontram justificativa no imaginário individual.

A justificativa que acompanha a proposição ainda argumenta que as investigações realizadas pelo Ministério Público são questionadas perante os Tribunais Superiores e prejudicam a tramitação dos processos. Nesse particular, parece haver desconhecimento de que tanto o Supremo Tribunal, como o Superior Tribunal de Justiça sedimentaram sua jurisprudência no sentido de que o Ministério Público está constitucionalmente autorizado, como titular da ação penal, a instaurar procedimentos investigatórios de natureza criminal, os quais, é importante frisar, em nada se confundem com o inquérito policial, este sim instaurado exclusivamente pela Polícia Judiciária. Aliás, como exaustivamente demonstrado pela jurisprudência, o art. 144, § 1º, IV e § 4º, da Constituição da República não confere qualquer exclusividade investigativa às polícias federal e civil, ambas institucionalmente vocacionadas a subsidiar a atuação do Ministério Público. A título meramente ilustrativo, podem ser mencionados os seguintes acórdãos:

(1) pelo STF, 1ª T., HC nº 96.638/BA, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 02/12/2010, DJ de 01/02/2011; 2ª T., HC nº 77.371/SP, rel. Min. Nélson Jobim, j. em 1º/09/1998, *in* Revista de Direito do MPRJ nº 9/409; 1ª T., HC nº 96.617/MG, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 23/11/2010, DJ de 13/12/2010; Pleno, AP nº 396/RO, rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 28/10/2010, DJ de 28/04/2011; 2ª T., RE nº 468.523/SC, rel. Min. Ellen Gracie, j. em 01/12/2009, DJ de 19/02/2010; 2ª T., RE nº 449.206/PR, rel. Min. Carlos Velloso, j. em 18/10/2005, DJ de 25/11/2005; 2ª T., HC nº 97.969/RS, rel. Min. Ayres Britto, j. em 01/02/2011, DJ de 23/05/2011; 2ª T., HC nº 93.930/RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 07/12/2010, DJ de 03/02/2011; 2ª T., HC nº 94.127/BA, rel. Min. Celso de Mello, j. em 27/10/2009, DJ de 27/11/2009; 2ª T., HC nº 87.610/SC, rel. Min. Celso de Mello, j. em 27/10/2009, DJ de 04/12/2009; 2ª T., HC nº 90.099/RS, rel. Min. Celso de Mello, j. em 27/10/2009, DJ de 04/12/2009; e 2ª T., HC nº 89.837/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. em 20/10/2009, DJ de 20/11/2009; e (2) pelo STJ, 6ª T., RHC nº 11.670/RS, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 13/11/2001, DJU de 04/02/2002, p. 551; 5ª T., HC nº 33.462/DF, rel. Min. Laurita Vaz, j. em 27/09/2005, DJU de 07/11/2005, p. 316; 5ª T., HC nº 41.875/SC, rel. Min. Laurita Vaz, j. em 06/09/2005, DJU de 03/10/2005, p. 296; 6ª T., REsp. nº 494.320/RJ, rel. p/ o acórdão Min. Nilson Naves, j. em 28/10/2004; 5ª T., HC nº 34.151/SP, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. em 27/04/2004, DJU de 24/05/2002, p. 321; 5ª T., HC nº 25.238/GO, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. em 02/03/2004, DJU de 24/05/2004, p. 298; 5ª T., HC nº 18.060/PR, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. em 07/02/2002, DJU de 26/08/2002, p. 271; 6ª T., RHC nº 11.637/SC, rel. Min. Vicente Leal, j. em 06/12/2001, DJU de 18/02/2002, p. 499; 6ª T., RHC nº 11.670/RS, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 13/11/2001, DJU de 04/02/2002, p. 551; 5ª T., RHC nº 10.111/DF, rel. Min. Edson Vidigal, j. em 06/09/2001, DJU de 08/10/2001, p. 223; 5ª T., HC nº 12.685/MA, rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 11/06/2001, p. 240; 5ª T., RHC nº 8.106/DF, rel. Min. Gilson Dipp, j. em 03/04/2001, DJU de 04/06/2001, p. 186, RT 793/538; 5ª T., HC nº 13.368/DF, rel. Min. Gilson Dipp, j. em 03/04/2001, DJU de 04/06/2001, p. 194; 5ª T., RHC nº 10.403/DF, rel. Min. Felix Fischer, j. em 20/02/2001, DJU de 26/03/2001, p. 436; 5ª T., RHC nº 9.922/DF, rel. Min. Felix Fischer, j. em 13/12/2000, DJU de 05/02/2001, p. 114; 5ª T., RHC nº 10.725/PB, rel. Min. Gilson Dipp, j. em 03/02/2000, DJU de 08/03/2000, p. 137; 5ª T., HC nº 7.445/RJ, rel. Min. Gilson Dipp, j. em 1º/12/1998, DJU de

1º/02/1999, p. 218, RT 764/507; e 6ª T., RHC nº 8.025/PR, rel. Min. Vicente Leal, j. em 1º/12/1998, DJU de 18/12/1998, p. 416.

Por fim, a última premissa que confere pretensa fundamentação à PEC nº 37-A, de 2011, afirma que a realização de investigações criminais, pelo Ministério Público, prejudicaria os direitos fundamentais dos cidadãos. Para dizer o menos, a tese é, no mínimo, inusitada. E isso por três razões básicas: (1ª) o Ministério Público, por imposição constitucional, é Instituição vocacionada à *"defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis"* (CR/1988, art. 127, *caput*), tendo a específica função institucional de zelar pelo efetivo respeito aos direitos assegurados na Constituição, *"promovendo as medidas necessárias à sua garantia"* (CR/1988, art. 129, II); (2ª) dentre os direitos fundamentais sociais encontra-se a *"segurança"* (CR/1988, art. 6º); e (3ª) a maior parte dos casos em que se discute a legitimidade do Ministério Público para investigar diz respeito a crimes praticados por policiais, incluindo Delegados de Polícia, vale dizer, justamente aqueles que deveriam zelar pela segurança da população são os responsáveis por aviltá-la, o que certamente se dá na esperança de que um espírito corporativo venha a garantir a impunidade. Esse aspecto foi bem realçado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do HC nº 60.976/ES, *verbis*: *"[n]a espécie, a atuação direta do Ministério Público na fase de investigação se revelou indispensável, por se tratar de infração penal cometida no âmbito da própria polícia civil. A partir da notícia levada a efeito pelas vítimas, cumpria ao Parquet, no exercício de sua missão constitucional de titular da ação penal pública, apurar os fatos, de forma a assegurar, de maneira eficaz, o êxito das investigações"* (6ª T., rel. Min. Og Fernandes, j. em 04/12/2011, DJ de 17/10/2011). Proibindo-se a atuação do Ministério Público, a quem as vítimas de violência policial

deverão procurar? Aos colegas e compadres do criminoso? Espera-se, sinceramente, que os nobres parlamentares não vejam a atuação do Ministério Público como algo atentatório ao bem estar da coletividade ou, pior, que não seja o momento de a Instituição zelar pelos interesses da população, de modo que, na plasticidade de José Saramago, *“por ser isto coisa do futuro... para só voltar quando fosse coisa do passado”* (Memorial do Convento. 16ª ed., 1986, p. 159).

Ainda em relação ao modo como o Ministério Público interage com os cidadãos, a PEC parece ignorar a realidade forense, em que os membros da Instituição, rotineiramente, arquivam procedimentos e pedem a absolvição de réus sempre que convencidos de sua inocência ou quando haja dúvida a respeito de sua culpabilidade.

Além de estar assentada em premissas equivocadas, a PEC nº 37-A, de 2011 também ostenta uma funcionalidade distorcida. Em regimes democráticos, a *ratio essendi* de um Parlamento sempre foi a de materializar, nos padrões normativos, os anseios da população, da qual é o mais lidimo representante. De nossa parte, é difícil acreditar que a população brasileira se sinta totalmente protegida pela Polícia Judiciária e integralmente ameaçada pelo Ministério Público. É, ainda, difícil imaginar que os desgastes constantemente assumidos pelo Ministério Público, máxime por estar constantemente em rota de colisão com os altos escalões do poder político e econômico, passem despercebidos pela população brasileira. Impedir que a Instituição investigue crimes, principalmente aqueles praticados por policiais, é, de fato, um anseio da população brasileira? Essa pergunta, por certo, será bem respondida pelos inúmeros parlamentares efetivamente comprometidos com a realização do interesse público, não com pequeninos interesses corporativos.

Por fim, releva observar que a PEC nº 37-A, de 2011, incorre em grave incoerência sistêmica. Afronta não só a possibilidade de as CPIs eventualmente apurarem a prática de infrações penais (CR/1988, art. 58, § 3º) e o Ministério Público exercer suas atribuições institucionais, como são as de instaurar processos administrativos (CR/1988, art. 129, VI) e promover o controle externo da atividade policial, como, também, mostra-se nitidamente inconstitucional por afrontar os direitos e garantias individuais, mais especificamente o limite material de reforma consagrado no art. 60, § 4º, IV, da Constituição de 1988: *“não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir” (...)* *“os direitos e garantias individuais”*.

Não é necessário um aguçado espírito científico para se constatar que a proteção aos direitos fundamentais, como a vida e a integridade física, não é alcançada, apenas, com a sua contemplação no texto constitucional. É necessário um *plus*. É preciso que o Poder Público ofereça os mecanismos necessários à sua projeção na realidade social e à recomposição da ordem constitucional sempre que seja identificada a violação desses direitos. Não haveria sentido, por exemplo, em assegurar (1) o direito de acesso à Justiça se o Poder Público não contratasse juízes e construísse tribunais; (2) o direito à vida, se não oferecesse assistência material aos desvalidos e aos desassistidos etc. É nesse contexto que se inserem as *“garantias institucionais”*.

As “*Institutionelle Garantien*”, largamente estudadas no direito germânico, há muito aportaram no direito pátrio, sendo comum a sua referência por autores como Emerson Garcia (Ministério Público..., 2008, p. 46-47) e Paulo Bonavides (Curso de Direito Constitucional, 2006, p 357). Devem ser incluídas sob essa epígrafe a proteção e as atribuições que a Constituição confere a certas instituições em razão de sua importância para a sociedade e para a preservação dos direitos fundamentais subjacentes a ela. Se o Supremo Tribunal Federal já reconheceu que o fato de o Ministério Público ser o titular da ação (CR/1988, art. 129, I) e realizar o controle externo da atividade policial (CR/1988, art. 129, VII) evidenciam a existência do poder implícito de promover investigações penais, afigura-se evidente que qualquer proposta que eliminar essa garantia institucional terá reflexos diretos no nível de satisfação dos direitos fundamentais, dentre eles a segurança pública, importando em verdadeiro retrocesso social.

Acresça-se que, por ocasião do 8º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, foi aprovada uma carta de princípios recomendando, aos Estados integrantes da ONU, a observância dos princípios ali estatuídos com o fim de maximizar as garantias e as potencialidades da atividade ministerial no combate ao crime. O item 15 dessa Carta está assim redigido: “[o]s magistrados do Ministério Público obrigam-se em especial a encetar investigações criminais no caso de delitos cometidos por agentes do Estado, nomeadamente atos de corrupção, de abuso de poder, de violações graves dos direitos do homem e outras infrações reconhecidas pelo direito internacional e, quando a lei ou a prática nacionais a isso os autoriza, a iniciar procedimento criminal por tais infrações”. Não bastasse a incoerência sistêmica no âmbito da ordem interna, a PEC nº 37-A, de 2011, também avilta a ordem internacional.

Em conclusão dessas breves considerações, que expõem os vícios que atingem a PEC nº 37-A, de 2011, espera a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) seja ela rejeitada e, ao final, arquivada.

Brasília, 24 de janeiro de 2012.



César Bechara Nader Mattar Jr.
Presidente