



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA

ANDRÉIA DE OLIVEIRA GOULART

**ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO PODER DE
INVESTIGAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO SOB A
ÓTICA DA PEC 37.**

Brasília

2013

ANDRÉIA DE OLIVEIRA GOULART

**ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO PODER DE
INVESTIGAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO SOB A
ÓTICA DA PEC 37.**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de graduação em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Professor Georges C. Frederico M. Seigneur.

Brasília

2013

AGRADECIMENTO

Á Deus por toda a sorte, a luz e a vida que me deu nessa longa jornada, á minha linda mãe por levar-me em seu colo todos os dias e ao meu Ilustre Orientador, por toda atenção e paciência despendida com tamanha maestria.

"As pessoas que
reverenciamos não passam
de velhacos que tiveram a
felicidade de não serem
apanhadas em flagrante
delito."

(O Vermelho e o Negro,
Stendhal, 1830.)

Sumário

INTRODUÇÃO	4
1 DA ATIVIDADE INVESTIGATIVA	5
1.1 Breve histórico.....	5
1.2 Conceito de investigação.....	6
1.3 Técnicas de investigação criminal - Interrogatório, infiltração policial, informante e vigilância.	8
1.4 Limites da investigação criminal.....	11
1.5 A investigação criminal defensiva	13
3 DA PEC 37/2011 E AS DISCUSSÕES NAS TRAMITAÇÕES NA CÂMARA DOS DEPUTADOS	21
3.1 A PEC 37 na Câmara dos Deputados.....	21
3.2 Da competência das Polícias Judiciária e do Ministério Público na Constituição Federal de 1988.....	26
4 OS EFEITOS DA PEC 37	31
4.1 Os Projetos de Lei e as tentativas de regulamentação.	31
4.2 Da Lei 12.830, de 20 de junho de 2013.....	40
CONCLUSÃO	42

RESUMO

O tema aqui tratado analisa a Proposta de Emenda Constitucional 37/2011, que versa sobre o poder de investigação, hoje inerente às Polícias Judiciárias, em relação ao Ministério Público. A investigação criminal é uma atividade exclusiva das Polícias, tendo em vista a previsão no próprio texto Constitucional, e observada a atipicidade da atividade, que exige não só conhecimentos estratégicos específicos, como também capacitação e treinamentos de campo direcionados. Em contrapartida, o MP possui competência investigativa para inquérito civil, o que faz dele um órgão capacitado sob todos os aspectos para tal. Há também que se falar das investigações conduzidas pelos órgãos administrativos, á exemplo da Receita Federal, e também que se falar em garantir a segurança jurídica e relação ás investigações criminais conduzidas pelo Ministério Público anteriormente á Constituição de 1988, fato este objeto de um artigo no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, qual seja o artigo 98, nas discussões da PEC 37. Por fim, analisa-se também os efeitos pós-julgamento da PEC 37, que foi derrubada por maioria quase que absoluta no Plenário da Câmara em 25 de junho de 2013, e os Projetos de Lei que dela derivaram.

Palavras-Chave: Investigação criminal, Polícias Judiciárias, Competência do Ministério Público.

INTRODUÇÃO

Este estudo em relação a exclusividade de investigação criminal pelas Polícias Judiciárias será elaborado a partir da exposição das controvérsias jurisprudenciais, análises das normas vigentes e explanações dadas, principalmente, pelo Supremo Tribunal Federal para analisar a Proposta de Emenda Constitucional 37/2011, sob a ótica dos pareceres emitidos pelas autoridades diretamente ligadas com o assunto e das emendas sugeridas, com as devidas fundamentações. Utilizar-se-á também, obras doutrinárias e os diversos pontos de vista de autores renomados, além da análise de teses de mestrado e doutorado para que conclua a demonstração da especificidade e peculiaridades do poder de investigar.

O estudo dogmático se funda, principalmente, na análise das controvérsias jurisprudenciais e doutrinárias e das discussões entre os parlamentares que opinaram sobre a PEC 37, para que se elabore o contexto lógico para argumentação.

As comparações com os sistemas de outros países, as análises críticas e comentários a respeito da doutrina e legislação farão parte do trabalho, com o intuito de reforçar a competência de investigar das Polícias Judiciárias, privativamente, restada, assim, a corroboração de que o desempenho de tal atividade incumbe a tais Polícias.

Assim, os capítulos deste estudo abrangerão as características da atividade de investigar - incluindo conceito, técnicas e garantias - discussões constitucionais e doutrinárias trazidas pelos parlamentares nas discussões durante o trâmite da Proposta e as justificativas para cada interpretação e voto pessoal, e, ainda a posição jurisprudencial da Suprema Corte brasileira do Judiciário, o STF.

Por última análise pertinente ao assunto, essencial é também estudar sobre o julgamento da PEC 37 e os reflexos deixados no mundo jurídico, além, é claro, de refletir e desmiuçar os Projetos de Lei propostos e Leis que surgiram, para que seja possível a apreciação e produção de diagnósticos possíveis e relevantes das competências e da segurança jurídica, que deverá ser prioridade.

1 DA ATIVIDADE INVESTIGATIVA

Nesse capítulo, abordar-se-á a atividade investigativa, sua evolução, formas de execução e características, de forma ampla, no Brasil. Festejar-se-á o enfoque no desempenho prático das polícias judiciárias, com vistas a clarear o estudo da Proposta de Emenda Constitucional número 37/2011, a partir de todo o ordenamento jurídico que normatiza tal atividade.

1.1 Breve histórico

João Marques Brandão Neto¹ aponta como início de investigações criminais detalhadas no Brasil as Ordenações Filipinas, que, por volta do ano 1603, chegaram ao Brasil, e eram derivadas das Ordenações Afonsinas, de 1456. As Ordenações Filipinas, enquanto vigoraram, mantiveram um sistema no qual a investigação, que hoje seria o inquérito policial e á época se chamava "devassa", se resumia á inquirição de testemunhas, conduzida por um juiz - que, por sua vez, ou era escolhido pelo rei, os chamados "de fora", ou escolhidos pelos "homens bons", os chamados "juizes ordinários".

A separação entre investigação e processo só se deu a partir da independência do Brasil, com o ato de número 81 de abril de 1824 o juiz da devassa passou a não mais poder julgar a causa. No entanto, as mudanças processuais ocorridas nesse momento histórico só foram consolidadas em 1832, quando adveio o primeiro Código de Processo Criminal, que também trouxe novidades, como os inspetores de quarteirão, que tinham a função de investigar e zelar pelo cumprimento da lei². Deu-se, então, o nome de corpo de delito para a investigação, que era feita por um juiz de paz, porém, quanto á propositura da ação penal, o Código era confuso, situação esta que proporcionou o aparecimento de ações ajuizadas por promotores, acusadores privados e até mesmo pela Justiça.

¹ BRANDÃO NETO, João Marques. A história da investigação criminal. Fórum da inteligência disponível em <http://forumdainteligencia.blogspot.com.br/2009/08/historia-da-investigacao-criminal.html#!2009/08/historia-da-investigacao-criminal.html> . Acesso em 06 de março de 2013.

² TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. A investigação criminal: atividade exclusiva da autoridade policial. Revista Jurídica Consulex, Distrito Federal, p.17, 31 ago. 2003.

Em 1841 aparece a figura do "delegado", que representava aquele que seria o responsável por investigar determinado caso por delegação dos chefes de polícia - só poderiam ser delegados os juizes e cidadãos e só poderiam ser chefes de polícia os desembargadores ou juizes de direito. Em 1842 é criada a figura da polícia judiciária, mas permanecem o título de "formação de culpa" ou "auto de corpo de delito", de titularidade para conduzir dos juizes e, agora, das polícias.

Em 1871 surge uma figura um pouco mais semelhante ao que hoje é o inquérito policial, porém, apesar de ser atribuição das polícias judiciárias, esta não atuavam em monopólio, tendo em vista que o Judiciário poderiam bem interferir como entendesse devido. Tinha-se como destinatário da investigação o promotor público, que integrava o Poder Judiciário.³

Sabidamente, destaca Edilson Santana Gonçalves⁴:

Historicamente, no Brasil, a investigação de crimes e de suas autorias, foi da alçada dos chamados Juizes de paz, agentes políticos, eleitos pelo povo, até o dia em que o imperador resolveu concentrar a função em suas mãos, transferindo-o à Polícia, o que perdura até os nossos dias, sem quaisquer garantias e independência dos seus agentes (Delegados de Polícia), sobretudo no tocante a inamovibilidade.

De 1891 á 1941, em decorrência da proclamação da República, vigoraram diversos códigos, sendo para cada estado um Código de Processo Criminal, que só deixaram de valer com a promulgação do atual Código de Processo Penal, em 1941, que trouxe o sistema acusatório ao Brasil. Sendo assim, a partir da Constituição Federal de 1988, houve a necessidade de se fazer modificações no Código da década de 50, para possibilitar o afastamento do Judiciário das investigações, tendo em vista os resquícios deixados pelo Império e, ainda, a Carta Magna trouxe direitos e garantias fundamentais para limitar a atuação estatal quando da persecução criminal .

1.2 Conceito de investigação

³ OPILHAR, Maria Carolina Milani Caldas. **Criminalística e Investigação Criminal**. UnisulVirtual, 2006.

⁴ GONÇALVES, Edilson Santana. **O poder de investigar**. Ministério Público e Sociedade, Fortaleza, P.13, 2003.

A persecução penal, vez que entendida como "atividade estatal de proteção penal"⁵ divide-se em duas etapas, quais sejam, inquérito policial e processo penal. No ponto de vista do jurídico, a investigação criminal é um conjunto de ações ordenadas e conexas entre si, que formam um procedimento, objetivando o esclarecimento de uma situação fática, da qual desconfia-se ser prática antijurídica reprovável delituosa.

José Frederico Marques⁶ acrescenta, ainda, que a atividade de titularidade do Estado de persecução penal tem caráter informativo, para levar ao titular da ação penal os elementos indispensáveis para a definição de materialidade e autoria e conseqüente dedução da pretensão punitiva. Na opinião do autor citado esta é a diferença entre investigação criminal - que busca indícios e provas razoáveis e suficientes para que se apalpe um quê de concretude para o oferecimento da denúncia - e instrução processual - que visa a produção de provas com vistas a legitimar aquilo que se pronuncia na acusação e na defesa e para legitimar também a pretensão punitiva, tendo em vista que a decisão do juiz não poderá ser fundamentada em provas produzidas somente em fase de investigação, conforme artigo 155 do Código de Processo Penal⁷.

Conforme a Constituição Federal, aos litigantes em processo administrativo ou judicial e aos acusados em geral são garantidos o Contraditório e Ampla Defesa, no entanto, não há que se falar, ainda na fase de investigação, no termo propriamente dito de "litigantes", pois não há sequer lide, nem em acusados pelo fato de ter a fase investigatória apenas o intuito de coletar elementos, isto significa dizer que não imputa fato delituoso, apesar, é claro, de ser livre o acesso deste e de seu procurador aos autos do inquérito.

Há pensamentos mais recentes, que consideram o inquérito policial algo mais que investigação, tendo em vista que ele suficientemente pode ser capaz de fazer insurgir contra o indivíduo uma ação penal, que coloque o cidadão na

⁵ Conceito de Ernst Belling, citado por José Frederico Marques (**Elementos do Direito Processual Penal**. Campinas: Bookseller, 1997, vol. I, p. 127).

⁶ MARQUES, José Frederico. **Elementos do Direito Processual Penal**. Campinas: Bookseller, 1997, vol. I, p. 127

⁷ Código Penal Brasileiro. Lei 3.689/41 Art. 155: O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

qualidade de réu perante a sociedade, e, até mesmo, fazer recair sobre ele medida cautelar passível de restringir direitos fundamentais. A despeito desta, a tese majoritária recai no sentido de ter o inquérito policial como instrumento de investigação que não visa sustentar tese acusatória, mas sim apurar fato do qual se suspeite ser delituoso e em caso afirmativo, trazer a tona a plausibilidade ou não de oferecimento da acusação, seja ela denúncia ou queixa-crime.⁸

Para concluir, a investigação é composta de atos administrativos e judiciais, com e sem jurisdição, temporalmente pré processual, não dialético, que visa o colhimento de subsídios capazes de formar escopo sólido para fundamentar instauração de processo, isto significa dizer, que inquérito policial não acusa e não é processo, é a preparação dele.

1.3 Técnicas de investigação criminal - Interrogatório, infiltração policial, informante e vigilância.

Interrogatório é ato formal, meio pelo qual a autoridade policial faz perguntas ao suspeito sobre o fato em questão. Pode-se utilizar também a inquirição da vítima, chamada de declaração, e das testemunhas, chamada de depoimento. Por ser ato formal, logicamente é estruturado a partir de técnicas, pois grande é a tendência do acusado de, até mesmo se confessar, falar dos fatos de forma a abrandar a sua situação⁹.

A primeira técnica é a da sequencia memorial, que mostra-se mais adequada quando o próprio interrogado voluntariamente se presta a narrar os fatos. Geralmente não segue exata sequencia temporal, no entanto é possível perceber aquilo que mais lhe parece importante, tendo em vista que será lembrado, tendendo a iniciar-se pelo ato executório.

Já a segunda é a da sequencia dos fatos. Para o uso dela é necessário que o inquirido demonstre interesse em relatar o ocorrido para que os fatos sejam expostos de forma clara, do início ao fim da execução do delito,

⁸ **O direito de defesa no inquérito policial.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 260

⁹ Técnicas mencionadas em aulas expositivas no Curso de Formação para Delegado de Polícia - Ministradas na Academia de Polícia Civil de Santa Catarina. Ano: 1998.

demonstrando quando e onde começou, porque e como se desenvolveu, quando terminou e quais as consequências percebidas.

Ocupando o terceiro lugar é possível citar a técnica da sequencia embaralhada - que passa a ser mais interessante se constatado que o inquirido optou por mentir. Faz-se perguntas embaralhadas quanto ao tempo e sequencia dos fatos, repete-se perguntas já feitas de modo que ao responder, se realmente estiver mentindo, o interrogado cairá em contradição ao ser induzido á isso. Nesta modalidade, somente respostas extremamente coerentes, lógicas e ordenadas satisfarão ás perguntas, ou seja, só a verdade se apresentaria harmônica suficiente pera tal.

Em penúltima posição, podemos fazer uso da técnica da sequencia protativa, desenvolvida para os casos em que se deseja testar também a veracidade do alegado. O investigador estabelece um momento e a partir dai faz perguntas mencionando intervalos - horas, dias, semanas - e questiona os atos praticados, companhias, lugares frequentados e outros detalhes. Caso o interrogado falte com a verdade, logo será possível constatar contradições.

Por fim, o método da sequencia retroativa. Esta parte do momento da comunicação do fato á autoridade policial e retroage temporalmente, até o momento da prática do delito. Utiliza a mesma tática da contradição utilizada na sequencia protativa.

Ainda no interrogatório, é necessário também avaliar a postura e o comportamento do investigado para eleger qual técnica acima será utilizada e se deverá o interrogado ficar a vontade para falar, se deverá ele ser persuadido a falar a verdade, induzido com perguntas ou desmentido com suas contradições.

Passando agora á infiltração policial, ainda de acordo com as técnicas utilizadas pela polícia¹⁰, pode-se considerar uma forma de investigação delicada, tendo em vista que oferece risco ao policial inserido na organização criminosa. Só pode ser feita com autorização judicial e, preferencialmente, com suporte também do Ministério Público.

¹⁰ Ib, ibidem.

Esta técnica é sabiamente definida por Marcelo Batlouni Mendroni¹¹, quando afirma o infiltrado passa a interagir dentro da organização criminosa, como se fosse um novo membro, podendo assim participar da rotina, dos problemas e até mesmo das decisões, compreendendo melhor o funcionamento para otimizar os instrumentos de combate das autoridades. Pressupõe recrutamento, seleção e treinamento de agente de polícia, que será inserto em determinada circunstância criminosa, com o objetivo de determinar materialidade, ou fase preparatória, e autoria delitiva e obter informações suficientes para desencadear operação policial sem frustrações.

A técnica do informante consiste na utilização do que se pode chamar de "fonte viva", ou seja, são indivíduos inseridos na comunidade, e, por isso, têm grande valor, conseguem a coleta de dados práticos precisos. Esta atividade deve ser regulamentada através de diretrizes elaboradas pelas polícias e fiscalizada pelas Corregedorias.¹²

Por fim, resta falar da técnica da vigilância. Como o próprio nome sugere, a vigilância consiste no monitoramento oculto de pessoas, lugares, atividades, com o intuito de descobrir a identidade de eventuais autores ou participantes de atividade delituosa. Importante é destacar que neste método deve-se atentar á possibilidade de haver uma contra vigilância, determinante para o êxito da operação.¹³

Em suma, merecem destaque três tipos de vigilância: a móvel, quando o investigador persegue o investigado - independente do meio de transporte, a fixa, que pressupõe uma base que não é móvel para o monitoramento de determinado ponto ou pessoa, e a eletrônica, que faz uso das tecnologias para acompanhar imagens ou interceptar ligações telefônicas ou de rádio.

A vigilância tem o escopo também de testar a confiabilidade de informantes, proteger agentes infiltrados, encontrar bens, localizar pessoas e, ainda, obter provas passíveis de apreciação judicial.

¹¹ MENDRONI, Marcelo Batlouni, Crime organizado - aspectos gerais e mecanismos legais. São Paulo: Atlas: 2007, p. 06.

¹² Ib, ibidem.

¹³ Ib, ibidem.

1.4 Limites da investigação criminal

Pelo fato de o Brasil ser um Estado Democrático de Direito, aonde a Constituição Federal é apelidada de "Constituição Cidadã", os limites, que também são postos na legislação infraconstitucional, são norteadores de toda a atividade investigativa, e são baseados principalmente do direito e garantias fundamentais e nos princípios constitucionais.

No sistema brasileiro de provas processuais, utiliza-se a livre convicção do juiz para que seja feito o convencimento, isto significa dizer que não há hierarquia entre provas. No entanto, o artigo 93, IX, da Constituição Federal, exige que este livre convencimento seja motivado, sob pena de nulidade, o que faz da atividade de jurisdição segura para os jurisdicionados, tendo em vista que deverão ser apresentadas razões de direito e de fato para o julgamento do cidadão já envolvido em processo criminal, já ultrapassada a fase investigativa - razões estas que abrirão as portas ao exercício do contraditório e ampla defesa.

Também observa-se a limitação na atividade investigativa que objetiva a colheita de provas: se uma prova acarreada aos autos violar um direito ou princípio constitucional, ela é tida como ilícita, e se violar a legislação ordinária, é tida como ilegítima, sendo que para os dois casos as provas, colhidas na fase de investigação ou na fase processual de instrução, em desacordo com o normativo serão consideradas ilícitas e deverão ser imediatamente desentranhadas do processo.

Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance¹⁴ definem de forma diversa, provas ilícitas como aquelas que violam o direito material e ilegítimas como aquelas que violam direito processual:

No campo das proibições das provas, a tônica é dada pela natureza processual ou substancial da vedação: a proibição tem natureza exclusivamente processual quando for colocada em função de interesses atinentes à lógica e à finalidade do processo; tem, pelo contrário, natureza substancial quando, embora servindo imediatamente também a interesses processuais, é colocada

¹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO; Antônio Magalhães. **Nulidades no processo penal**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 157.

essencialmente em função dos direitos que o ordenamento reconhece aos indivíduos, independentemente do processo.

Merecem destaque, também como garantias aos investigados, os Princípios da legalidade, da dignidade da pessoa humana e da presunção de inocência.¹⁵

O Princípio da legalidade é o que define como permitido aos cidadão fazer tudo aquilo que não lhes é proibido, já para o agente público observa-se uma outra situação: só lhe é permitido fazer o que é expressamente autorizado, isto significa dizer que não é deixado ao bel prazer da autoridade investigadora decidir como, o que e quando fazer determinado ato. Apesar de gozar de discricionariedade, aplicando também o Princípio da Impessoalidade, o diligenciante estará adstrito às leis, normas e regulamentação para atuar.

Já a dignidade da pessoa humana é norteadora de todo e qualquer normativo. Principalmente no âmbito do Processo Penal, e conseqüentemente da fase investigatória que precede a ação, este princípio deve ser invocado a todo instante, tendo em vista que há a sobreposição de interesses muitas vezes, da sociedade sobre o do particular, para que se torne legítima a violência estatal praticada, que gera a perda ou supressão de alguns direitos. Por exemplo, em uma revista pessoal feita por Policial Militar o indivíduo tem revelado algum segredo de sua intimidade por um objeto encontrado sob sua posse.

Considerando o que fora dito supra, o princípio da dignidade da pessoa humana ao mesmo tempo que protege o cidadão e garante que ele não será colocado em situação desumana, que o fará ocupar posição bárbara ou cruel, legitima a atuação estatal de poder de polícia e a aplicação da violação necessária para tal, dentro dos limites legais.¹⁶

De altíssima relevância é também o princípio constitucional da presunção de inocência, que prevê a impossibilidade de se considerar culpado indivíduo sem condenação criminal transitada em julgado que o condene, ou seja, só poderá levar o título de culpado e por ele pagar sanção que lhe é devida

¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. Juri: **Princípios Constitucionais**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999.

¹⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. 7^a ed. São Paulo: RT, 2012.

criminalmente aquele sob quem versar decisão condenatória não mais passível de recurso, situação esta que faz ligar este princípio ao do devido processo legal - todas as etapas devem ser seguidas de forma válida - e ao do contraditório e ampla defesa no processo criminal - se tem ato jurisdicional, a parte tem direito de contraditar e se defender de tudo que lhe é imputado e opor a sua versão.¹⁷

1.5 A investigação criminal defensiva

A partir do que já fora explorado, o modelo processual acusatório encontra seu norte determinante nos direitos e garantias fundamentais, desde a fase primária de investigação até o deslinde da atividade de persecução.

A investigação criminal defensiva propõe a paridade de armas - direitos e obrigações -, em consonância com o princípio da igualdade, entre as partes envolvidas. Por conseguinte, se há uma investigação conduzida pela autoridade estatal com o intuito de reunir elementos da realidade fática, capazes de formar a *opinio delicti* do Órgão Ministerial que avaliará se merece ser oferecida a denúncia, ou do privada que, por sua vez, oferecerá ou não a queixa crime, deverá haver também a possibilidade do investigado promover investigação com o intuito de unir elementos para comprovar sua tese defensiva. Merece maior ênfase nos casos em que o Ministério Público é o investigador, pois ele como titular da ação penal pública, é parte acusatória no processo, portanto, é um investigador parcial.¹⁸

Nas lições de Rogério Lauria Tucci, quanto á prova especificadamente, a expressão razoável desta se dá:

Na concessão aos sujeitos parciais (no processo penal, da *persecutio criminis*), de idênticas possibilidades de oferecer e materializar, nos autos, todos os elementos de convicção demonstrativos da veracidade dos fatos alegados, bem como de participar de todos os atos probatórios e manifestar-se sobre os seus respectivos conteúdos.

¹⁷ Ib, ibidem.

¹⁸ MACHADO, André Augusto Mendes. **A investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

No entanto, relevante é deixar clara a diferença entre direitos e garantias. De acordo com José Afonso da Silva¹⁹, ao citar Ruy Barbosa, define os direitos como ações declaratórias que positivam os direitos já reconhecidos no plano fático e estão contidos na lei fundamental, já, ainda de acordo com ele, as garantias têm o objetivo de contenção de poder para proteger os direitos e, por isso, estas últimas são dispositivos assecuratórios.

Sendo assim, a investigação defensiva se faz adequada e razoável, pois visa a obtenção dos elementos necessários à persecução criminal, a partir da sujeição aos direitos e garantias do investigado - o que pode ser avaliado como uma concretização destes, podendo ser considerada uma garantia fundamental do investigado enquanto nessa condição estiver.

¹⁹ SILVA; José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 14^a ed.. São Paulo: Malheiros, 1997.

2 O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Partindo-se da relevância do tema, o objetivo deste capítulo é contrapor agora os argumentos doutrinários às decisões do Supremo Tribunal Federal, que oscilam quanto a concessão ou não do poder investigatório ao Ministério Público. Têm-se como parâmetro os votos dos Ministros e o embasamento que por eles é trazido, ora invocando determinadas correntes, ora invocando as contrárias, o que faz destas discussões um amplo contexto de reflexão.

2.1 Do posicionamento do Supremo Tribunal Federal

De alta relevância é também a análise da posição jurisprudencial da Suprema Corte do Judiciário brasileiro, o Supremo Tribunal Federal quanto ao o poder de investigação do MP nos seguintes julgados:

“EMENTA: - Regular participação do órgão do Ministério Público em fase investigatória e falta de oportuna arguição de suposta suspeição do magistrado. Pedido indeferido. (HC 75769, Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI, Primeira Turma, julgado em 30/09/1997, DJ 28-11-1997 PP-62220 EMENT VOL-01893-03 PP-00480)²⁰

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. MINISTÉRIO PÚBLICO: ATRIBUIÇÕES. INQUÉRITO. REQUISICÃO DE INVESTIGAÇÕES. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. C.F., art. 129, VIII; art. 144, §§ 1º e 4º. I. - Inocorrência de ofensa ao art. 129, VIII, C.F., no fato de a autoridade administrativa deixar de atender requisição de membro do Ministério Público no sentido da realização de investigações tendentes à apuração de infrações penais, mesmo porque não cabe ao membro do Ministério Público realizar, diretamente, tais investigações, mas requisitá-las à autoridade policial, competente para tal (C.F., art. 144, §§ 1º e 4º). Ademais, a hipótese envolvia fatos que estavam sendo investigados em instância superior. II. - R.E. não conhecido. (RE 205473, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 15/12/1998, DJ 19-03-1999 PP-00019 EMENT VOL-01943-02 PP-348)²¹

Conforme observados os julgados acima citados, conforme a Suprema Corte do Judiciário Brasileiro, não se observa afronta às atribuições

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 75.769, Primeira Turma, Rel. Ministro Octávio Gallotti, Brasília, DF, 30 de setembro de 1997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=76228>>. Acesso em: 22 out. 2012.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 205.473, Segunda Turma, Rel. Ministro Carlos Velloso, Brasília, DF, 15 de dezembro de 1998. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=239911>>. Acesso em: 22 out. 2012.

conferidas pela CF/88 às Polícias, nem tão pouco ao Ministério Público, vez que a autoridade policial responsável por presidir o inquérito - o Delegado de Polícia - não proceda requerimento de diligência Ministerial. Mais completamente pode-se observar o precedente abaixo, que ainda, sabiamente, se estende na redundante explicação dos termos Constitucionais quanto às competências:

“EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. MINISTÉRIO PÚBLICO. INQUÉRITO ADMINISTRATIVO. NÚCLEO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL E CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL/DF. PORTARIA. PUBLICIDADE. ATOS DE INVESTIGAÇÃO. INQUIRÇÃO. ILEGITIMIDADE. 1. PORTARIA. PUBLICIDADE A Portaria que criou o Núcleo de Investigação Criminal e Controle Externo da Atividade Policial no âmbito do Ministério Público do Distrito Federal, no que tange a publicidade, não foi examinada no STJ. Enfrentar a matéria neste Tribunal ensejaria supressão de instância. Precedentes. 2. INQUIRÇÃO DE AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. ILEGITIMIDADE. A Constituição Federal dotou o Ministério Público do poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (CF, art. 129, VIII). A norma constitucional não contemplou a possibilidade do parquet realizar e presidir inquérito policial. Não cabe, portanto, aos seus membros inquirir diretamente pessoas suspeitas de autoria de crime. Mas requisitar diligência nesse sentido à autoridade policial. Precedentes. O recorrente é delegado de polícia e, portanto, autoridade administrativa. Seus atos estão sujeitos aos órgãos hierárquicos próprios da Corporação, Chefia de Polícia, Corregedoria. Recurso conhecido e provido. (RHC 81326, Relator(a): Min. NELSON JOBIM, Segunda Turma, julgado em 06/05/2003, DJ 01-08-2003 PP-00142 EMENT VOL-02117-42 PP-08973)”²²

E, no entanto, sustentada a opinião no sentido de reforçar a decisão de que o Ministério Público não é o titular para instaurar e presidir inquéritos policiais, mas admitindo a possibilidade de diligenciar no sentido de obtenção de provas de materialidade e autoria em alguns casos específicos – com fundamentação na Teoria dos Poderes Implícitos -, ou de, até mesmo, propor a denúncia prescindindo de inquérito policial, vez que estes elementos podem ser colhidos de forma diversa. No sentido diverso dos julgados já expostos, Seguem os precedentes:

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus nº 81.326, Segunda Turma, Rel. Ministro Nelson Jobim, Brasília, DF, 06 de maio de 2003. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102770>>. Acesso em: 22 out. 2012.

“HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. EXISTÊNCIA DE SUPORTE PROBATÓRIO MÍNIMO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. POSSIBILIDADE DE INVESTIGAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. DELITOS PRATICADOS POR POLICIAIS. ORDEM DENEGADA. 1. A presente impetração visa o trancamento de ação penal movida em face dos pacientes, sob a alegação de falta de justa causa e de ilicitude da denúncia por estar amparada em depoimentos colhidos pelo ministério público. 2. A denúncia foi lastreada em documentos (termos circunstanciados) e depoimentos de diversas testemunhas, que garantiram suporte probatório mínimo para a deflagração da ação penal em face dos pacientes. 3. A alegação de que os pacientes apenas cumpriram ordem de superior hierárquico ultrapassa os estreitos limites do habeas corpus, eis que envolve, necessariamente, reexame do conjunto fático-probatório. 4. Esta Corte tem orientação pacífica no sentido da incompatibilidade do habeas corpus quando houver necessidade de apurado reexame de fatos e provas (HC nº 89.877/ES, rel. Min. Eros Grau, DJ 15.12.2006), não podendo o remédio constitucional do habeas corpus servir como espécie de recurso que devolva completamente toda a matéria decidida pelas instâncias ordinárias ao Supremo Tribunal Federal. 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. 8. Cabe ressaltar, que, no presente caso, os delitos descritos na denúncia teriam sido praticados por policiais, o que, também, justifica a colheita dos depoimentos das vítimas pelo Ministério Público. 9. Ante o exposto, denego a ordem de habeas corpus. (HC 91661, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 10/03/2009, DJe-064 DIVULG 02-04-2009 PUBLIC 03-04-2009 EMENT VOL-02355-02 PP-00279 RTJ VOL-00211- PP-00324 RMDPPP v. 5, n. 29, 2009, p. 103-109 LEXSTF v. 31, n. 364, 2009, p. 339-347 RMP n. 43, 2012, p. 211-216)”

Neste caso, observa-se que o Magistrado fundamentou seu entendimento de viabilizar a colheita de elementos pelo Órgão Ministerial na Teoria dos Poderes Implícitos, o que significa dizer, de acordo com o julgado, que se a

Constituição concede os fins ao MP de ser titular da Ação Penal Pública, Ela, implicitamente, concede os meios para que esta função seja exercida, pois sem os quais não há viabilidade das competências. Cita, ainda, para corroborar a decisão adotada, a prescindibilidade do Inquérito Policial na propositura da ação penal pública.

Quanto à Teoria dos Poderes Implícitos, vale-se acrescentar que ela é um dos princípios basilares da atividade interpretadora da Constituição, ou seja, entende-se que, quando ela conceder determinada competência, já estará concedendo poderes para executar o que necessário for para o êxito na execução de suas atribuições²³. Um exemplo claro seria uma situação em que teria a polícia a competência de investigar infrações, no entanto, seria vedado a condução coercitiva de suspeitos ou a condução de testemunhas à Delegacia para reconhecimento que deva ser feito pelas vítimas e tomada de depoimentos.

No entanto, não se deve entender que esta Teoria, ainda que pautada em toda plausibilidade que possui, cria competências não escritas na Constituição, isto porque a força normativa Dela é incompatível com competências não positivadas, salvo quando o próprio legislador Constitucional autorizar que o legislador ordinário estenda as competências, aprofundando-as – não alargando-as – ou para preencher lacunas, fazendo leituras sistêmicas e utilizando-se de analogia para dar sentido ao texto maior²⁴.

Merece destaque também o julgado abaixo pelo fato de ser utilizado como acontecimento legitimador da investigação ministerial a ocorrência de crime praticado supostamente por policiais, o que poderia desencadear um corporativismo interno dentro da entidade e comprometer a correta colheita de provas.

“E M E N T A: "HABEAS CORPUS" - CRIME DE TORTURA ATRIBUÍDO A POLICIAL CIVIL - POSSIBILIDADE DE O MINISTÉRIO PÚBLICO, FUNDADO EM INVESTIGAÇÃO POR ELE PRÓPRIO PROMOVIDA, FORMULAR DENÚNCIA CONTRA REFERIDO AGENTE POLICIAL - VALIDADE JURÍDICA DESSA ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA - CONDENAÇÃO PENAL IMPOSTA AO POLICIAL TORTURADOR - LEGITIMIDADE JURÍDICA DO PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - MONOPÓLIO CONSTITUCIONAL DA TITULARIDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA PELO "PARQUET" - TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS - CASO "McCULLOCH v. MARYLAND" (1819) -

²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 5ªed. Coimbra-Portugal: Livraria Almedina, 1998.

²⁴ Ib, ibidem.

MAGISTÉRIO DA DOCTRINA (RUI BARBOSA, JOHN MARSHALL, JOÃO BARBALHO, MARCELLO CAETANO, CASTRO NUNES, OSWALDO TRIGUEIRO, v.g.) - OUTORGA, AO MINISTÉRIO PÚBLICO, PELA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, DO PODER DE CONTROLE EXTERNO SOBRE A ATIVIDADE POLICIAL - LIMITAÇÕES DE ORDEM JURÍDICA AO PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - "HABEAS CORPUS" INDEFERIDO. NAS HIPÓTESES DE AÇÃO PENAL PÚBLICA, O INQUÉRITO POLICIAL, QUE CONSTITUI UM DOS DIVERSOS INSTRUMENTOS ESTATAIS DE INVESTIGAÇÃO PENAL, TEM POR DESTINATÁRIO PRECÍPUO O MINISTÉRIO PÚBLICO. - O inquérito policial qualifica-se como procedimento administrativo, de caráter pré-processual, ordinariamente vocacionado a subsidiar, nos casos de infrações perseguíveis mediante ação penal de iniciativa pública, a atuação persecutória do Ministério Público, que é o verdadeiro destinatário dos elementos que compõem a "informatio delicti". Precedentes. - A investigação penal, quando realizada por organismos policiais, será sempre dirigida por autoridade policial, a quem igualmente competirá exercer, com exclusividade, a presidência do respectivo inquérito. - A outorga constitucional de funções de polícia judiciária à instituição policial não impede nem exclui a possibilidade de o Ministério Público, que é o "dominus litis", determinar a abertura de inquéritos policiais, requisitar esclarecimentos e diligências investigatórias, estar presente e acompanhar, junto a órgãos e agentes policiais, quaisquer atos de investigação penal, mesmo aqueles sob regime de sigilo, sem prejuízo de outras medidas que lhe pareçam indispensáveis à formação da sua "opinio delicti", sendo-lhe vedado, no entanto, assumir a presidência do inquérito policial, que traduz atribuição privativa da autoridade policial. Precedentes. A ACUSAÇÃO PENAL, PARA SER FORMULADA, NÃO DEPENDE, NECESSARIAMENTE, DE PRÉVIA INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL - Ainda que inexista qualquer investigação penal promovida pela Polícia Judiciária, o Ministério Público, mesmo assim, pode fazer instaurar, validamente, a pertinente "persecutio criminis in judicio", desde que disponha, para tanto, de elementos mínimos de informação, fundados em base empírica idônea, que o habilitem a deduzir, perante juízes e Tribunais, a acusação penal. Doutrina. Precedentes. (...) É PLENA A LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO PODER DE INVESTIGAR DO MINISTÉRIO PÚBLICO, POIS OS ORGANISMOS POLICIAIS (EMBORA DETENTORES DA FUNÇÃO DE POLÍCIA JUDICIÁRIA) NÃO TÊM, NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO, O MONOPÓLIO DA COMPETÊNCIA PENAL INVESTIGATÓRIA. - O poder de investigar compõe, em sede penal, o complexo de funções institucionais do Ministério Público, que dispõe, na condição de "dominus litis" e, também, como expressão de sua competência para exercer o controle externo da atividade policial, da atribuição de fazer instaurar, ainda que em caráter subsidiário, mas por autoridade própria e sob sua direção, procedimentos de investigação penal destinados a viabilizar a obtenção de dados informativos, de subsídios probatórios e de elementos de convicção que lhe permitam formar a "opinio delicti", em ordem a propiciar eventual ajuizamento da ação penal de iniciativa pública. Doutrina. Precedentes. CONTROLE JURISDICIONAL DA ATIVIDADE

INVESTIGATÓRIA DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO: OPORTUNIDADE, A ESTES, DO SISTEMA DE DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS, QUANDO EXERCIDO, PELO "PARQUET", O PODER DE INVESTIGAÇÃO PENAL. - O Ministério Público, sem prejuízo da fiscalização intra--orgânica e daquela desempenhada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, está permanentemente sujeito ao controle jurisdicional dos atos que pratique no âmbito das investigações penais que promova "ex propria auctoritate", não podendo, dentre outras limitações de ordem jurídica, desrespeitar o direito do investigado ao silêncio ("nemo tenetur se detegere"), nem lhe ordenar a condução coercitiva, nem constrangê-lo a produzir prova contra si próprio, nem lhe recusar o conhecimento das razões motivadoras do procedimento investigatório, nem submetê-lo a medidas sujeitas à reserva constitucional de jurisdição, nem impedi-lo de fazer-se acompanhar de Advogado, nem impor, a este, indevidas restrições ao regular desempenho de suas prerrogativas profissionais (Lei nº 8.906/94, art. 7º, v.g.). (...) (HC 89837, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 20/10/2009, DJe-218 DIVULG 19-11-2009 PUBLIC 20-11-2009 EMENT VOL-02383-01 PP-00104 LEXSTF v. 31, n. 372, 2009, p. 355-412 RTJ VOL-00218- PP-00272)"

Este precedente, além dos argumentos já explicitados no sentido de conceder ao Ministério Público o poder investigatório - que aqui são reiterados - , derruba também as teses de que a CF/88 não estabelece o monopólio investigativo às Polícias Judiciárias, apesar de definir as competências neste sentido, e, ainda, defende também o fato de o *parquet* ser detentor do poder de controle externo dos órgãos policiais, e, ainda, prevê que, da mesma forma que as polícias se submetem a esse controle, o MP nas atividades investigativas também se submete, por meio dos próprios advogados e das partes envolvidas.

3 DA PEC 37/2011 E AS DISCUSSÕES NAS TRAMITAÇÕES NA CÂMARA DOS DEPUTADOS

Esta etapa compreenderá a abordagem dos debates doutrinários e dos pareceres emitidos nas Audiências Públicas levados à tona nas discussões da tramitação da Proposta de Emenda Constitucional número 37. Abordar-se-á os conflitos entre doutrinadores á luz do que prevê a Constituição Federal com foco nas interpretações já dadas ao texto da Carta Magna e os argumentos e princípios invocados pelas autoridades que emitiram parecer.

3.1 A PEC 37 na Câmara dos Deputados

A proposta de emenda constitucional nº 37 sugere o acréscimo do parágrafo 10 ao artigo 144 da Constituição Federal, atribuindo às polícia judiciárias – Federal e Civis dos Estados e Distrito Federal -, somente, a competência para investigações de caráter criminal. No entanto, para sua aprovação, enfrenta muitas desavenças entre parlamentares, doutrinadores e julgadores²⁵. Dentre essas discordâncias, pode-se dar relevância a alguns pontos.

Inicialmente, a controvérsia se baseia na análise de possível violação de cláusula pétrea constitucional, exaurida na própria admissão da PEC pela Comissão de Constituição e Justiça, a qual afirma a não transgressão de tais cláusulas, pelo fato de a proposta não tender à abolição do voto secreto, universal e nem periódico, da separação dos Poderes, nem dos direito e garantias individuais. Apesar de haver resistências a esse posicionamento – alegada a violação de cláusula pétrea no que tange às competências do Ministério Público e quanto aos direitos e garantias individuais, ainda que não expressos no artigo 5º da CF, e separação dos Poderes – esta questão fora logo superada.

Na sequencia, é levantada a questão da ausência de regras para a investigação criminal formulada, presidida e conduzida exclusivamente pelo órgão ministerial. A posição do Deputado Vieira da Cunha é totalmente no sentido de que não há qualquer prejuízo ao investigado por ato criminoso, tendo em vista que o Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP – em sua Resolução nº13 de 2 de

²⁵ Pareceres colhidos nas audiências públicas e incluídos no voto do Relator da PEC. Disponível em:<
http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1001565&filename=PRL+1+PEC03711+%3D%3E+PEC+37/2011> Consultado em: 24 out. 2012

outubro de 2006 , disciplinou regras para a investigação criminal conduzida pelo MP, pelo fato de ela já existir em alguns casos específicos, como, por exemplo, em investigações de crimes que têm como autor um membro do próprio MP, situação esta em que a apuração ocorrerá *interna corporis*, ou seja, essa forma de apuração é uma prerrogativa. O parlamentar sustenta que nunca houve qualquer prejuízo aos investigados nesta circunstância e que, ainda, para que tal investigação não viole quaisquer direitos, a regras positivadas no Código de Processo Penal são as norteadoras dos procedimentos.

Em contrapartida a tal posicionamento, vê-se a colocação do Presidente da Associação dos Delegados de Polícia do Distrito Federal, Dr. José Werick de Carvalho, o qual sustenta e levanta as questões de que gerariam conflitos entre quais provas adotar, se as produzidas pela polícia ou pelo MP, se o MP criaria uma estrutura para atender ao público que funcionasse ininterruptamente, semelhante a uma delegacia, como ficariam os atos de investigação que dependem de parecer do MP, como quebra de sigilo bancário, por exemplo, se haveria uma espécie de “Academia do MP” para treinamento operacional necessário, entre outros levantamentos. Questiona também o aumento de gastos com a instituição ministerial e é seguido pelo parecer de vários membros das carreiras policiais, que acrescentam ainda, os prejuízos possíveis da criação de uma superinstituição e os riscos que isso poderá trazer com a sobreposição do MP às autoridades policiais. Dr. Alberto Tavares Viera da Silva, Desembargador aposentado, se manifesta compartilhando desta opinião, alegando a duplicidade de apuratória e reafirmando a falta de condições legais e de técnica especializada profissionalmente para apuração criminal.²⁶

Quanto ao argumento da falta de preparo para investigação, este é rebatido pelo parlamentar Vieira da Cunha, mais uma vez, que reafirma a questão da Resolução nº 13 e o uso do CPP e acrescenta também, a capacidade do MP para instaurar inquérito civil, acrescentando que a apuração do ilícito penal só conta com um instrumento a maior que a apuração do ilícito civil, que é a interceptação telefônica. Para ele, todos os demais artefatos de apuração já são de uso corriqueiro.

²⁶ Pareceres colhidos nas audiências públicas e incluídos no voto do Relator da PEC. Disponível em:< http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1001565&filename=PRL+1+PEC03711+%3D%3E+PEC+37/2011> Consultado em: 24 out. 2012

Um ponto muito interessantemente controverso é a alegação da aplicação da Teoria dos Poderes Implícitos ao caso. Tal Teoria prevê que seja possível usar-se de um meio implícito para que um dever dado pela Constituição seja cumprido, caso os meios conferidos por ela para o cumprimento de tal dever não sejam suficientes para a adequada conclusão. A tese defensora da aplicação da Teoria de funda nos julgados do Supremo Tribunal Federal, que estendeu a capacidade de investigar ao MP, e cita a defesa de Mauro Fonseca de Andrade, quando afirma que a previsão constitucional do inquérito policial faz possível a aplicação desta Teoria, com vistas a estender a competência ao *parquet*.

De outro lado, entende-se um equívoco na interpretação constitucional, pois a Norma Maior designa às polícias o poder investigatório, o que faria necessário a utilização da Teoria dos Poderes Implícitos para extensão de uma competência que não foi designada. Derruba também a tese alegada do “quem pode mais, pode menos”, que, nas palavras do Representante do Diretor Geral da Polícia Federal, Dr. Carlos Eduardo M. Sobral, a Constituição opta dar a um ou outro determinada competência, ou seja, “quem pode uma coisa, não pode outra”, com vistas a proteção do cidadão e da segurança jurídica. A ideia é acrescentada pelo parecer do advogado Wladimir Sérgio Reale, que sustenta a teria tridimensional de investigação policial, aplicada ao Sistema Acusatório de Persecução Penal, onde quem investiga, não acusa.²⁷

Quanto à questão da Teoria, também de forte embasamento em defesa da não aplicação, tem-se o parecer emitido pela Advocacia Geral da União, o qual reafirma a tese do total descompasso entre teoria e caso concreto. A antítese é apresentada a partir da visão de que o Constituinte declarou sua vontade para atribuir a competência investigativa expressamente às polícias, não deixando a outro órgão, como o Ministério Público pretende exercer. Cita a posição de Maurício Zanoide de Moraes e de José Afonso da Silva, que diferencia a natureza jurídica dos atos de investigação criminal e acusação judicial, reafirmando que não há hierarquia entre elas e, por isso, mais uma vez, fazendo cair por terra a tese do “quem pode mais pode menos”.²⁸

A respeito das investigações feitas por órgãos não policiais – como Banco Central, Ibama, Conselhos Tutelares, Comissão de Valores Mobiliários,

²⁷ Ib, ibidem.

²⁸ Ib, ibidem.

Conselho de Controle de Atividades Financeiras, entre outros - , vê-se a questão exaurida ao destacar que estes órgão não apuram infrações penais, apesar de no curso de uma investigações poderem, eventualmente, colher provas suficientes para corroborar uma infração penal. Tais competências para investigação não criminal são estendidas também às CPI's pelo relator da PEC que aqui se trata, Deputado Fábio Trad.²⁹

Por fim, outro levantamento que merece atenção especial é a questão da imparcialidade do Ministério Público na ação penal. O que se percebe de frente é o desacordo entre a questão de que se deve ou não o Ministério Público ser imparcial.

O deputado Eliseu Padilha faz referência, mais uma vez, ao Sistema Acusatório, que é adotado no Brasil, no qual há a separação de funções para a apuração e eventual condenação por ato criminoso. Destaca a função de investigar às polícias, ainda que eventualmente possa o MP requerer diligências, ou até mesmo formular denúncia sem inquérito policial se tiver elementos probatórios de materialidade e autoria do crime suficientes para tal. Já a função de acusação, atribui ao Ministério Público, como titular da ação penal pública incondicionada – regra de processamento dos crimes no CPP – e, em contra partida, o advogado ou Defensoria Pública no banco da defesa, e, de forma indelegável neste contexto, o juiz em nome do Estado para resolver o caso concreto. Sendo assim, afirma que, aquele que investiga não pode ser parcial, por gerar temeridade quanto às provas incriminadoras, tendo em vista que tem um posicionamento pré-formado do caso, e, ainda, acrescenta que se assim fosse, deveria ser dado á defesa, advogado ou Defensoria, a legitimidade e os aparatos necessários para também diligenciar investigando.³⁰

A tese que se contrapõe ao posicionamento supracitado, de autoria do Deputado Vieira da Cunha, apenas se sustenta alegando que o princípio da imparcialidade não se aplica ao Ministério Público, exatamente pelo fato dele ser parte, apesar de ter vinculação com os princípios da impessoalidade e legalidade.

²⁹ Voto do Relator da PEC 37. Disponível em:<

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1001565&filename=PRL+1+PEC03711+%3D%3E+PEC+37/2011> Consultado em: 24 out. 2012

³⁰ Voto do Deputado Eliseu Padilha na PEC 37. Disponível em:<

http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=948210&filename=VTS+4+CCJC+%3D%3E+PEC+37/2011> Consultado em: 24 out. 2012

Cita como bons exemplos do funcionamento deste modelo alguns estados internacionais, como Alemanha, Portugal e Itália.³¹

Por fim, resta a análise que se deve fazer em relação ao parecer emitido pela Comissão Especial destinada para tal, que, em 21 de novembro de 2012, de autoria do Deputado Lourival Mendes e Alessandro Molon, proferiram a decisão pela aprovação da proposta 37-A do Relator, Fábio Trad, porém com substitutivo. Tal alteração frente ao texto originário escrito pelo Relator consiste na retirada do previsto do art. 2º e acréscimo ao inciso IV no art. 1º, dando a possibilidade de o MP diligenciar nas investigações que envolvam agente público ou político no exercício de suas atribuições, ou a pretexto de exercê-las, na alínea "a" e na alínea "b", dá o caráter de subsidiariedade às atribuições dadas nos incisos II e IV, e também nas apurações criminais previstas no parágrafo anterior.³²

Diante do parecer emitido, o Relator apresentou reformulação de parecer, o qual suprimiu o art. 2º e passou a constar da seguinte forma:

**"SUBSTITUTIVO À
PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO N. 37-A, DE 2011
(Do Relator)**

Acrescenta o § 10 ao art. 144 da Constituição Federal e o art. 98 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para definir a competência para a investigação criminal.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte

Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O art. 144 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte § 10:

“Art. 144.

.....
§ 10. A apuração das infrações penais de que tratam os §§ 1º e 4º deste artigo incumbe privativamente às polícias federal e civis dos Estados e do Distrito Federal, respectivamente, ressalvadas

as competências próprias:

I – das polícias do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, das assembleias legislativas dos Estados e da Câmara Legislativa do Distrito Federal, nos termos dos arts. 51, IV, 52, XIII,

³¹ Voto do Deputado Vieira da Cunha na PEC 37. Disponível em: <
http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=947918&filename=VTS+2+CCJC+%3D%3E+PEC+37/2011> Consultado em: 24 out. 2012

³² Parecer da Comissão Especial na PEC 37. Disponível em: <
<http://www.camara.gov.br/internet/ordemdodia/integras/1041779.htm>> Consultado em: 24 out. 2012

27, § 3º e 32, § 3º, respectivamente;

II – das Comissões Parlamentares de Inquérito; e

III – dos Tribunais e do Ministério Público, em relação aos seus membros, conforme previsto nas respectivas leis orgânicas.”

Art. 2º O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias é acrescido do art. 98, com a seguinte redação:

“Art. 98. Ficam ressalvados os procedimentos investigativos criminais realizados pelo Ministério Público até a data de publicação da Emenda Constitucional que acrescentou o § 10 ao art. 144 da Constituição Federal.”

Art. 3º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

Deputado **FÁBIO TRAD**³³

Razoavelmente, decidiu o Relator que devem permanecer nas mãos das Polícias Judiciárias os poderes investigativos criminais, porém, acrescentando a questão da competência passar a ser privativa, ressalvando as competências devidas, com vistas a garantir a segurança jurídica e preservar as competências constitucionais já estabelecidas, reiterando tal questão, acrescenta-se também na proposta do Relator o artigo 98 no ADCT.

3.2 Da competência das Polícias Judiciária e do Ministério Público na Constituição Federal de 1988.

Quanto á competência das Polícias Judiciárias, esta definição torna-se de extrema relevância para deslinde do caso. Precipuamente, vê-se concentrado nos Órgão Policiais o Poder de Polícia, tendo em vista a previsão constitucional positivada no artigo 144 da Carta Magna, que arrola as instituições policiais da seguinte maneira:

“Art. 144 - A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares”.³⁴

E, em seus parágrafos 1º e 4º, estabelece as competências das Polícias Judiciárias – Polícia Federal e Civil dos Estados – quais sejam:

³³ Proposta da PEC 37-A com substitutivo, de do deputado relator, Fábio Trad. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1044684&filename=PRR+1+PEC03711+%3D%3E+PEC+37/2011> Consultado em: 11 mar. 2013

³⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.dji.com.br/constituicao_federal/cf144.htm>. Acesso em: 23 out 2012.

§ 1º - A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras

IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

§ 4º - Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.³⁵

Para que seja exercida tal atribuição, utiliza-se do instrumento Inquérito Policial, cuja competência é exclusiva da autoridade policial – do delegado de polícia - para ser instaurado. Sabiamente, Denílson Feitoza (2008)³⁶, sobre o Inquérito Policial, defende:

“O inquérito policial é “mera peça informativa”, podendo o titular da ação penal ter elementos suficientes ao oferecimento da denúncia por outros meios, motivo pelo qual se diz que ele pode ser dispensado. (...) O inquérito policial, do ponto de vista prático, todavia, é de suma importância numa variedade enorme de casos, sem o qual nunca se conseguiria propor a ação penal. Ser uma “peça informativa”, quando comparado ao processo penal, em nada diminui o valor das autoridades policiais e de seus agentes, que é medido pela capacidade de realizar uma boa investigação, tampouco o valor do inquérito policial, que é medido pelo efetivo cumprimento das suas finalidades próprias”.

O objetivo é reunir elementos capazes de dar ensejo probatório de materialidade e autoria para a instrução de futuro processo penal, de forma a garantir a tangibilidade da verdade real – almejada no Processo Penal. Maria Sylvia Zanella di Pietro, inspirada em Álvaro Lazzarini, define esta competência á polícia judiciária de forma expressa, quando escreve:

“a linha de diferenciação está na ocorrência ou não de ilícito penal. Com efeito, quando atua na área do ilícito puramente administrativo

³⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.dji.com.br/constituicao_federal/cf144.htm>. Acesso em: 23 out 2012.

³⁶ FEITOZA, Denilson. Direito processual penal: teoria, crítica e práxis: suplemento eletrônico da 5ª.edição. Niterói: Impetus, 2008

(preventiva ou repressivamente), a polícia é administrativa. Quando o ilícito penal é praticado, é a polícia judiciária que age.”

Por este motivo, a investigação deve ser feita por órgão imparcial ao processo penal, não integrante da lide, com vistas a garantir a integridade do órgão acusador e, principalmente, do julgador, atendendo aos princípios constitucionais e direitos fundamentais do cidadão. Basilares estes do Estado Democrático de Direito.

De outro lado, tão importante quanto analisar a competência das Polícias Judiciárias, é analisar a competência do Ministério Público, consolidada na Constituição Federal do Brasil de 1988, no artigo 129, *in verbis*:

“Art. 129 - São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

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

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedadas a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.”³⁷

O enfoque na discussão da PEC é dado aos incisos VI e VII, que, conforme votos dos parlamentares contrários à admissão da Proposta e dos pareceres de membros do MP, daria o poder investigatório. No entanto, é necessário que se atenha aos termos positivados na norma maior, quais sejam, “requisitar informações” e “requisitar diligências investigatórias e a instauração do inquérito policial” e não “coletar informações”, nem “instaurar inquérito”, nem mesmo “presidir investigações”, ou qualquer outra interpretação que faça tortuosos os efeitos da

³⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.dji.com.br/constituicao_federal/cf127a130.htm>. Acesso em: 23 out 2012

norma. Tal posicionamento encontra-se firmado nas palavras do Deputado Relator da PEC 37,:

“Da mesma maneira, afigura-se contrassenso reconhecer o MP como “efetivo gestor das diligências”, se a própria Constituição Federal apenas atribui ao MP o poder de “requisitar” as que entender necessárias, devendo, a tanto, indicar os fundamentos jurídicos da medida, portanto, suscetíveis até ao crivo de legalidade. Dessarte, muito menos se lhe pode admitir a palavra final, tanto na execução das diligências apuradoras quanto a respeito da necessidade do relatório conclusivo de investigação promovida pela autoridade policial, sob pena de substituir-se à polícia judiciária ou descaracterizar o trabalho desta.”

Compartilhando os argumentos de Cézár Bitencourt³⁸:

“Alguns aspectos, nesse contexto, afastam interpretação que leve à admissão da possibilidade de o MP investigar diretamente: primeiramente, o fato de o CPP ter surgido em época em que se desconhecia a importância que o Ministério Público adquiriria no final do século XX; a dispensa do inquérito somente é autorizada se, ‘com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal’, significando dizer que a falta de tais elementos não autoriza a proposição da ação penal. E mais: nesses casos, não autoriza nem mesmo que o Ministério Público realize diretamente diligências complementares, além determinar que se abstenha de investigar ele próprio. Aliás, se o desejasse, seria a grande oportunidade para o legislador ter atribuído ao Parquet os discutidos ‘poderes investigatórios’, bastando ter consignado no texto legal o seguinte: ‘se com a representação não forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal, o Ministério Público poderá diligenciar para obtê-los’.”

E também de Luis Roberto Barroso³⁹:

“Parece fora de dúvida que o modelo instituído pela Constituição de 1988 não reservou ao Ministério Público o papel de protagonista da investigação penal. De fato, tal competência não decorre de nenhuma norma expressa, sendo certo que a função de polícia judiciária foi atribuída às Polícias Federal e Civil, com explícita referência, quanto a esta última, da incumbência de apuração de infrações penais, exceto as militares (art. 144, IV e § 4º)”.

Nesse contexto, não parece adequado reconhecer como natural o desempenho dessa atribuição específica pelo Ministério Público, com fundamento em normas constitucionais que dela não tratam (como é o caso do art. 129, I, VI, VII e VIII), especialmente quando o constituinte cuidou do tema de forma expressa em outro dispositivo (o art. 144). Pela mesma razão, não parece próprio extrair tal conclusão de

³⁸ BITENCOURT, Cézár Roberto. A inconstitucionalidade da resolução n. 13 do Conselho Nacional do Ministério Público. São Paulo, 2007.

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. Investigação pelo Ministério Público: argumentos contrários e a favor: a síntese possível e necessária. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/parecer_barroso_-_investigacao_pelo_mp.pdf> Acesso em: 11 out 2012.

cláusulas gerais, como as que impõem ao Parquet a defesa da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, caput) ou ainda das que tratam da segurança pública como dever do Estado (art. 144, caput) e da dignidade humana (art. 1º, III).”

Observando esses entendimentos doutrinários citados, nota-se coerência entre o defendido pelos autores e a proposta do Relator da PEC, que, apesar de reservar os casos passíveis de investigações por órgãos administrativos, concentra a competência de investigação criminal não Polícias Judiciárias, dando ao Parquet aquilo que prevê a Constituição, a titularidade da ação penal pública – como autor/acusação –, a prerrogativa de ser *custos legis* e, ainda, o titular do controle externo das Polícias.

4 OS EFEITOS DA PEC 37.

Com a votação e julgamento da PEC 37 na Câmara dos Deputados em 25/06/2013, em sessão extraordinária convocada para esta missão, na qual a proposta obteve apenas 9 votos favoráveis dos 430 totais, sendo duas abstenções, observou-se um novo norte ao tema em questão. Uma vez derrubada a proposta de estreitar os poderes de investigação nas mãos das Polícias, surge a necessidade de então regulamentar a forma como o Ministério Público exercerá tal função. Com esta demanda, vale-se desmiuçar os projetos de leis que surgiram com o referido objetivo.

Relevante também é festejar a conquista firmada com o advento da Lei 12.830/13, sancionada pela Presidente Dilma Rouseff em 20/06/2013, que dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia e sobre alguns aspectos da própria carreira do titular do Inquérito Policial.

4.1 Os Projetos de Lei e as tentativas de regulamentação.

Pode-se dizer, diante do clamor popular que teve o caso PEC 37, que a discussão a respeito do tema está encerrada. No entanto, não parece razoável colocar um ponto final definitivo á uma discussão com tanta monta, como é caso da análise da titularidade de investigação criminal em um país com tanta necessidade deste serviço, como Brasil.

Na opinião do Promotor de Justiça Marco Aurélio de Castro, que atualmente coordena a Gaeco – Grupo de Atuação Especial Contra o Crime Organizado – o clima que paira no Ministério Público é de tranquilidade, a tensão não mais existe, e agora, o foco que se deve ter é em melhor adequar e definir a forma como o Órgão Ministerial executará tal função. Para ele, a PEC 37 se tornou passado.⁴⁰

Inicialmente, deve-se questionar a forma como se deu a votação no Plenário da Câmara, mediante forte pressão popular exercida pela sociedade,

⁴⁰ Notícia acompanhada de entrevista ao Promotor de Justiça Marco Aurélio de Castro. Disponível em: <http://juridico.olhardireto.com.br/noticias/exibir.asp?noticia=PEC_37_e_passado_foco_e_regulamentar_a_investigacao_do_MP_diz_coordenador_do_Gaeco&id=10892> Consultado em: 12 ago. 2013

movida por uma massa leiga no assunto e que fora meramente influenciada pela mídia, com informações distorcidas disseminadas principalmente pelas redes sociais. Tais manifestos vieram como forma de camuflar vândalos e rebeldes sem causa, que de nenhum ideal compartilhavam e, nem mesmo, sabiam do inteiro teor da nobre proposta que se tinha nas mãos.⁴¹

Dentre vários aspectos no texto da PEC 37, os principais que asseguravam o poder de investigação do Ministério Público são: a manutenção da possibilidade que tem o MP de requisitar diligências aos órgãos de Polícia, permanecer o MP como titular da ação penal e permanecer com a função de controle externo da polícia, atribuições estas que permaneciam intactas, bem como o que ocorreria com as funções investigativas dos órgãos administrativos já existentes, bem como a criação de CPI's - sempre que for entendida a necessidade. Manter-se-ia a validade das investigações já realizadas pelo MP anteriormente, e visava prevenir a situação de investigações arbitrárias e casuísticas – evitando as hipóteses de promoção institucional, onde os casos a serem investigados sejam escolhidos por estarem na mira na mídia – e, principalmente, pelo fato de que a PEC 37 tinha o intuito de preservar a moralidade das investigações e o respeito à Constituição Federal, com o respeito à separação de poderes e das competências firmadas pela Magna Carta, o que não infere - nem indiretamente - no Ministério Público exercendo sua função investigativa, nos limites de sua competência. Diante de tais considerações, deve-se questionar: Como perder algo que não se tem?⁴²

Uma vez apagada a PEC 37, tem-se a edição de Projetos de Lei que visam regulamentar a atividade investigativa exercida pelo órgão Ministerial. O precursor deles é o PL 5776/13, que atualmente tramita na Câmara dos Deputados, e foi proposto pela Deputada Federal Marina Sant'Anna, do Partido dos Trabalhadores de Goiás – PT/GO.

O texto elaborado pela Deputada cria dois tipos de inquérito, o Inquérito Policial, presidido pela autoridade policial, e o Inquérito Penal, presidido, por sua vez, pelo Ministério Público, e faz a ressalva da competência das investigações feitas pelas autoridades administrativas e dos crimes militares. O texto

⁴¹ Artigo escrito por Paulo Moreira Leite. Disponível em: < http://www.istoe.com.br/colunas-e-blogs/coluna/291795_FALSO+DEBATE+SOBRE+A+PEC+37>

⁴² Artigo escrito por Paulo Alexandre R. de Siqueira. Disponível em:< <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1708>> Consultado em: 12 ago. 2013

da proposta prevê algumas diferenças na investigação policial da atual configuração, como, por exemplo, a possibilidade de o MP requisitar a instauração do Inquérito Policial e o dever da autoridade em atender tal requisição – o que parece altamente contraditório, pois se o *parquet* terá a função investigativa, com Inquérito próprio, porque não fazer com as próprias mãos ao invés de requisitar a polícia tal demanda? E, ainda, deve-se destacar que gera uma subordinação entre as entidades Polícia e MP, que não é prevista na Constituição Federal, portanto, não existe condicionamento e nem hierarquia nesta relação, o que é afrontado pelo artigo 22, I e II, que descaradamente coloca as polícias em condição submissa, prevendo o dever de obedecer a determinações feitas também pelo MP, o que hoje não ocorre, tendo em vista que a independência dos órgãos existe, apesar de poder o MP requisitar diligências, conforme art. 129, VIII, da Magna Carta.⁴³

Outra questão de extrema relevância e que chama muita atenção no Projeto de Lei 5776/2013 está em seu artigo 8º, que define a competência à Polícia Judiciária da análise e preservação do local do crime, bem como do dever de coletar as provas e indícios do ilícito e realizar diligências periciais.⁴⁴ Ora, se o Ministério Público é presidente de Inquérito Próprio, qual seja, o Inquérito Penal proposto no artigo 2º, deve ele ter o aparato e a função de realizar as diligências e perícias que entender necessário, inclusive com isolamento e preservação do local do crime, pois, da forma que está previsto, gera subordinação entre o trabalho da polícia e do MP, e ainda, revela explicitamente que o Órgão Ministerial não tem técnica para desempenhar funções investigativas, notado que não tem os órgãos e servidores de criminalística forense no quadro funcional, condição esta reafirmada dentro do artigo 23 do Projeto, que precipuamente define as funções do MP em acompanhar, determinar e requisitar diligências, além de dar uma posição soberana – o que muito parece com abusiva na presente análise – quando define o livre acesso do MP aos bancos de dados públicos e às investigações policiais, sendo que poucas diligências são realizadas pelo *parquet*.

Nova questão que deve ser objeto de crítica é a que está prevista no artigo 21 do Projeto, que define ações que devem ser tomadas pela autoridade policial para a instrução do Inquérito Policial, como oitiva da vítima e do investigado,

⁴³ Inteiro teor do Projeto de Lei 5776/2013. Disponível em: <
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=581251>> Consultado em: 12 ago. 2013

⁴⁴ *Ib.*, *ibidem*.

proceder reconhecimentos de coisas e pessoas, entre outras diligências essenciais ao deslinde de crimes, e, por absurdo que pareça, não prevê tal determinação ao Ministério Público em suas investigações positivadas no Inquérito Penal. Tal contexto leva a crer que ou o MP só vai investigar situações não rotineiras e incomuns, pois não há previsão de obrigações indispensáveis para o desvendamento que se faz nas Delegacias de Polícia.⁴⁵

Aberração notória se encontra também no artigo 25, parágrafo único, do Projeto de Lei 5776/2013, que mantém a prévia oitiva do MP em casos de requisição de medida cautelar feita pela autoridade policial, o que representa uma afronta à autonomia da atividade policial, tendo em vista que a legalidade e a necessidade da medida serão analisadas pelo Judiciário, observado que é ainda fase investigativa, portanto, não há partes no processo - o MP ainda exerce a função de *custus legis*, que não deve adentrar o mérito das medidas, se não em sua estrita legalidade.

Outra afronta à atividade das Polícias Judiciárias, que é motivo também de deixar abismado qualquer cidadão de bem, é o texto previsto nos artigos 33 e 35, que tratam dos prazos de investigação: definem como monopólio do *parquet* a análise do pedido de prorrogação dos prazos de Inquérito.⁴⁶ A situação que se tem até o presente momento então é: um órgão que não realiza as principais e mais complexas ações de investigação, mas que acompanha e determina diligências, se encontra como o responsável por conceder ou não prazo para realizar novos atos de investigação, sem viver a rotina diária da atividade policial, ou seja, sem conhecer a real necessidade de tempo para a boa realização da investigação e a fiel busca da verdade real, que deve ser sempre a prioridade. Para assegurar maior concretude à manutenção da redação dos artigos supracitados, sugere-se que seja acrescentada então a previsão expressa de que a prorrogação dos prazos só não seria concedida caso haja a denúncia ou o arquivamento.

Ainda na análise dos artigos, merece destaque o de número 42, que prevê como sendo uma faculdade do Ministério Público a complementação de informações de atos investigatórios produzidos por outras instituições quando na verdade deveria ser uma obrigação, já que na situação descrita seria então

⁴⁵ Inteiro teor do Projeto de Lei 5776/2013. Disponível em: <
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=581251>> Consultado em: 12 ago. 2013

⁴⁶ *Ib*, *ibidem*.

detectada uma necessidade de suprimir uma omissão e o órgão competente para investigar – MP – de frente com a situação.

Partindo para análise da justificativa emitida pela Deputada Federal Marina Sant'Anna, pode-se questionar o argumento utilizado no seguinte parágrafo:

“A tese de que o MP não pode participar da investigação criminal presta um desserviço à sociedade brasileira e se distancia da tendência mundial. (...) Em diversos países, as investigações são conduzidas pelo MP com o auxílio da Polícia. O 8º Congresso das Nações Unidas sobre o Delito, realizado em Havana, em 1990, aprovou a diretriz segundo a qual os membros do MP desempenharão um papel ativo no procedimento penal, incluída a iniciativa do procedimento e, nos termos da lei ou da prática local, na investigação dos crimes, na supervisão da legalidade dessas investigações, na supervisão das execuções judiciais e no exercício de outras funções como representantes do interesse público.”⁴⁷

A autora da Proposta de Emenda faz referência aos países que não adotam modelo semelhante ao do Brasil, o que nada garante a obtenção de êxito na aplicação de tal modelo na atual realidade brasileira e muito menos vincula os demais países a também seguirem este padrão. Quanto ao 8º Congresso das Nações Unidas ocorrido em Havana, em 1990, a diretriz estabelecida já é observada no Brasil, tendo em vista que o MP é o titular da ação penal pública, que pode requisitar diligências, que exerce o controle externo das Polícias, e, principalmente, se a preocupação é com a inércia dos Órgãos de investigação, esta não afetará o exercício da justiça, tendo em vista que o Inquérito Policial é instrumento dispensável à propositura da Denúncia ao Judiciário, uma vez que o MP tenha elementos suficientes para formar sua convicção e cimentar a justa causa.

Dentre tudo que fora analisado do PL 5776/2013, merece excepcional atenção o seguinte ponto positivado na justificativa:

“É sabido que nas investigações mais complexas, seja pela grande quantidade de investigados, de fatos típicos ou pela função ocupada por eles, é fundamental a participação direta do Ministério Público, cujos membros possuem as garantias constitucionais necessárias para uma escorreita e equilibrada condução das investigações, sem vínculo direto com qualquer dos poderes. Ademais, explicita a importância da Polícia Judiciária nas investigações, ainda que instaurada e iniciada pelo Ministério Público, pois inúmeras diligências a serem realizadas no curso do Inquérito Penal

⁴⁷ Justificativa do Projeto de Lei 5776/2013. Disponível em: <
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=581251>> Consultado em: 12 ago. 2013.

necessitarão da competência e técnica dos policiais civis e federais, originariamente treinados e capacitados a tanto.”⁴⁸

A Sra, Marina, ao fundamentar seu projeto em tal proposição acaba por explicitar que o que deve ser feito é um reforço no contingente Policial de todo o Brasil, em todas as esferas, e, também, necessita-se de uma reestruturação funcional, apesar da recente edição da Lei 12.830/2013 que será tratada no final deste trabalho. E, ainda, nota-se que o Ministério Público não tem estrutura para formação de profissionais tecnicamente capacitados para realizar diligências investigativas de campo, o que na verdade parece que a intenção é fazer da Polícia um setor operacional que existe para servir ao Ministério Público, ou seja, apagar o mérito que tem esta Instituição essencialmente investigativa e tomar para si a importância e o valor que tem o trabalho de investigar, por meio de uma sobreposição forçada. Tese esta corroborada mais uma vez no trecho abaixo:

“Todavia, atentando-se à realidade da grande maioria das Delegacias de Polícia, cujo déficit de agentes policiais, deficiência da estrutura física e grande volume de trabalho, representam obstáculo ao fiel cumprimento dos prazos de todos os procedimentos investigativos, o dispositivo do projeto em comento prevê a possibilidade de prorrogação, mediante manifestação por escrito do membro do Ministério Público, haja vista que o controle externo da atividade policial é atribuição incumbida constitucionalmente ao Parquet.”⁴⁹

Deve-se analisar conjuntamente com o PL 5776/2013 os demais Projetos de Lei que tramitam apensados àquele, quais sejam: o PL 5789/2013, de autoria do Deputado Federal Onyx Lorenzoni, do DEM/RS o PL 5816/13, de autoria do Deputado Federal Arthur Oliveira Maia, do PMDB/BA, o PL 5820/2013, do Deputado Carlos Sampaio, do PSDB/SP, e, por fim, o PL 5837/2013, do Deputado Federal Bernardo Santana de Vasconcelos, do PR/MG.⁵⁰

O PL 5789/2013, do Deputado Onix Lorenzoni, que cria o instrumento de investigação do MP, chamado, por sua vez, de Inquirição Penal, muito se assemelha com o inteiro teor do PL 5776/2013. Quanto às justificativas por ele apresentadas devem ser atacados os argumentos que desmoralizam a atividade

⁴⁸ Ib, ibidem.

⁴⁹ Ib, ibidem.

⁵⁰ Artigo disponível em: <<http://www.mp.pr.gov.br/modules/noticias/article.php?storyid=3631>> Consultado em: 12 ago. 2013.

de investigação realizada pelas Polícias.⁵¹ O que se tem hoje é falta de investimento em servidores para inflar os organogramas e falta de recursos para a melhora da infra-estrutura operacional.

Ainda analisando a justificativa do PL 5789/2013, quando é dito que há a definição de operacionalidade, limites e legitimidade dos agentes que atuam como investigadores⁵², nada disto pode ser encontrado na letra do Projeto de Lei, tendo em vista que ele não define exatamente em quais casos atuará o MP e em quais casos a apuração será encargo das Polícias, nem o momento ou o motivo de um ou outro atuar, situação esta que escancara a porta da sociedade para a prática de abusos e de busca da promoção pessoal em prol da moralização da investigação pública e das Instituições, à quem cabe tal incumbência.

Por fim, merecem destaque dois parágrafos da justificativa do PL 5789/2013, quais sejam:

“Fica estabelecido que a investigação criminal seja materializada pelo inquérito policial ou pela inquisição penal, dependendo de qual órgão for a iniciativa de sua proposição, com a ressalva dos crimes militares e das infrações penais de menor potencial ofensivo. O projeto representa um avanço na discussão de atribuições no âmbito criminal, uma vez que propõe que a iniciativa da investigação seja feita por qualquer dos legitimados, Polícia Judiciária ou Ministério Público, não excluindo a possibilidade de atuação conjunta dos dois órgãos, em razão de acordos de cooperação em relação ao que será investigado, e destes com outros órgãos técnicos que colaboram com a apuração das infrações penais.”⁵³

A partir desta leitura, observa-se afronta direta aos artigos 129; 144, §1º, IV; 144, §4º da Constituição Federal, tendo em vista que cria atribuições e competências à Órgãos por meio de Lei Federal, sendo, portanto, uma afronta direta à CF, e então, inconstitucional por possuir vício material insanável, tendo em vista que normativos *latu sensu* infraconstitucionais não podem criar competências, apenas regulamentá-las.

Iniciando-se a análise do Projeto de Lei de iniciativa do Deputado Federal Arthur Oliveira Maia, do PMDB/BA, que leva o número 5816/2013, nota-se também muitas semelhanças com o PL ao qual está apensado, o de número

⁵¹ Justificativa do PL 5789/2013. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=581516>> Consultado em 12 ago. 2013.

⁵² Ib, ibidem.

⁵³ Ib, ibidem.

5776/2013, conforme já fora dito. Quanto ao procedimento formal de investigação, o PL proposto pelo Deputado baiano prevê, além do instrumento do Inquérito Policial, que poderá ter de ser instaurado por ordem do *Parquet*, um instrumento próprio para o MP, o que no texto é chamado de “procedimento investigatório penal”, que será presidido pela autoridade do MP, o Promotor de Justiça.⁵⁴

Merece destaque também o artigo 11, o qual prevê que qualquer procedimento investigatório instaurado pela Polícia deverá ser informado ao Ministério Público. Tal previsão gera um confronto de atribuições, que paira todo assunto ligado ao procedimento investigatório realizado pelo Ministério Público. O contrassenso consiste em gerar um dever de satisfações dos Órgãos de Polícia Judiciária para/com o MP, o que não se funda qualquer fundamento lógico, racional ou garantista para submeter a competência originária de investigação dada pelo artigo 144 da Constituição Federal à supervisão do MP.⁵⁵

O PL 5820, bem como PL 5816/2013, é também eivado de vícios similares aos do Projeto ao qual está apensado, como a obrigação dos órgãos de Polícia de realizar diligências requisitadas pelo MP e a exclusividade do órgão Ministerial para conceder e prorrogar prazos de Inquéritos que tramitam nas Polícias Judiciárias, previsão da prerrogativa ao MP da possibilidade de requisitar diligências e perícias aos Órgãos de Polícias Judiciárias ao invés de realiza-las, apesar de ser intitulado Órgão de Investigação Criminal, inclusive com Instrumento próprio para tal, que neste caso é chamado de “Inquérito Criminal” e, por fim, merece ênfase a incoerência reproduzida similarmente aos demais Projetos quanto à titularidade da prorrogação dos prazos de Inquéritos Policiais, que permanece sendo ato discricionário do *Parquet*.⁵⁶

Em contrapartida, o Projeto de Lei mais recente com o intuito de regulamentar o poder de investigação do Ministério Público, que tramita apensado ao PL 5776/2013, de iniciativa do Deputado Federal Bernardo Santana de Vasconcellos - PR/MG, que leva o número 5837/2013, possui uma diretriz

⁵⁴ Inteiro teor do Projeto de Lei 5816/2013. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=581897>> Consultado em: 13 ago. 2013

⁵⁵ Ib, ibidem.

⁵⁶ Inteiro teor do Projeto de Lei 5820/2013. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=581927>> Consultado em: 13 ago. 2013

completamente diferente das que foram apreciadas até o momento que deve ser apreciada e merece prosperar em sua íntegra.⁵⁷

Iniciam-se as diferenças no artigo 2º, que define como privativa das Polícias Civis e Polícia Federal a competência de investigação criminal, porém faz as devidas ressalvas das Polícias Legislativas, Comissões Parlamentares de Inquérito, dos Tribunais e MP em relação aos seus membros e dos oficiais militares em infrações militares, como de fato prevê a Constituição Federal e em consonância com os Princípios e diretrizes do Direito brasileiro. Este contexto se complementa com o que está positivado no artigo 3º, que prevê a possibilidade de o MP investigar crimes, mediante autorização e controle judicial, tendo em vista o caso concreto, que há situação iminente de comprometimento das investigações, e nos incisos estão previstas as condições para o exercício desta atividade, como por exemplo, o respeito aos requisitos do Inquérito Policial e o cumprimento das medidas cautelares exclusivamente pelas Polícias Judiciárias, exceto nos casos de crimes militares.⁵⁸

Como garantias de separação do Ministério Público *custos legis* do Ministério Público acusador e titular da ação penal pública, observa-se a previsão do §1º inserido no artigo 3º, que proíbe o oferecimento da denúncia pelo promotor que realizado qualquer ato de investigação no caso, com vistas a garantir a impessoalidade das investigações na busca da verdade real. E ainda, o artigo 5º do PL 5837/2013 mantém a garantia da idoneidade do Controle Externo das Polícias Judiciárias, que continua sendo de competência do MP.⁵⁹

Há ainda um título específico dentro do Projeto de Lei que resguarda e define a forma como se dará a investigação de competência originária do Ministério Público, que é a necessária à instrução do Inquérito Civil, com o objetivo de assegurar as competências originárias deste órgão e fazer valer o que se encontra na Carta Magna do Brasil.⁶⁰

Na justificção do Projeto, sucinta e de especial inteligência, merece ser posto em evidência como forma de reafirmar e esclarecer o que fora posto no texto do PL 5837/2013 o seguinte parágrafo:

⁵⁷ Inteiro teor do Projeto de Lei 5837/2013. Disponível em: <
<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=582155>> Consultado em: 13 ago. 2013

⁵⁸ Ib, ibidem

⁵⁹ Ib, ibidem

⁶⁰ Ib, ibidem

“Verifica-se a absoluta ausência de lei que trate da investigação criminal conduzida pelo Parquet. Portanto, assistimos a instauração de milhares de procedimentos administrativos sem obediência à forma legal, controle externo ou prazo para conclusão, fato que fere frontalmente o princípio da legalidade estrita e as garantias individuais do cidadão, afetando a segurança jurídica e estabilidade democrática. Nesse mesmo diapasão e pelos mesmos argumentos, também se faz necessário o controle judicial do inquérito civil, bem como a fixação de seus prazos, comunicações e meios de defesa do investigado.”⁶¹

Por todos os fatores e reflexões já apresentados, entende-se por mais razoável e legal, no sentido estrito da palavra - de obedecer a lei - e para garantir a segurança jurídica, ter-se por mais adequada a realidade positivada no Projeto de Lei número 5837/2013.

4.2 Da Lei 12.830, de 20 de junho de 2013.

Proeminente norma editada pela Presidente Dilma Rousseff em 20 de junho de 2013 é de especial ressaltado no contexto que está sendo estudado. A Lei dispõe regras sobre a investigação criminal conduzida pelo Delegado de Polícia.

Primeiramente, no artigo 2º, §1º, há a garantia do Inquérito Policial como instrumento de investigação realizada pelas Polícias Judiciárias, e no §2º, é assegurado como competência da autoridade de polícia, que conforme o § 1º do mesmo artigo, é o Delegado de Polícia, a requisição de perícias e outras diligências, como coleta de dados, que sirvam à investigação criminal. Ainda no mesmo artigo, tem especial realce o §5º, que visa dar segurança ao Delegado de Polícia para investigar crimes dentro da própria corporação, por exemplo, ou que haja qualquer coação ou ameaça, pelo fato de dar um caráter de necessidade expressa às remoções destas autoridades policiais, tendo em vista que a remoção só poderá se dar se houver ato fundamentado justificando a demanda.⁶²

Para finalizar o artigo com propriedade, positivou-se como de exclusiva competência do Delegado de Polícia o indiciamento, o que dá garantia a sociedade de que qualquer investigação oficial, cujo objetivo é apurar a autoria e

⁶¹ Justificação do Projeto de Lei 5837/2013. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=582155>> Consultado em: 13 ago. 2013

⁶² Inteiro teor da Lei 12.830/2013. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm> Consultado em: 15 ago. 2013

materialidade, dar-se-á somente pela autoridade competente, mediante análise técnico-jurídica.

Observa-se, ainda, inteligente cautela positivada no artigo 3º da Lei - que só possui quatro artigos, sendo o último a previsão de entrada em vigor na data da publicação – a qual antevê a característica de ser bacharel no curso de Direito para o exercício da atividade de Delegado de Polícia, e ainda, antevê também similitude de tratamento protocolar ao que percebem os magistrados, membros da Defensoria Pública da União, membros do MP e advogados.⁶³ Ressalte-se que este tratamento protocolar à que se refere o penúltimo artigo da Lei consiste na “cortesia e urbanidade” inerente à existente no meio em que se inserem os profissionais da área jurídica, não deve ser compreendido como qualquer ligação com vantagens ou benefícios de razão econômica ou salarial.⁶⁴

Sendo assim, é notório que tal regra estabelece parâmetros de atuação para a atividade de Autoridade Policial de forma muito inteligente, assegurando prerrogativas que garantem a liberdade de atuação dos Delegados sem que lhe sejam impelidas ameaças ao exercício de suas funções, o que garante a excelência do trabalho.

⁶³ *Ib, ibidem*

⁶⁴ Emendas nº 1 a 10, de Plenário, ao Projeto de Lei da Câmara nº 132, de 2012, que dispõe sobre a Investigação Criminal conduzida pelo Delegado de Polícia.

CONCLUSÃO

Analisar a capacidade investigativa do Ministério Público é de toda uma grande tarefa que envolve diversos pontos importantes.

Diante da importante discussão, tendente à consolidação da tese que nega ao Ministério Público o poder de investigação criminal, tendo em vista que eventual extensão de competências acarretaria brusca invasão nas atribuições das Polícias Judiciárias, definidas na Constituição Federal, e, mais que isso, representaria também uma medida abusiva e arbitrária, pois o MP não tem aparato, nem treinamento para tal, o que abriria as portas aos abusos e excessos.

Razoável é constatar, a partir de todos os estudos, que esta competência já existente deve ser mantida, porém, nos termos da proposta da PEC37-A - ainda sem substitutivo proferido em 21/11/2012, após parecer da Comissão Especial destinada para tal - que delimita os casos passíveis de atuação do MP na fase investigatória - formulada pelo relator, o Deputado Fábio Trad, como por exemplo, em relação aos seus próprios membros, conforme prevista na Lei Orgânica do MP.

Com vistas a garantir a atuação do MP, respeitadas as competências das polícias, facultar-se-á a complementação de provas obtidas por órgãos não policiais, bem como nos casos de infrações penais conexas averiguadas em investigações de inquérito civil, haja provada a autoria e, ainda, conceder-se-á a possibilidade de atuação subsidiária na apuração de infrações penais no inquérito policial ou militar, em crime contra a Administração Pública, praticado por agente político ou público no exercício da função ou a pretexto de exercê-la, ou envolvendo organização criminosa.

Inafastável também é a questão normativa da legislação infraconstitucional, que não prevê a titularidade do inquérito policial á outra autoridade que não o Delegado de Polícia, apesar de ter como dispensável esta fase de investigação. Mas tal escusa somente se justifica em casos plausíveis, nos quais o MP já tem poder investigativo, que não é criminal e deve ser mantido, bem como os poderes persecutórios não criminais que outros órgãos da administração pública

direta e indireta têm, á exemplo, o COAF, que faz investigações administrativas financeiras.

Com vistas a garantir a segurança jurídica, dar-se-á ressalva aos atos investigatórios no âmbito criminal praticados pelo órgão ministerial até a data da publicação da emenda, com a inclusão do artigo 98 ao ADCT.

Desta forma, encontram-se resguardadas as competências das Polícias, do Ministério Público e dos órgão administrativos que também diligenciam investigações, e também é estendida ao Ministério Público diligenciar e participar de investigações que envolvam bens jurídicos objetos de suas tutelas, á exemplo dos crimes quando praticados por funcionário público no exercício da função. Dada tal explicação é que se vê a alta relevância da consideração do artigo 2º da primeira reformulação feita pelo Relator em seu voto, desconsiderando então a mais recente proposta feita em novembro, que suprimiu o texto do artigo citado.

No entanto, diante da reviravolta e da comoção popular, infelizmente, viu-se a PEC 37 derrubada de uma forma absurda, sem o mínimo de análise à qual faria jus. Tal circunstância gerou a obrigação de se regulamentar urgentemente a investigação a ser conduzido pelo MP, o que vincula a tendência à aprovação do PL 5837/2013, por ser o único apresentado até o momento que resguarda as Competências definidas na Constituição Federal, bem como garante os Direitos e Garantias Individuais, por ser Constitucional em sua íntegra. Essencial também é festejar-se a edição da Lei 12.830/2013, que traz segurança jurídica aos Delegados de Polícia, visando suprir dificuldades práticas que eram observadas anteriormente a esta regra.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Mauro Fonseca. **O Ministério Público e sua investigação criminal**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.
- DUCLERC, Elmir. **Curso Básico de Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. Volume 1. 2 e.d.
- FELDENS, Luciano; STRECK, Lênio Luiz. **Crime e constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005
- FISCHER, Douglas. Investigação criminal pelo Ministério Público. In: CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio (Coord.). **Limites constitucionais da investigação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 46-71
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**, Rio de Janeiro: 2008, Impetus
- LOPES JUNIOR., Aury. **Sistema de Investigação Preliminar no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2 e.d.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: 2006, Atlas.
- MOREIRA, Rômulo Andrade. **A investigação criminal e o Ministério Público**. In: CUNHA, Rogério Sanches; TAQUES, Pedro; GOMES, Luiz Flávio. **Limites constitucionais da investigação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- JUNIOR, Magno Sérgio de Melo Neves. **Investigação criminal pelo Ministério Público na fase preparatória a instrução criminal**. Brasília: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2009.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. São Paulo: 2002, Revista dos Tribunais.
- PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009. 11 e.d.
- RANGEL, Paulo. **Investigação criminal direta pelo Ministério Público: visão crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- SILVA, José Afonso da. **Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente?** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, 2004.
- TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 3. Ed