

NOTA TÉCNICA Nº 04/2013

Referente à Proposta de Emenda à Constituição nº 37/2002, que 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.

A **Associação dos Juízes Federais do Brasil – Ajufe**, entidade de classe de âmbito nacional da magistratura federal, cumprindo o seu dever institucional de colaborar com o processo legislativo brasileiro, apresenta a Vossa Excelência Nota Técnica pela rejeição da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 37, de 2011, de autoria do Senhor Deputado Federal Lourival Mendes.

Apresentada no dia 8 de junho de 2011, essa PEC pretende atribuir às Polícias Civil e Federal a exclusividade na apuração das infrações penais, mediante a inserção de parágrafo ao art. 144 da Constituição da República Federativa do Brasil (CF/88), nos seguintes termos [sic]:

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

Pela justificação constante na referida PEC, percebe-se claramente que a finalidade primordial da alteração constitucional proposta é de impedir o Ministério Público de exercer, complementar ou autonomamente, qualquer ato ou atividade de apuração de fatos criminais.

A proposta é desaconselhável do ponto de vista técnico jurídico e de grave inconveniência na preservação da segurança pública e do Estado de Direito.

A Constitucionalidade das Investigações Preliminares pelo Ministério Público

Não há dúvida de que a presidência do inquérito policial é de exclusiva atribuição das polícias judiciárias, mais precisamente dos Delegados de carreira; também é claro competir às Polícias Civis dos Estados e à Polícia Federal o exercício das funções inerentes à polícia judiciária. O inquérito policial, presidido exclusivamente pela autoridade policial, é o procedimento investigativo por excelência e a peça informativa ordinária que possibilita a persecução dos crimes em juízo pelo órgão da acusação pública titular da ação penal.

No entanto, igualmente é certo que a formação da “*opinio delicti*” pelo Ministério Público pode decorrer de elementos de convicção diversos, tais como aqueles oriundos de procedimentos instaurados pelos mais diversos órgãos da Administração Pública. Ou seja, o inquérito policial não é nem nunca foi considerado requisito indispensável para a dedução da ação penal pelo Ministério Público, bastando que a acusação se embase em outras peças de

informação que indiquem a prática de delitos, realidade esta consagrada pela doutrina e jurisprudência pátria correntes.

De qualquer modo, nenhum procedimento ou peça informativa importa em afetação da atividade primordial da polícia judiciária de apuração de crimes e de seus autores, tampouco haverá usurpação da presidência ou da condução do inquérito policial como encargos específicos da autoridade policial e de seus agentes pelo fato de se desenvolverem outras formas de apuração de fatos delituosos.

Em todo caso, o Ministério Público, como titular da ação penal pública por imposição expressa da Constituição Federal (art. 129, I), é o destinatário dos elementos produzidos no curso da investigação criminal. Para além disso, é importante ressaltar que, no mesmo art. 129 elaborado pelo constituinte originário, consta expressamente, como função institucional do Ministério Público, no inciso IX, "exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade".

A Constituição Federal, por relevantes fundamentos, preocupou-se em inserir no rol das atribuições constitucionais do Ministério Público uma cláusula de abertura de modo a lhe assegurar o exercício de outras funções compatíveis com sua finalidade institucional, com sua razão de ser. E não há dúvida de que a prática de diligências investigatórias pelo Ministério Público é função não só compatível, como indispensável, em muitos casos, ao desempenho das finalidades institucionais do Ministério Público; para tanto, basta rememorar o inciso I do art. 129 da CF/88, quando elenca a primeira função institucional do Ministério Público: "promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei".

A reestruturação constitucional da instituição e dos encargos do Ministério Público teve por finalidade não apenas lhe atribuir funções de expressiva magnitude, mas também conferir todos os meios necessários ao integral cumprimento dessas atribuições jurídico-constitucionais. Por esse motivo, o exercício de diligências investigatórias faz parte das funções institucionais do Ministério Público, sendo indispensável instrumento para alcançar a realização das suas incumbências institucionais elencadas expressamente na Constituição Federal.

A Suprema Corte dos Estados Unidos da América há longo tempo reconheceu que a atribuição de competências expressas a instituições de Estado deve importar no reconhecimento implícito, a essa mesma instituição, do instrumental básico à completa consecução das tarefas conferidas (*McCulloch v. Maryland*, 1819). O Supremo Tribunal Federal brasileiro, apreciando exatamente a possibilidade do exercício de atividades apuratórias pelo Ministério público, reafirmou a teoria Constitucional dos Poderes implícitos de modo a fundamentar a afirmação de que as atribuições constitucionais do Ministério Público pressupõem a realização, em alguns casos, de atividades investigativas (HC nº 94.173-BA, STF, Relator Min. Celso de Mello, 2ª Turma, julgado em 27.10.2009).

Concluir que o sistema constitucional atribuiu aos órgãos policiais o papel principal na investigação criminal não significa impedimento ao Ministério Público de realizar diligências investigatórias quando circunstâncias particulares assim o exigirem. O adequado cumprimento das funções institucionais do MP exigirá, em alguns casos, a necessidade de busca de elementos informativos que possibilitem a persecução judicial, como em situações de lesão

ao patrimônio público; delitos envolvendo a própria polícia; corrupção em altas esferas governamentais ou omissão deliberada ou não na apuração policial.

Assim, ao pretender impedir toda a qualquer diligência apuratória de fatos criminosos pelo Ministério Público, a PEC 37/2011 padece de inconstitucionalidade por reduzir sobremaneira a consecução das funções institucionais do MP, principalmente a promoção da persecução penal mediante a ação penal pública e o controle externo da atividade policial, uma vez que a atribuição de incumbências institucionais sem a disponibilização dos meios necessários para tanto significa o esvaziamento daquelas mesmas atribuições.

O Monopólio da Investigação pela Polícia

Conforme referido anteriormente, consentir que outros órgãos estatais pratiquem diligências investigatórias com a finalidade de verificar fatos cometidos na esfera de seus encargos institucionais não embaraça ou limita as indispensáveis atribuições da polícia judiciária, tampouco diminui a importância do inquérito policial presidido pelas autoridades policiais. Por outro lado, inexistente qualquer norma no ordenamento jurídico pátrio, seja de relevo constitucional ou infraconstitucional, que atribua exclusividade ou monopólio na apuração de fatos delituosos às polícias civil ou federal.

Pelo contrário, basta uma rápida análise acerca dos diversos organismos estatais que desempenham atividades de investigação para se concluir pela absoluta inconveniência de se pretender instituir alguma reserva de investigação de delitos à polícia judiciária da União ou dos Estados. Afirmação facilmente exemplificada pela referência às apurações realizadas pela Receita Federal, pela Controladoria-Geral da União, pelo BACEN, pelo COAF e pelos Tribunais de Contas; ou então aos procedimentos ordinários de apuração no âmbito do INSS e das Delegacias do Trabalho, nos órgão de fiscalização ambiental como IBAMA, nas sindicâncias dos diversos órgãos da administração direta e indireta.

O rol acima, meramente ilustrativo, evidencia a absoluta inconveniência e mesmo a impraticabilidade – do ponto de vista do Sistema Constitucional e do Estado de Direito – de se pretender, mediante Emenda Constitucional, restringir a apuração das infrações penais às polícias federal e civis dos Estados e do Distrito Federal, conforme consta de forma expressa na PEC 37/2011. Fica nítido, ainda, que a intenção da mencionada reforma normativa, conforme se denota claramente na justificção constante na proposta, é de impedir apenas e tão-somente que o Ministério Público realize diligências investigatórias, embora a exposição de motivos refira argumentos que se aplicam de forma integral a todos os procedimentos investigatórios mencionados no parágrafo anterior.

Basta dizer que muitos dos elementos colhidos nos procedimentos apuratórios acima mencionados serão igualmente insuscetíveis de repetição em juízo; não há regras claras e uniformes de regulação das formalidades, controles e prazos desses demais procedimentos aludidos acima, e, acaso existentes, nada impede que sejam aplicados também às apurações conduzidas pelo MP. Eventual conhecimento técnico-científico exclusivo da polícia judiciária, porventura indispensável à conclusão da investigação, dependerá de efetiva instauração de inquérito policial para a conclusão das averiguações.

A conclusão é de que qualquer motivo para sustentar argumentação contrária à apuração direta de crimes pelo Ministério Público deveria valer também para os demais procedimentos de investigação há décadas utilizados no Brasil sem qualquer contestação. O que chama atenção é que, exatamente para o órgão constitucionalmente incumbido, junto com a Polícia Judiciária, da persecução penal, pretende-se instituir um genérico impedimento à investigação de fatos criminais. A surpresa é maior considerando-se que a tendência dos ordenamentos jurídicos estrangeiros caminha exatamente em sentido oposto. Atribui-se diretamente ao MP a condução das atividades de investigação criminal, conforme legislação de vários países da Europa continental, como Itália, Alemanha, Espanha, Portugal e França.

O sistema de investigação monopolizado pela polícia judiciária está sendo abandonado há muitas décadas pelos Estados modernos, tanto pela conclusão da indispensabilidade de se dotar o órgão titular da ação penal da possibilidade de colher elementos para sustentar a acusação, como pela importância de que uma instituição com a garantia da independência funcional possa investigar com autonomia delitos cometidos por políticos influentes, membros de governo ou da própria polícia.

Ademais, são inegáveis a evolução e o melhoramento advindos da crescente cooperação e compartilhamento das tarefas de apuração de crimes entre os mais diversos órgãos estatais. O eventual desempenho, pelo Ministério Público, de diligências investigatórias que se mostrarem indispensáveis na situação concreta representa muito mais um aspecto dessa crescente colaboração e auxílio entre as instituições incumbidas da persecução penal do que alguma redução da relevância da investigação policial ou da presidência do inquérito policial como atribuição exclusiva da polícia judiciária.

Cumpram ainda referir, por oportuno, ser amplamente reconhecido que a distinção entre investigação civil e penal não é de natureza ou de qualidade, mesmo porque o conceito de ato ilícito é unitário. Tal separação tem a finalidade apenas metodológica, sendo óbvio que elementos indiciários decorrentes de investigação ou inquérito civil servem para sustentar uma acusação penal.

Em complemento, mas não menos importante, importa lembrar que todas as limitações e direitos assegurados aos investigados nas investigações conduzidas pela Polícia em sede de inquérito policial têm aplicação plena e irrestrita em diligências investigativas conduzidas pelo Ministério Público. Do contrário, assim como ocorre nas averiguações policiais, ou em quaisquer apurações instauradas por órgãos estatais, a inobservância de direitos e garantias dos cidadãos, ou de limitações ao poder de investigar, importará em violação ao ordenamento constitucional, por consequência, em anulação ou perda de eficácia do procedimento investigatório.

Nesse sentido, elencando expressamente o quadro de direitos e contenções do poder subsidiário do Ministério Público de conduzir diligências investigatórias, ante a afirmação de que não há poderes absolutos ou ilimitados no Estado de Direito, o HC nº 94.173 do Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, Relator Min. Celso de Mello, DJ 27.11.2009.

Conclusão

Assim, pelas razões resumidamente referidas, não há motivos lógicos, racionais ou jurídicos que permitam uma interpretação absolutamente restritiva no âmbito da investigação, que leve à exclusão do exercício de medidas investigativas por outros organismos estatais, o que significaria instituir verdadeiro monopólio na apuração de delitos às polícias civil e federal; ou, o que seria mais grave, eliminar apenas em relação ao Ministério Público, titular da ação penal, incumbido da persecução de delitos, do controle externo da atividade policial e de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes e do patrimônio públicos, a possibilidade de realizar diligências investigatórias de fatos criminosos quando indispensáveis ao cumprimento de suas atribuições constitucionais.

Em resumo, a Ajufe espera que a PEC 37-A, de 2011, seja rejeitada e arquivada pela Câmara dos Deputados.

Brasília, 28 de maio de 2013.

NINO OLIVEIRA TOLDO

Presidente