



Supremo Tribunal Federal

28/08/2012 14:38 0044202



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

CÓPIA

Nº 7535 - PGR - RG

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.220

REQUERENTE : CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

REQUERIDO : CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

RELATOR : MINISTRO LUIZ FUX

Ação direta de inconstitucionalidade. Resolução 20/2007, do Conselho Nacional do Ministério Público. Preliminares. Caráter regulamentar da resolução contestada. Ausência de impugnação de todo complexo normativo. Mérito. Constitucionalidade do poder investigatório do Ministério Público e do controle externo da atividade policial a ele atribuído. Inconstitucionalidade desse controle quanto às polícias legislativas. Parecer pelo não conhecimento da ação, e, no mérito, pela sua procedência parcial.

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, dirigida contra a Resolução 20/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP.

DD

2. Eis o teor dos dispositivos impugnados:

“Art. 1º Estão sujeitos ao controle externo do Ministério Público, na forma do art. 129, inciso VII, da Constituição Federal, da legislação em vigor e da presente Resolução, os organismos policiais relacionados no art. 144 da Constituição Federal, bem como as polícias legislativas ou qualquer outro órgão ou instituição, civil ou militar, à qual seja atribuída parcela de poder de polícia, relacionada com a segurança pública e persecução criminal.

Art. 2º O controle externo da atividade policial pelo Ministério Público tem como objetivo manter a regularidade e a adequação dos procedimentos empregados na execução da atividade policial, bem como a integração das funções do Ministério Público e das Polícias voltada para a persecução penal e o interesse público, atentando, especialmente, para:

I – o respeito aos direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal e nas leis;

II – a preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio público;

III – a prevenção da criminalidade;

IV – a finalidade, a celeridade, o aperfeiçoamento e a indisponibilidade da persecução penal;

V – a prevenção ou a correção de irregularidades, ilegalidades ou de abuso de poder relacionados à atividade de investigação criminal;

VI – a superação de falhas na produção probatória, inclusive técnicas, para fins de investigação criminal;

VII – a probidade administrativa no exercício da atividade policial.

Art. 3º O controle externo da atividade policial será exercido:

I - na forma de controle difuso, por todos os membros do Ministério Público com atribuição criminal, quando do exame dos procedimentos que lhes forem atribuídos;

II - em sede de controle concentrado, através de membros com atribuições específicas para o controle externo da atividade policial, conforme disciplinado no âmbito de cada Ministério Público.

DD

Art. 4º Incumbe aos órgãos do Ministério Público, quando do exercício ou do resultado da atividade de controle externo:

I – realizar visitas ordinárias periódicas e, quando necessárias, a qualquer tempo, visitas extraordinárias, em repartições policiais, civis e militares, órgãos de perícia técnica e quartelamentos militares existentes em sua área de atribuição;

II – examinar, em quaisquer dos órgãos referidos no inciso anterior, autos de inquérito policial, inquérito policial militar, autos de prisão em flagrante ou qualquer outro expediente ou documento de natureza persecutória penal, ainda que conclusos à autoridade, deles podendo extrair cópia ou tomar apontamentos, fiscalizando seu andamento e regularidade;

III – fiscalizar a destinação de armas, valores, substâncias entorpecentes, veículos e objetos apreendidos;

IV – fiscalizar o cumprimento dos mandados de prisão, das requisições e demais medidas determinadas pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário, inclusive no que se refere aos prazos;

V – verificar as cópias dos boletins de ocorrência ou sindicâncias que não geraram instauração de Inquérito Policial e a motivação do despacho da autoridade policial, podendo requisitar a instauração do inquérito, se julgar necessário;

VI – comunicar à autoridade responsável pela repartição ou unidade militar, bem como à respectiva corregedoria ou autoridade superior, para as devidas providências, no caso de constatação de irregularidades no trato de questões relativas à atividade de investigação penal que importem em falta funcional ou disciplinar;

VII – solicitar, se necessária, a prestação de auxílio ou colaboração das corregedorias dos órgãos policiais, para fins de cumprimento do controle externo;

VIII – fiscalizar cumprimento das medidas de quebra de sigilo de comunicações, na forma da lei, inclusive através do órgão responsável pela execução da medida;

IX – expedir recomendações, visando à melhoria dos serviços policiais, bem como o respeito aos interesses, direitos e bens cuja defesa seja de responsabilidade do

20

Ministério Público, fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis.

§ 1º Incumbe, ainda, aos órgãos do Ministério Público, havendo fundada necessidade e conveniência, instaurar procedimento investigatório referente a ilícito penal ocorrido no exercício da atividade policial.

§ 2º O Ministério Público poderá instaurar procedimento administrativo visando sanar as deficiências ou irregularidades detectadas no exercício do controle externo da atividade policial, bem como apurar as responsabilidades decorrentes do descumprimento injustificado das requisições pertinentes.

§ 3º Decorrendo do exercício de controle externo repercussão do fato na área cível e, desde que não possua o órgão do Ministério Público encarregado desse controle atribuição também para a instauração de inquérito civil público ou ajuizamento de ação civil por improbidade administrativa, incumbe a este encaminhar cópias dos documentos ou peças de que dispõe ao órgão da instituição com a referida atribuição. (Alterado pela Resolução nº 65/2011.)

Art. 5º Aos órgãos do Ministério Público, no exercício das funções de controle externo da atividade policial, caberá:

I – ter livre ingresso em estabelecimentos ou unidades policiais, civis ou quartelamentos militares, bem como casas prisionais, cadeias públicas ou quaisquer outros estabelecimentos onde se encontrem pessoas custodiadas, detidas ou presas, a qualquer título, sem prejuízo das atribuições previstas na Lei de Execução Penal que forem afetadas a outros membros do Ministério Público;

II – ter acesso a quaisquer documentos, informatizados ou não, relativos à atividade-fim policial civil e militar, incluindo as de polícia técnica desempenhadas por outros órgãos, em especial:

- a) ao registro de mandados de prisão;
- b) ao registro de fianças;
- c) ao registro de armas, valores, substâncias entorpecentes, veículos e outros objetos apreendidos;
- d) ao registro de ocorrências policiais, representações de ofendidos e notícia criminis;
- e) ao registro de inquéritos policiais;

DP

- f) ao registro de termos circunstanciados;
- g) ao registro de cartas precatórias;
- h) ao registro de diligências requisitadas pelo Ministério Público ou pela autoridade judicial;
- i) aos registros e guias de encaminhamento de documentos ou objetos à perícia;
- j) aos registros de autorizações judiciais para quebra de sigilo fiscal, bancário e de comunicações;
- l) aos relatórios e soluções de sindicâncias findas.

III – acompanhar, quando necessária ou solicitada, a condução da investigação policial civil ou militar;

IV – requisitar à autoridade competente a instauração de inquérito policial ou inquérito policial militar sobre a omissão ou fato ilícito ocorrido no exercício da atividade policial, ressalvada a hipótese em que os elementos colhidos sejam suficientes ao ajuizamento de ação penal;

V – requisitar informações, a serem prestadas pela autoridade, acerca de inquérito policial não concluído no prazo legal, bem assim requisitar sua imediata remessa ao Ministério Público ou Poder Judiciário, no estado em que se encontre;

VI – receber representação ou petição de qualquer pessoa ou entidade, por desrespeito aos direitos assegurados na Constituição Federal e nas leis, relacionados com o exercício da atividade policial;

VII – ter acesso ao preso, em qualquer momento;

VIII – ter acesso aos relatórios e laudos periciais, ainda que provisórios, incluindo documentos e objetos sujeitos à perícia, guardando, quanto ao conteúdo de documentos, o sigilo legal ou judicial que lhes sejam atribuídos, ou quando necessário à salvaguarda do procedimento investigatório.

Art. 6º Nas visitas de que trata o artigo 4º, inciso I, desta Resolução, o órgão do Ministério Público lavrará a ata ou relatório respectivo, consignando todas as constatações e ocorrências, bem como eventuais deficiências, irregularidades ou ilegalidades e as medidas requisitadas para saná-las, devendo manter, na promotoria ou procuradoria, cópia em arquivo específico.

Parágrafo único. A autoridade diretora ou chefe de repartição policial poderá ser previamente notificada da data ou período da visita, bem como dos procedimen-

DD

tos e ações que serão efetivadas, com vistas a disponibilizar e organizar a documentação a ser averiguada.

Art. 7º Os Ministérios Públicos dos Estados e da União deverão adequar os procedimentos de controle externo da atividade policial, expedindo os atos necessários ao cumprimento da presente Resolução, no prazo de 90 dias a contar de sua entrada em vigor.

Art. 8º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.”

3. O requerente alega que, ao editar a resolução contestada, o CNMP extrapolou a competência regulamentar conferida pelo art. 130-A, § 2º, CR¹, bem como legislou sobre matéria reservada a lei complementar pelo art. 129, VII, CR².

1 Art. 130-A. O Conselho Nacional do Ministério Público compõe-se de quatorze membros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, para um mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo:

[...]

§ 2º Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe:

I – zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

II – zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público da União e dos Estados, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência dos Tribunais de Contas;

III – receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Ministério Público da União ou dos Estados, inclusive contra seus serviços auxiliares, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional da instituição, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

IV – rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de membros do Ministério Público da União ou dos Estados julgados há menos de um ano;

V – elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias sobre a situação do Ministério Público no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar a mensagem prevista no art. 84, XI.

2 Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

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

4. Sustenta que o art. 1º da resolução, ao sujeitar as polícias legislativas ao controle externo do Ministério Público, viola a autonomia do Poder Legislativo (arts. 2º; 51, IV; e 52, XIII, da CR³).

5. Acrescenta que os arts. 2º a 5º da resolução impugnada, ao conferirem poderes investigatórios ao Ministério Público, violam “os limites constitucionais da atuação do Ministério Público” (fl. 10) e o disposto no art. 144 da Constituição⁴.

DD

3 Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

[...]

Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados:

[...]

IV - dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias;

[...]

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

[...]

XIII - dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias;

4 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.

§ 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.

§ 2º - A polícia rodoviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais.

§ 3º - A polícia ferroviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais.

§ 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.

6. Em decisão de fls. 28/29, o então relator, Min. Eros Grau, negou seguimento à ação em razão do caráter regulamentar da norma impugnada.
7. Contra essa decisão, o requerente interpôs agravo regimental (fls. 31-33), o qual foi provido pelo atual relator, Min. Luiz Fux (fls. 46/47).
8. Foi adotado o rito do artigo 12 da Lei 9.868/1999.
9. O CNMP prestou informações nas quais defende a constitucionalidade da resolução contestada (fls. 54-58).
10. A Advocacia-Geral da União manifestou-se pelo não conhecimento da ação e, no mérito, pela procedência parcial do pedido (fls. 100-128).
11. É o relatório.

DA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

12. Conforme afirmado no parecer de fls. 39-42, não é possível o conhecimento da presente ação direta.
13. O caráter regulamentar da resolução questionada é evidente. Basta verificar que a disciplina nela veiculada funda-se, de forma imediata, no que estabelecem os artigos 3º, 9º, 10, 38, IV, 117, II, e 150, IV, da Lei Complementar 75/1993, e o art. 80 da Lei 8.625/1993⁵.

⁵ Lei Complementar 75/93: "Art. 3º O Ministério Público da União exercerá o controle externo da atividade policial tendo em vista: a) o respeito aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, aos princípios informadores das relações in-

14. Embora os atos normativos emanados do CNMP possam ter caráter primário⁶, não é o caso da resolução impugnada, pela singela razão de que existem normas legais interpostas entre ela e a Constituição, que dispõem especificamente sobre a atuação do Ministério Público no controle externo da atividade policial.

15. A firme orientação do Supremo Tribunal é de que a ação direta de inconstitucionalidade não se presta ao exame de norma de caráter secundário, que possa implicar, eventualmente, ofensa indireta ou reflexa à Constituição da República (ADI-AgR 2.398, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 31/8/2007; ADI 3.376, Rel. Min. Eros Grau, DJ 23/6/2006; ADI 3.132, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 9/6/2006; ADI 2.626, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 5/3/2004; entre muitas outras).

DO

ternacionais, bem como aos direitos assegurados na Constituição Federal e na lei; b) a preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio público; c) a prevenção e a correção de ilegalidade ou de abuso de poder; d) a indisponibilidade da persecução penal; e) a competência dos órgãos incumbidos da segurança pública. (...) Art. 9º O Ministério Público da União exercerá o controle externo da atividade policial por meio de medidas judiciais e extrajudiciais podendo: I - ter livre ingresso em estabelecimentos policiais ou prisionais; II - ter acesso a quaisquer documentos relativos à atividade-fim policial; III - representar à autoridade competente pela adoção de providências para sanar a omissão indevida, ou para prevenir ou corrigir ilegalidade ou abuso de poder; IV - requisitar à autoridade competente para instauração de inquérito policial sobre a omissão ou fato ilícito ocorrido no exercício da atividade policial; V - promover a ação penal por abuso de poder. (...) Art. 10. A prisão de qualquer pessoa, por parte de autoridade federal ou do Distrito Federal e Territórios, deverá ser comunicada imediatamente ao Ministério Público competente, com indicação do lugar onde se encontra o preso e cópia dos documentos comprobatórios da legalidade da prisão. (...) Art. 38. São funções institucionais do Ministério Público Federal as previstas nos Capítulos I, II, III e IV do Título 1, incumbindo-lhe, especialmente: (...) IV - exercer o controle externo da atividade das polícias federais, na forma do art. 9º; (...) Art. 117. Incumbe ao Ministério Público Militar: (...) II - exercer o controle externo da atividade da polícia judiciária militar. (...) Art. 150. Incumbe ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios: (...) IV - exercer o controle externo da atividade da polícia do Distrito Federal e da dos Territórios”.

Lei 8.625/93: “Art. 80. Aplicam-se aos Ministérios Públicos dos Estados, subsidiariamente, as normas da Lei Orgânica do Ministério Público da União.”

⁶ Por ocasião do julgamento da medida cautelar requerida na ADC 12 (Ministro Carlos Britto, DJ de 1/9/2006), deliberou-se no sentido de que as resoluções do CNJ podem ter caráter normativo primário. Idêntica conclusão se aplica ao CNMP, pela paridade existente entre os dois órgãos.

16. Sob outro ângulo, caberia ao requerente impugnar todo o complexo normativo que envolve o controle externo da atividade policial pelo Ministério Público, a englobar os dispositivos legais já referidos.

17. Portanto, a ação não reúne condições para ser conhecida.

DA PROCURAÇÃO COM PODERES ESPECÍFICOS

18. Embora a procuração de fl. 16 não consigne poderes específicos para o ajuizamento de ação direta contra os dispositivos ora atacados, a certidão de fl. 17 demonstra ter havido decisão expressa do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil para “*o ajuizamento de ação direta de inconstitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal, contra a Resolução nº 20, de 28.05.2007, do Conselho Nacional do Ministério Público*”. Por conta disso, tal formalidade deve ser superada.

19. Caso não seja esse o entendimento, deve-se oportunizar ao requerente que proceda à juntada de nova procuração, com poderes específicos para questionar as normas impugnadas. Nesse sentido, destaca-se a decisão na questão de ordem suscitada nos autos da ADI 2.187 (DJ de 12/12/2003, p. 62).

DA MANIFESTAÇÃO DO AGU A TÍTULO DE EXERCÍCIO DA FUNÇÃO EXPRESSA NO ART. 103, § 3º, DA CF

20. O dispositivo referido é do seguinte teor:

PP

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

(...)

§ 3º - Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

21. A posição, de início, adotada pelo STF, foi aquela que decorre da literalidade da norma, ou seja, ao Advogado-Geral da União compete apenas a defesa incondicional do ato ou texto impugnado:

"Ação direta de inconstitucionalidade. Preliminar: exigência de defesa do ato ou texto impugnado pelo Advogado Geral da União. (...) A Constituição exige que o Advogado Geral da União, ou quem desempenha tais funções, faça a defesa do ato impugnado em ação direta de inconstitucionalidade. Inadmissibilidade de ataque à norma por quem está no exercício das funções previstas no § 3º do art. 103." (ADI 242, Rel. Min. Paulo Brossard, DJ 23/3/2001).

"A função processual do Advogado-Geral da União, nos processos de controle de constitucionalidade por via de ação, é eminentemente defensiva. Ocupa, dentro da estrutura formal desse processo objetivo, a posição de órgão agente, posto que lhe não compete opinar e nem exercer a função fiscalizadora já atribuída ao Procurador-Geral da República. Atuando como verdadeiro curador (defensor *legis*) das normas infraconstitucionais, inclusive daquelas de origem estadual, e velando pela preservação de sua presunção de constitucionalidade e de sua integridade e validade jurídicas no âmbito do sistema de direito, positivo, não cabe ao Advogado-Geral da União, em sede de controle normativo abstrato, ostentar posição processual contrária ao ato estatal impugnado, sob pena de frontal descumprimento do *munus* indisponível que lhe foi imposto pela própria Constituição da República." (ADI-AgR 1.254, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 19/9/1997).

90

"Atuando como verdadeiro curador da norma infraconstitucional - defensor *legis* - e velando pela preservação de sua presunção de constitucionalidade e de sua integridade no âmbito do sistema jurídico, não cabe ao Advogado-Geral da União ostentar posição processual a ela contrária, sob pena de frontal descumprimento do *munus* indisponível que lhe foi imposto pela própria Constituição da República. Nem se diga, finalmente, que, por ser de origem estadual a norma ora impugnada, não assistiria ao Advogado-Geral da União o encargo de defender-lhe a validade e a integridade jurídicas." (ADI 1.350, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 4/8/1996)

22. Posteriormente, conferiu-se um certo temperamento à norma:

"O *munus* a que se refere o imperativo constitucional (CF, artigo 103, §3º) deve ser entendido com temperamentos. O Advogado-Geral da União não está obrigado a defender tese jurídica se sobre ela esta Corte já fixou entendimento pela sua inconstitucionalidade." (ADI 1.616, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 24/8/2001)

23. Onde se conclui, sem maior esforço, que a regra, no controle concentrado de constitucionalidade, é a defesa do ato normativo impugnado pelo Advogado-Geral da União. Excepcionalmente, quando já há entendimento consolidado do STF sobre sua inconstitucionalidade, é que se lhe permite manifestação nesse sentido. Cumpre-lhe, nessa hipótese, em razão mesmo do caráter de excepcionalidade, o ônus da argumentação.

24. O Advogado-Geral não se desincumbiu de tal ônus. Nem uma só linha é dedicada a demonstrar que já há, no âmbito dessa Corte, manifestação conclusiva a respeito do poder de investigação pelo MP, tendo-a por inconstitucional.

PP

25. É bem verdade que tampouco conseguiria demonstração nesse sentido. A uma, porque o Plenário do STF ainda não tratou o tema de forma definitiva. A duas, porque, considerada a atual composição da Corte e os mais recentes votos sobre a matéria, há uma tendência em se reconhecer a constitucionalidade do poder de investigação pelo MP.
26. Nos autos do Inquérito 1.968, votaram pela possibilidade de o MP realizar diretamente investigação criminal os Ministros Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Eros Grau⁷. A votação não chegou a ser concluída por ausência de incompetência superveniente, em razão de perda de prerrogativa de foro.
27. No julgamento do HC 91.661, a Segunda Turma do STF reconheceu, por unanimidade, que existe a previsão constitucional para o poder de investigação do MP. Conforme se depreende do extrato de ata, votaram nesse sentido todos os presentes à sessão de julgamento: Min. Ellen Gracie, relatora; Min. Cezar Peluso; Min. Celso de Mello; e Ministro Joaquim Barbosa.
28. Isso significa que, dos 11 integrantes atuais do STF, 4 já se manifestaram pela constitucionalidade das investigações criminais realizadas pelo Ministério Público.
29. Mesmo o Ministro Nelson Jobim, citado como exemplo de decisões contrárias ao poder investigatório pelo MP, chegou a concluir:

“EMENTA: *HABEAS CORPUS*. ABUSO SEXUAL CONTRA MENOR. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA INSTAURAR SINDICÂNCIA. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA).

⁷ Informativo STF nº 359

DD

O Ministério Público tem legitimidade para instaurar sindicância para a apuração de crimes previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 201, inciso VII, da Lei 8.069/90).

Além da competência que lhe atribui o ECA, é pacífico o entendimento desta Corte de que o Ministério Público não necessita de inquérito policial para instaurar ação penal.

Caso que não se confunde com o RHC 81.326 que tratava de falta de legitimidade do *Parquet* para presidir ou desenvolver diligências pertinentes ao inquérito policial.

A questão relativa à infância e à juventude é regulada por lei especial que tem previsão específica (Lei 8.069/90). Habeas corpus indeferido.” (STF, HC 82.965, Segunda Turma, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ 30/4/2004)

30. Aqui se revela, claramente, que não há impedimento, no texto constitucional, a que o MP realize diretamente investigações criminais. Diferente fosse, o ECA, no particular, seria inconstitucional.

31. Constata-se, portanto, que o Advogado-Geral da União deixou de exercer a atribuição definida no art. 103, § 3º, da CR, circunstância que merece destaque e não deve ser admitida por esse Supremo Tribunal Federal.

DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DO CNMP

32. Ao Conselho Nacional do Ministério Público cabe o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, podendo expedir, no

00

âmbito dessa competência, atos regulamentares (CR, art. 130-A, § 2º e inciso I).

33. A constitucionalidade, tanto do órgão, quanto das atribuições que lhe foram conferidas, pode ser afirmada a partir do que se decidiu na ADI 3.367 (Rel. Min. Cezar Peluso, DJ 22/9/2006), que tinha por objeto o Conselho Nacional de Justiça.

34. A resolução impugnada foi editada justamente no exercício da referida competência regulamentar, razão pela qual não há que se falar em inconstitucionalidade formal.

DAS POLÍCIAS LEGISLATIVAS

35. Não compete ao Ministério Público o controle externo da atividade das polícias legislativas, que não têm funções de polícia judiciária, nem de apuração de infrações penais, conforme fartamente sustentado pela Procuradoria Geral da República na ADC 24.

36. Naquela ação declaratória, sustentava-se que a polícia legislativa teria funções preventivas e repressivas, estas últimas consistentes na apuração de infrações penais e captura de seus agentes, desde que ocorridas nas dependências do Senado Federal. O exercício da função de polícia judiciária pela polícia legislativa seria um imperativo constitucional decorrente do princípio da separação dos Poderes.

37. A tese, não obstante sedutora, tem inconsistências, a começar pelo seu pressuposto, o princípio da separação dos Poderes.

38. O princípio da separação dos Poderes é um princípio constitucional concreto, o que significa, de um lado, que a sua configuração depende de cada ordenamento jurídico em particular⁸, e, de outro, que ele deve se conciliar com outros princípios constitucionais positivos⁹, como o da dignidade da pessoa humana, por exemplo.

39. Na atualidade, há um consenso relativamente forte no sentido de que, não obstante a independência orgânica entre os Poderes – ou seja, *“ausência de subordinação ou dependência no que tange ao exercício de suas funções”*¹⁰, o modelo constitucional brasileiro é de *“interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados”*.

40. A partir dessas premissas, já é possível afirmar que tal ou qual configuração da polícia legislativa em nada repercute no sistema brasileiro de separação de Poderes, porque (i) a Constituição Federal, ao prevê-la no art. 52, XIII, especificamente quanto ao Senado Federal, não dispôs sobre a sua competência, de modo a tê-la como privativa de um ou outro Poder; (ii) qualquer que seja a forma que assuma, não enseja relação de subordinação ou dependência no que diz respeito ao exercício das funções típicas do Poder Legislativo; (iii) a colaboração entre os Poderes é um imperativo decorrente de uma Constituição dirigente, que torna todos

⁸ Segundo Luís Roberto Barroso, a *“separação dos Poderes se reduz a uma questão de direito positivo, o que equivale a dizer que o constituinte, sem nenhuma limitação que não as decorrentes do próprio sistema que deseje implantar, pode dispor livremente sobre o raio de competência dos órgãos constitucionais que institui”*.

⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1997, p. 514.

¹⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *A separação das funções estatais ante uma nova dogmática constitucional*. In *“Estado Constitucional e Organização do Poder”*. Org. André Ramos Tavares, George Salomão Leite e Ingo Wolfgang Sarlet. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 277.

eles responsáveis, em alguma medida, pelo sucesso das finalidades que elege.

41. A atribuição de funções de polícia judiciária à polícia legislativa, por sua vez, tampouco é consequência implícita do arranjo de separação de Poderes constitucionalmente positivado. Basta ver que os crimes ocorridos no interior das casas legislativas ou mesmo aqueles cometidos por deputados e senadores são processados e julgados pelo Poder Judiciário. Portanto, nada mais razoável que a sua apuração fique também a cargo da instituição que a Constituição incumbiu de fazê-lo: a Polícia Federal.

42. Com efeito, está disposto em seu art. 144, § 1º:

“§ 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;
(...)

IV – exercer, com exclusividade, as função de polícia judiciária da União.”

43. Convém também lembrar que esse tema está inserido no capítulo da “segurança pública”, e o art. 144 apresenta o rol dos órgãos por ela responsáveis. O Supremo Tribunal Federal, de forma absolutamente pacífica, considera esse rol taxativo. Confira-se a propósito:

“EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Emenda Constitucional nº 39, de 31 de janeiro de 2005, à Constituição do Estado de Santa Catarina. 3. Criação do Instituto Geral de Perícia e inserção do

00

órgão no rol daqueles encarregados da segurança pública. 4. Legitimidade ativa da Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (ADEPOL-BRASIL). Precedentes. 5. Observância obrigatória, pelos Estados-membros, do disposto no art. 144 da Constituição da República. Precedentes. 6. Taxatividade do rol dos órgãos encarregados da segurança pública, contidos no art. 144 da Constituição da República. Precedentes. 7. Impossibilidade da criação, pelos Estados-membros, de órgão de segurança pública diverso daqueles previstos no art. 144 da Constituição. Precedentes. 8. Ao Instituto Geral de Perícia, instituído pela norma impugnada, são incumbidas funções atinentes à segurança pública. 9. Violação do artigo 144 c/c o art. 25 da Constituição da República. 10. Ação direta de inconstitucionalidade parcialmente procedente." (ADI 3.469, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 39, de 28/2/2011)

"EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Emenda Constitucional nº 19, de 16 de julho de 1997, à Constituição do Estado do Rio Grande do Sul; expressão 'do Instituto-Geral de Perícias' contida na Emenda Constitucional nº 18/1997, à Constituição do Estado do Rio Grande do Sul; e Lei Complementar nº 10.687/1996, com as alterações introduzidas pela Lei Complementar nº 10.998/1997, ambas do Estado do Rio Grande do Sul. 3. Criação do Instituto-Geral de Perícias e inserção do órgão no rol daqueles encarregados da segurança pública. 4. O requerente indicou os dispositivos sobre os quais versa a ação, bem como os fundamentos jurídicos do pedido. Preliminar de inépcia da inicial rejeitada. 5. Observância obrigatória, pelos Estados-membros, do disposto no art. 144 da Constituição da República. Precedentes. 6. Taxatividade do rol dos órgãos encarregados da segurança pública, contidos no art. 144 da Constituição da República. Precedentes. 7. Impossibilidade da criação, pelos Estados-membros, de órgão de segurança pública diverso daqueles previstos no art. 144 da Constituição. Precedentes. 8. Ao Instituto-Geral de Perícias, instituído pela norma

AD.

impugnada, são incumbidas funções atinentes à segurança pública. 9. Violação do artigo 144 c/c o art. 25 da Constituição da República. 10. Ação direta de inconstitucionalidade parcialmente procedente.” (ADI 2827/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 66, de 6/4/2011)

44. De resto, a atribuição de função de polícia judiciária à polícia legislativa conflita abertamente com o sistema de direitos fundamentais estabelecido pela Constituição.

45. A investigação de infrações criminais é campo sob o resguardo de diversas cautelas exatamente à vista do seu potencial de atingir direitos fundamentais. Por conta disso, a Constituição colocou-a a cargo de órgão permanente, estruturado em carreira (art. 144, § 1º), com remuneração fixada sob a forma de subsídio (art. 144, § 9º) e sujeita a controle externo pelo Ministério Público (art. 129, VII).

46. É verdade, por outro lado, que a Constituição não atribuiu à polícia a exclusividade das investigações criminais.

47. Há, quanto à Polícia Federal, uma distinção literal entre a apuração de crimes (inciso I) e o exercício da função de polícia judiciária (inciso IV). Apenas em relação a esta última é que há a cláusula de exclusividade.

48. Também em relação às polícias civis, há a diferenciação entre ambas as atividades (§ 4º), sem que se faça uso da cláusula de exclusividade para qualquer uma delas.

49. Além da literalidade, não há exclusividade, pela polícia, na apuração de crimes, inclusive porque a própria Constituição, em seu art.

AD

58, § 3º, confere às comissões parlamentares de inquérito poderes de realizar investigações cíveis ou criminais¹¹.

50. Assim, não obstante, doutrinariamente, a atividade de polícia judiciária fosse definida como apuração de infrações penais, o texto constitucional, ao apartar ambas as funções, impõe que se considere a atividade de polícia judiciária como aquela desempenhada pelas polícias em apoio aos serviços desenvolvidos *in forum*. Outra é a atividade de apuração de infrações penais.

51. No entanto, um dos critérios para se admitir que órgão ou instituição realize atos de investigação criminal é o dos poderes implícitos – obviamente excluídos os casos em que há atribuição explícita. Essa teoria encontra seu fundamento na jurisprudência da Suprema Corte Americana, desde a decisão proferida em *McCulloch v Maryland*, e consiste basicamente em que, “*se a Constituição define o objetivo e outorga a competência, ela deixa ao órgão competente a definição dos meios*”¹². Foram, na ocasião, também fixados parâmetros suficientemente claros: “*(a) deve existir uma relação racional entre as funções estabelecidas pela Constituição e os meios escolhidos para delas se desincumbir e (b) os meios escolhidos não podem ser expressamente proibidos pelo texto constitucional*”¹³.

52. No caso, como já ressaltado anteriormente, a Constituição sequer confere à polícia legislativa atribuição alguma. Por outro lado, está

11 “As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.”

12 Luiz Fernando Voss Chagas Lessa, ob. cit. p. 45.

13 *Id. ib.*

em desconformidade com o seu sistema que um órgão de natureza não-permanente, sem carreira estruturada e sem submissão ao controle externo do Ministério Público possa investigar infrações penais.

53. Tudo isso leva à convicção de que a “polícia” a que se refere o art. 52, XIII, da CR, é uma figura que se aproxima conceitualmente da polícia administrativa. O Poder Legislativo é o poder que representa o povo. Daí ser usual que, em ambas as casas, circulem milhares de pessoas, formando grupos de pressão, com interesses os mais conflitantes possíveis. A polícia legislativa encontra sentido nesse contexto, de assegurar a ordem e a segurança das casas legislativas.

54. Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹⁴ explicita:

“A *polícia administrativa*, no sentido estrito, se distingue da *polícia judiciária*, que é um ramo especificamente voltado à elucidação dos delitos e à perseguição dos delinquentes.

Feita esta distinção, comete-se à *polícia judiciária* uma atuação predominantemente voltada às *peessoas*, relacionada, de modo especial, com o específico valor contido na *liberdade de ir e vir*, enquanto que, de modo bem mais amplo, à *polícia administrativa* defere-se a atuação voltada às *atividades das pessoas*, relacionada, agora de modo geral, com todos os demais valores contidos nas liberdades e direitos fundamentais.

A *polícia judiciária* conforma, assim, uma espécie destacável do gênero *polícia*, vinculada, porém, diretamente à repressão dos comportamentos que, por sua alta nocividade, se qualificam em *infrações penais*. Ganha, por isso, uma identidade orgânica própria, como *função auxiliar* da atuação do Poder Judiciário, ao qual incumbe, com exclusividade, *efetivar a repressão penal* sobre as pessoas, pela

¹⁴ *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 397.

reserva, que detém, da aplicação de pena afliativa pessoal.

À *polícia administrativa* remanescem todas as demais formas de atuação, preventivas e repressivas, com suas sanções aplicáveis executoriamente sobre a *propriedade e a atividade privadas*, atuando, apenas excepcionalmente, através de um *constrangimento sobre as pessoas*, quando em ação de resposta, contemporânea da transgressão administrativa em curso ou iminente.”

55. Portanto, o pedido é procedente nesse específico ponto.

***DO PODER INVESTIGATÓRIO CONSTITUCIONALMENTE
ATRIBUÍDO AO MINISTÉRIO PÚBLICO***

(a) A interpretação sugerida pelo AGU

56. O parecer do Advogado-Geral da União sustenta que (i) o art. 144 da Constituição Federal é taxativo ao atribuir à polícia judiciária a apuração dos ilícitos penais com exclusividade; (ii) a teoria dos eventuais poderes implícitos do MP cede diante da literalidade do referido art. 144; (iii) há ofensa ao princípio do devido processo legal, uma vez que a atividade ministerial se dá, nessa hipótese, em sigilo e isento de fiscalização em sua estrutura administrativa.

57. Seria bastante razoável iniciar contestando os recursos hermenêuticos de que se vale o parecer: o gramatical e o histórico.

58. No primeiro caso, pela polissemia de toda e qualquer expressão. Wittgenstein é um dos primeiros a dizer que as palavras não se apresentam tal qual etiquetas que se colam às coisas. De resto, estão todos

PP

suficientemente de acordo em que *“a presença de significado claro atesta a hegemonia, por assim dizer, de uma interpretação específica, não a ausência ou superfluidade da interpretação como tal”*¹⁵.

59. O recurso ao legislador histórico, por sua vez, vem tendo a sua legitimidade recusada. A uma, porque, de há muito, rompeu-se com a visão autoral do texto. Este ganha objetividade própria e se sujeita a leituras múltiplas. A duas, porque impede o movimento prospectivo fundamental ao Direito¹⁶.

60. O certo é que, na atualidade, não há muita divergência quanto ao fato de que *“o sentido da norma nunca é um dado em si mesmo, como se resultasse de um apriorismo metafísico, mas somente pode ser entendido em correspondência com outras normas do ordenamento, com os valores históricos do tempo presente e do próprio ordenamento jurídico e, por fim, com as exigências da realidade social e do caso concreto”*¹⁷.

61. Todavia, não é necessário gastar tempo em demasia com essa argumentação, uma vez que é também possível desconstruir o parecer do Advogado-Geral da União dentro de sua própria lógica.

62. A interpretação gramatical que sugere não lhe favorece. Veja-se o texto normativo:

90

15 Martin Stone. *Focalizando o direito: o que a interpretação jurídica não é*, In: Direito e Interpretação – Andrei Marmor (org), trad. Luís Carlos Borges, São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 64-65.

16 Razão assiste a Roberto Bin. A personificação do legislador e a atribuição à sua obra — os atos normativos — de elementos volitivos que em verdade são projetados pelos intérpretes são, antes de tudo, estratégias para dotar o labor hermenêutico de uma aparência objetiva, visando a o tornar mais palatável e a escamotear a responsabilidade dos exegetas. BIN, Roberto. *Ragionevolezza e divisione dei poteri*. In: TORRE, Massimo La, SPADARO, Antonino. *La ragionevolezza nel diritto*. Turim: G. Giappichelli, 2002, p. 67.

17 José Ricardo Cunha. *Fundamentos axiológicos da hermenêutica jurídica*, In *Hermenêutica Plural* – Carlos E. de Abreu Boucault e José Rodrigo Rodrigues (orgs.), São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 336.

“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: (EC nº 19/98)

I – polícia federal;

II – polícia rodoviária federal;

III – polícia ferroviária federal;

IV – polícias civis;

V – polícias militares e corpos de bombeiros militares.

§ 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 interesse 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.”

63. Há, quanto à Polícia Federal, uma distinção literal entre a apuração de crimes (inciso I) e o exercício da função de polícia judiciária (inciso IV). Apenas em relação a esta última é que há a cláusula de exclusividade.

pp.

64. Também em relação às polícias civis, há a diferenciação entre ambas as atividades (§ 4º), sem que se faça uso da cláusula de exclusividade para qualquer uma delas.

65. A leitura gramatical do dispositivo, portanto, só permite uma única conclusão: à polícia federal é reservada, com exclusividade, a função de polícia judiciária da União¹⁸.

66. Além da literalidade, não há exclusividade, pela polícia, na apuração de crimes, inclusive porque a própria Constituição, em seu art. 58, § 3º, confere às Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI) poderes de realizar investigações cíveis ou criminais¹⁹.

67. A finalidade primeira das CPI's é a investigação legislativa e política. Todavia, embora sejam constituídas para apurar fato determinado, não está afastada a condição de investigação de infrações penais. Tanto é que a própria Constituição determina que, no caso de ser apurada infração penal, a CPI deve encaminhar suas conclusões ao Ministério Público para que promova a responsabilidade dos infratores.

68. Portanto, caso não fosse atribuída às CPI's a competência para apurar infrações penais, ao invés de determinar o encaminhamento

18 Clémerson Merlin Clève, *Investigação criminal e Ministério Público*, texto extraído do *Jus Navigandi*, <http://jus.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5760>; Luiz Fernando Voss Chagas Lessa, *A investigação direta e a persecução transnacional pelo Ministério Público Brasileiro*; orientador Nádia de Araújo - Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Direito, 2009, mimeo, pp. 38-39; Bruno Cañabruch, *Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 92-94.

19 “§ 3º As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.”

das conclusões ao MP, a Constituição determinaria a remessa de tais conclusões à polícia judiciária para apuração de sua ocorrência e autoria.

69. Assim, não obstante, doutrinariamente, a atividade de polícia judiciária fosse definida como apuração de infrações penais, o texto constitucional, ao apartar ambas as funções, impõe que se considere a atividade de polícia judiciária como aquela desempenhada pelas polícias em apoio aos serviços desenvolvidos *in forum*. Outra é a atividade de apuração de infrações penais.

70. E, se o art. 144, a partir de critério gramatical, não permite conclusão sobre caber à Polícia a exclusividade da investigação criminal, analisar a questão sob a perspectiva dos poderes implícitos segue sendo uma possibilidade. O assunto será tratado mais adiante.

71. Outro argumento de que se vale o parecer é o de que o MP é instituição imune à fiscalização, ao contrário da Polícia, sujeita ao controle externo. E é exatamente nesse ponto que se manifesta a sua total improcedência: o controle é externo e não alcança o conteúdo do inquérito policial de maneira direta. O argumento poderia prevalecer se houvesse um controle interno, de subordinação funcional, o que não ocorre no âmbito da Polícia. Por outro lado, a investigação eventualmente conduzida pelo MP se submete a diversos controles, notadamente pelo Judiciário, a quem compete zelar pela legalidade dos atos de investigação e de seus resultados, e pelo CNMP, órgão de controle externo do Ministério Público²⁰.

PP

²⁰ Bruno Calabrich. *Investigação criminal pelo Ministério Público: uma renitente e brasileira polêmica*. In: *Temas Atuais do Ministério Público: A atuação do parquet nos 20 anos da Constituição Federal*. Cristiano Chaves, Leonardo Barreto Moreira Alves e Nelson Rosenvald (coordenadores). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 628.

72. De modo que não há, no particular, diferença significativa entre as instituições. Ambas estão sujeitas a observar as garantias constitucionais, e falhas humanas não são privativas de uma ou de outra.

(b) A possibilidade de o MP investigar à luz do art. 129 da Constituição

73. O dispositivo referido tem a seguinte redação:

“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

vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.”

74. Grande parte da doutrina vê, no inciso VI, cláusula expressa de autorização para o MP realizar diretamente investigações criminais preliminares. Para tanto, parte de três pressupostos: (i) o inquérito policial não é o único instrumento em que se formaliza a investigação criminal²¹; (ii) diligências investigatórias são providências de caráter administrativo; e (iii) o referido inciso não está restrito à esfera civil e ao correlato inquérito civil público.

75. Em relação ao primeiro ponto, não há desacordo quanto ao fato de que o inquérito policial é instrumento privativo da Polícia, cabendo-lhe a sua presidência. Todavia, também é certo que há investigações realizadas por outros órgãos e instituições, constitucional e legalmente autorizadas, que não se formalizam, e nem poderiam, em inquérito policial.

76. É o caso, antes assinalado, das comissões parlamentares de inquérito, cujo poder de investigação conta com previsão constitucional.

77. No nível infraconstitucional, há uma infinidade de dispositivos conferindo poderes de investigação aos mais diferentes órgãos e instituições: à Receita Federal, no que diz respeito à sonegação fiscal²²; ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF²³; ao Judiciário, nos crimes praticados por magistrados²⁴; ao MPU, nos crimes praticados por seus membros²⁵.

21 Tourinho Filho. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 1996, vol. I, p. 16; Eduardo Espínola Filho, *Código de Processo Penal anotado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960, p. 248; Mirabete. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 1997, p. 77.

22 Lei 8.137/1990.

23 Lei 9.613/1998, art. 14.

24 Art. 33 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

25 Art. 18 da LC 75/1993.

QP

78. Para ficar, ainda, em alguns poucos exemplos, há o inquérito policial militar e o parágrafo único do art. 4º do CPP²⁶, cuja constitucionalidade jamais foi posta em dúvida.

79. De resto, o plenário do STF, no julgamento do INQ 1.957, reconheceu expressamente que *“a instauração de inquérito policial não é imprescindível à propositura da ação penal pública, podendo o Ministério Público valer-se de outros elementos de prova para formar sua convicção”*²⁷.

80. Tal entendimento, constantemente reafirmado²⁸, autoriza uma única conclusão: se é possível ao MP iniciar a ação penal sem o inquérito policial, valendo-se de outros elementos de convicção, é legítima a colheita destes por outros instrumentos e outros órgãos que não o inquérito e a Polícia. Diferente fosse, de onde surgiriam esses outros elementos de convicção?

81. Quanto ao segundo ponto, tampouco há divergência em que o inquérito policial tem natureza administrativa²⁹. Assim o é porque ali não se realiza ato judicial investigatório. O juiz, em observância ao princípio acusatório entre nós adotado, mantém-se afastado da investigação, exercendo, sobre ela, função de controle, na salvaguarda de direitos e garantias individuais³⁰.

26 Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.

27 Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 11/11/2005.

28 HC 93.524, 1ª T, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 31/10/2008.

29 José Frederico Marques. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1997, p. 139.

30 Bruno Calabrich, *ob. cit.* pp. 154/155.


82. Não é diferente, logicamente, quando se trata de investigação que se desenvolve sob outra forma que não o inquérito. Sua natureza segue sendo administrativa e se formaliza sob o gênero *procedimento administrativo*.

83. No que diz respeito ao último ponto, observa Rômulo de Andrade Moreira:

“Já o inc. VI, refere-se expressamente à expedição de notificações 'nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los'. Pergunta-se: para que serviriam tais notificações ou as informações e os documentos requisitados se não fossem para instruir procedimento administrativo investigatório? É evidente que nenhuma lei traz palavras ou disposições inúteis (é regra de hermenêutica), muito menos a lei maior”³¹.

84. E Hugo Nigro Mazzilli acrescenta que, no referido dispositivo, “*também se incluem investigações destinadas à coleta direta de elementos de convicção para a opinio delicti, porque se destinados apenas à área civil bastaria o inquérito civil (inciso III) e o poder de requisitar informações e diligências não se exaure na esfera civil, atingindo também a área destinada a investigações criminais*”³².

85. Tudo somado, parece bastante evidente faltar razoabilidade à interpretação que exclui a investigação criminal do âmbito do inciso VI.

86. O dispositivo refere-se genericamente a *procedimentos administrativos de sua competência*, como tal definidos em sua lei complementar. A investigação criminal levada a cabo pelo MP formaliza-se em procedimento administrativo e conta com previsão na LC 75/1993. 

31 *A investigação criminal e o Ministério Público*, In: *Limites Constitucionais da Investigação*, ob. cit., p. 386.

32 *Novo regime jurídico do Ministério Público*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996, p. 121.

87. Por outro lado, a restrição à investigação civil carece de sentido, na medida em que esta já está expressa e amplamente contida no inciso III. Ou seja, o inciso VI, em relação à investigação civil, seria desnecessário, e não há método hermenêutico que resista à conclusão de absoluta inutilidade de um dispositivo constitucional.

88. Numa outra linha de interpretação, alguns autores valem-se de ambos os incisos, III e VI, e desenvolvem seus argumentos a partir da unidade ontológica do fato ilícito.

89. Bruno Calabrich, invocando Nelson Hungria³³, sustenta:

“Uma investigação gravita em torno de fatos, aos quais a ordem jurídica pode atribuir uma ou diversas espécies de sanção, dada a sua injuridicidade ou ilicitude. A natureza dos acontecimentos (ilícitos) que se pretendam reconstruir historicamente, a par da natureza das sanções aplicáveis, não desnatura nem altera o dado de que se cuidará, em qualquer caso, de uma investigação. Tenham as sanções hipoteticamente incidentes natureza administrativa, penal ou civil, sempre se estará falando de uma investigação sobre *fatos*. (destaque do autor)”³⁴.

90. O Ministro Joaquim Barbosa, por ocasião do julgamento do INQ 1.968, assim tratou a matéria:

“O que autoriza o Ministério Público a investigar não é a natureza do ato punitivo que pode resultar da investigação (sanção administrativa, cível ou penal), mas, sim, o fato a ser apurado, incidente sobre bens jurídicos cuja proteção a Constituição explicitamente confiou ao *Parquet*.

33 “A ilicitude jurídica é uma só, do mesmo modo que um só, na sua essência, o dever jurídico(...) No que têm de fundamental, coincidem o delito civil e o delito penal. Um e outro são rebeldia contra a ordem jurídica.” HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 6. ed. atualizada por Heleno C. Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1983, v. 1, t. II, p. 20-21.

34 *Ob. cit.*, p. 106.

RO

A rigor, nesta como em diversas outras hipóteses, é quase impossível afirmar, *a priori*, se se trata de crime, de ilícito cível ou de mera infração administrativa. Não raro, a devida valoração do fato somente ocorrerá na sentença!

Note-se que não existe uma diferença ontológica entre o ilícito administrativo, o civil e o penal. Essa diferença, quem a faz é o legislador, ao atribuir diferentes sanções para cada ato jurídico (sendo a penal, subsidiária e a mais gravosa).

Assim, parece-me lícito afirmar que a investigação se legitima pelo fato **investigado**, e não pela ponderação subjetiva acerca de qual será a responsabilidade do agente e qual a natureza da ação a ser eventualmente proposta.

Em síntese, se o fato diz respeito a interesse difuso ou coletivo, o Ministério Público pode instaurar procedimento administrativo, com base no art. 129, III, da Constituição Federal.

Na prática, penso que é possível propor tanto ação civil pública com base em inquérito policial quanto ação penal subsidiada em inquérito civil. Essa divisão entre civil e penal é mera técnica de racionalização da atividade estatal. O que é de fato relevante é a obrigação constitucional e legal a todos imposta de se conformar às regras jurídicas, indispensáveis a uma convivência social harmônica.”

91. Por fim, o art. 129, em seus incisos I e IX, também é a matriz para a aplicação, no caso, da teoria dos poderes implícitos, adotada pela 2ª Turma do STF em reiteradas ocasiões. Nesse ponto, cite-se o seguinte julgado:

“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

90

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) - MAGISTÉRIO DA DOUTRINA (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 iudicio', 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.

A QUESTÃO DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DE EXCLUSIVIDADE E A ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA.

- A cláusula de exclusividade inscrita no art. 144, § 1º, inciso IV, da Constituição da República - que não inibe a atividade de investigação criminal do Ministério Público - tem por única finalidade conferir à Polícia Federal, dentre os diversos organismos policiais que compõem o aparato repressivo da União Federal (polícia federal, polícia rodoviária federal e polícia ferroviária federal), primazia investigatória na apuração dos crimes previstos no próprio texto da Lei Fundamental ou, ainda, em tratados ou convenções internacionais.

- Incumbe, à Polícia Civil dos Estados-membros e do Distrito Federal, ressalvada a competência da União Federal e excetuada a apuração dos crimes militares, a função de proceder à investigação dos ilícitos penais (crimes e contravenções), sem prejuízo do poder investigatório de que dispõe, como atividade subsidiária, o Ministério Público.

- Função de polícia judiciária e função de investigação penal: uma distinção conceitual relevante, que também justifica o reconhecimento, ao Ministério Público, do poder investigatório em matéria penal. Doutrina.

É PLENA A LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO PODER DE INVESTIGAR DO MINISTÉRIO

00

PÚBLICO, POIS OS ORGANISMOS POLICIAIS (EMBORA DETENTORES DA FUNÇÃO DE POLÍCIA JUDICIÁRIA) NÃO TÊM, NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO, O MONOPÓLIO DA COMPE-TÊNCIA 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: O PONIBILIDADE, 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 intraorgânica 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.).

- O procedimento investigatório instaurado pelo Ministério Público deverá conter todas as peças, termos

Do

de declarações ou depoimentos, laudos periciais e demais subsídios probatórios coligidos no curso da investigação, não podendo, o 'Parquet', sonegar, selecionar ou deixar de juntar, aos autos, quaisquer desses elementos de informação, cujo conteúdo, por referir-se ao objeto da apuração penal, deve ser tornado acessível tanto à pessoa sob investigação quanto ao seu Advogado.

- O regime de sigilo, sempre excepcional, eventualmente prevalecente no contexto de investigação penal promovida pelo Ministério Público, não se revelará oponível ao investigado e ao Advogado por este constituído, que terão direito de acesso - considerado o princípio da comunhão das provas - a todos os elementos de informação que já tenham sido formalmente incorporados aos autos do respectivo procedimento investigatório." (HC 89.837, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 218, de 19/11/2009)

92. No mesmo sentido, citem-se ainda: HC 87.610, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 228, de 3/12/2009; HC 90.099, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 228, de 3/12/2009; HC 94.173, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 223, de 26/11/2009; HC 85.429, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 223, de 26/11/2009; HC 91.661, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 64, de 3/4/2009.

93. A teoria dos poderes implícitos encontra seu fundamento na jurisprudência da Suprema Corte Americana, desde a decisão proferida em *McCulloch v Maryland*, e consiste basicamente em que, "*se a Constituição define o objetivo e outorga a competência, ela deixa ao órgão competente a definição dos meios*"³⁵. Foram, na ocasião, também fixados parâmetros suficientemente claros: "*(a) deve existir uma relação racional entre as funções estabelecidas pela Constituição e os meios escolhidos para delas*

35 Luiz Fernando Voss Chagas Lessa, ob. cit. p. 45.

*se desincumbir e (b) os meios escolhidos não podem ser expressamente proibidos pelo texto constitucional*³⁶.

94. No caso, o art. 129, I, da CF, impõe ao MP o dever de promover privativamente a ação penal pública. Privá-lo de exercer atos diretos de investigação, em especial diante de situações de ineficiência, total ou parcial, do organismo policial, *“pode significar o sequestro da possibilidade de propositura da ação penal”*³⁷. De modo que a relação funções/meios tem sua racionalidade, aqui, suficientemente demonstrada.

95. Tampouco há, na Constituição, proibição à investigação direta pelo MP. Como já referido anteriormente, não existe, no art. 144, cláusula de exclusividade em favor da Polícia. E o art. 129, em especial no inciso VI, confere tal poder expressamente ao MP, nos termos da exposição acima. Não bastasse isso tudo, a cláusula de abertura do inciso IX.

96. De resto, uma interpretação que leve em conta o papel protagonista que os direitos humanos assumem no atual texto constitucional desautoriza conclusão quanto ao monopólio da investigação pela Polícia. É o que se procurará demonstrar a seguir.

(c) O dever de investigar

PP

³⁶ *Id. ib.*

³⁷ Clèmerson Merlin Clêvin, *ob. cit.*, p. 13. No mesmo sentido, Aloísio Firmo Guimarães da Silva, Maria Emília Moraes de Araújo e Paulo Fernando Corrêa. *Ainda e sempre a investigação criminal direta pelo Ministério Público. Jus navegandi: <http://jus2.uol.com.br/doutina/texto.asp?id=1054>*; Diego Diniz Ribeiro. *A intervenção do Ministério Público na investigação criminal: a figura do procurador investigador*. Boletim IBCCRIM, v.10, n. 121, dezembro/2002, p. 11; Marcelo Lessa Bastos. *A investigação nos crimes de ação penal de iniciativa pública. Papel do Ministério Público. Uma abordagem à luz do sistema acusatório e do garantismo*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004; Afrânio Silva Jardim. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 327.

97. Os direitos humanos possuem face dupla na atualidade: de um lado, preservam sua condição de defesa do particular em face do Estado; e, de outro, operam em dimensão objetiva, *“isto é, como imperativo de tutela, exigindo uma atuação ativa (positiva) do Estado, obrigando os poderes públicos a agirem de forma adequada na realização efetiva (proteção eficiente) dos direitos fundamentais mediante um conjunto de prestações”*³⁸.

98. A segunda função é decorrência, como bem observa Feldens, *“da atribuição ao Estado do monopólio da força em um ambiente social em que as autodefesa dos particulares é, em princípio, vedada; em contrapartida, o Estado que reivindica esse poder obriga-se a garantir a proteção de seus cidadãos contra agressões ou ameaças de terceiros”*³⁹.

99. Analisando o tema relacionado aos deveres de proteção e os direitos fundamentais, o Ministro Gilmar Mendes já reconheceu que *“os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção [...], expressando também um postulado de proteção [...]. Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbot), mas também uma proibição de omissão (Unter-massverbot). Nos termos da doutrina e com base na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, pode-se estabelecer a seguinte classificação do dever de proteção: [...] (b) Dever de segurança [...], que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra ataques de terceiros mediante adoção de medidas diversas; [...] Discutiu-se intensamente se haveria um direito subjetivo à observância do dever de proteção ou, em outros ter-*

38 Luciano Feldens. *O dever estatal de investigar: imposição decorrente dos direitos humanos e fundamentais como imperativo de tutela*. In: *Límites Constitucionais da Investigação*, ob. cit. p. 229.

39 *Id.*, ib.

mos, se haveria um direito fundamental à proteção. A Corte Constitucional acabou por reconhecer esse direito, enfatizando que a não observância de um dever de proteção corresponde a uma lesão do direito fundamental previsto no art. 2, II, da Lei Fundamental. [...]”⁴⁰.

100. O dever de investigar é consequência lógica do dever de proteção.

101. No âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, há dois tratados relevantes quanto ao dever de investigar: a Convenção Americana de Direitos e Deveres do Homem e do Cidadão (Pacto de São José da Costa Rica)⁴¹ e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará)⁴².

102. Por outro lado, há uma ampla jurisprudência a respeito do *dever de investigar*, tanto da Corte como da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

103. O *leading case* é o CASO VELASQUEZ RODRIGUEZ⁴³, cuja sentença de mérito, interpretando o Pacto de São José da Costa Rica, foi proferida em 29 de julho de 1988, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Entendeu-se, na ocasião, que “a primeira obrigação assumida pelos Estados Partes [...] é a de ‘respeitar os direitos e liberdades’ re-

40 MENDES, Gilmar Ferreira. *Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional*. Brasília: Revista Jurídica Virtual, vol. 2, n. 13, junho/1999. Também em *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Núm. 8, 2004, p. 131-142. O Ministro Gilmar Mendes também se valeu do princípio da proibição de proteção deficiente no RE 418.376.

41 Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Promulgada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992 (DOU 09.11.1992).

42 Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994.

43 Serie C nº 4. Corte I.D.H., Caso Velásquez Rodríguez. Sentencia de 29 de julio de 1988. Voto Juez Piza.

OP

conhecidos na Convenção”, isso porque “o exercício da função pública tem limites que derivam de os direitos humanos serem atributos inerentes à dignidade humana, e, em consequência, superiores ao poder do Estado”

44. Em seguida, a Corte afirmou que tal obrigação implicava no dever dos Estados Partes de organizarem todo o aparelho estatal e todas as estruturas através das quais se manifesta o exercício do poder público, para que fossem capazes de assegurar o livre e pleno exercício dos direitos humanos. Pelo que conclui, categórica⁴⁵:

“Como consequência dessa obrigação os Estados devem prevenir, investigar e sancionar toda violação dos direitos reconhecidos pela Convenção (...).”

104. E reitera no parágrafo 174 que⁴⁶:

“O Estado tem o dever jurídico de prevenir razoavelmente as violações de direitos humanos, investigar seriamente com os meios a seu alcance as violações que se tenham cometido dentro do âmbito de sua jurisdição a fim de identificar os responsáveis, de impor-lhes as sanções pertinentes e de assegurar à vítima uma reparação adequada.”

PP

44 Caso Velásquez Rodríguez, parágrafo 165. No original, e na íntegra: “165. La primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del citado artículo, es la de “respetar los derechos y libertades” reconocidos en la Convención. El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado. Como ya lo ha dicho la Corte en otra ocasión...
...la protección a los derechos humanos, en especial a los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en los que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección de los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal (La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 21)”.

45 Caso Velásquez Rodríguez, parágrafo 166.

46 Caso Velásquez Rodríguez, parágrafo 174.

105. Abordando diretamente o dever de investigar, a Corte Interamericana de Direitos Humanos destaca⁴⁷:

“O Estado está, por outro lado, obrigado a investigar toda situação em que se tenham violado direitos humanos protegidos pela Convenção. Se o aparato do Estado atua de modo que a violação permaneça impune e não se restabeleça, quanto possível, à vítima a plenitude de seus direitos, pode-se afirmar que descumpriu o dever de garantir o livre e pleno exercício [daqueles direitos] às pessoas sujeitas à sua jurisdição. O mesmo é válido quando se tolera que os particulares ou grupos deles atuem livre ou impunemente em menoscabo aos direitos humanos reconhecidos na Convenção.”

106. Com base nesse importante precedente, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos reconheceu a responsabilidade do Estado

PP

⁴⁷ Caso Velásquez Rodríguez, parágrafo 176. Na íntegra, no original: “176. El Estado está, por otra parte, obligado a investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos protegidos por la Convención. Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablezca, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción. Lo mismo es válido cuando se tolere que los particulares o grupos de ellos actúen libre o impunemente en menoscabo de los derechos humanos reconocidos en la Convención.”

brasileiro, por violação do dever de investigar, nos casos Carandiru⁴⁸, Parque São Lucas⁴⁹ e Corumbiara⁵⁰.

107. E, examinando o caso 12.051⁵¹, Maria da Penha Maia Fernandes, de violência contra a mulher, que se tornou famoso também no Brasil, pela resposta que deu após ser reconhecida sua responsabilidade internacional, promulgando a *Lei Maria da Penha*, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos reafirmou a responsabilidade e o dever do Estado

48 Relatório nº 34/00 CASO 11.291 (Carandiru)* Brasil 13 de abril 2000:

"71. A CIDH observa que, seguindo a mesma diretriz aplicada a casos anteriores, cumpre analisar e avaliar o presente caso à luz dos critérios estabelecidos nos "Princípios relativos a uma eficaz prevenção e investigação das execuções extrajudiciais, arbitrárias ou sumárias" adotados pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (Resolução 1989/65), a fim de determinar se o Estado cumpriu a sua obrigação de investigar de forma imediata, exaustiva e imparcial as execuções sumárias de pessoas que se encontravam sob o seu controle exclusivo. De acordo com esses princípios, em casos da natureza deste a investigação deve ter por objetivo determinar a causa, a forma e o momento da morte, a pessoa responsável e o procedimento ou prática que pudesse tê-la provocado. Assim, cumpre proceder a uma autópsia adequada, compilar e analisar todas as provas materiais e documentais e recolher as declarações dos testemunhas. A investigação deverá fazer a distinção entre a morte por causas naturais, a morte por acidente, o suicídio e o homicídio.

72. Os referidos princípios foram previstos com a aprovação do "Manual sobre a prevenção e investigação eficazes das execuções extralegais, arbitrárias ou sumárias", segundo o qual o principal objetivo de uma investigação é 'descobrir a verdade acerca de acontecimentos que ocasionaram a morte suspeita de uma vítima'. Para esse efeito, o Manual estabelece que aqueles que procedem à indagação devem adotar, pelo menos, as seguintes medidas:

[...]

74. A Comissão comprova que essas normas não foram respeitadas, mas sistematicamente violadas com intuito de destruir a evidência e evitar a identificação e condenação dos responsáveis."

49 Informe nº 40/03, Caso 10.301, fundo 42º Distrito Policial Parque São Lucas, São Paulo, Brasil, 8 de outubro de 2003 http://www.cidh.org/annualrep/2003port/brasil.10301.htm#_ftn46#_ftn46:

"207. A Comissão observa, em relação à morte da criança Vanessa dos Santos Silva, que o Estado brasileiro violou sua obrigação de garantir o direito humano à vida, dado que não efetuou uma investigação séria, por órgão autônomo, independente e imparcial, das circunstâncias de sua morte. Como se explica infra, a investigação levada a cabo pela Polícia Militar não cumpre per se com tais requisitos (...)"

50 Informe nº 32/04, Caso 11.556, fondo Corumbiara Brasil[1] 11 de marzo de 2004 <http://www.cidh.org/annualrep/2004sp/Brasil.11556.htm>:

"41. Ou seja, o Governo é responsável, no caso em questão, pela conduta de seus agentes policiais que infligiram tratamento desumano a cerca de 50 prisioneiros que foram encarcerados em uma solitária de dimensões mínimas e que morreram ou ficaram lesionados em decorrência de terem sido jogados gases lacrimogêneos no interior da mesma. É também responsável pelas ações ou omissões dos agentes encarregados de apurar os fatos e pelas do Poder Judiciário, especialmente da Justiça Militar que, sete anos após a ocorrência desses fatos, ainda não cumpriu com sua obrigação de investigar e punir os culpados."

51 Relatório nº 54/01*, Caso 12.051, Maria da Penha Maia Fernandes, Brasil, 4 de abril de 2001, http://www.cidh.org/annualrep/2000port/12051.htm#_ftn16.

em assegurar à vítima uma investigação pronta, exaustiva, por órgão autônomo e independente.

108. No âmbito das Nações Unidas, o dever de investigar está implícito no art. 7º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e vem expresso no art. 12 da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes⁵².

109. O reconhecimento do dever de investigar, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, resulta do trabalho desenvolvido pelo Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, seu órgão de monitoramento.

110. Examinando o caso *Valcada vs. Uruguay*⁵³, considerou que, havendo alegação fundada de prática de tortura, com indicação dos nomes das pessoas responsáveis, o Estado não pode refutar tais acusações com meras alegações genéricas. Antes, tem o dever de investigar e apurar.

111. No Comentário Geral 31⁵⁴, no qual se aborda "*A Natureza das Obrigações Legais Gerais Impostas aos Estados Parte do Pacto*", o Comitê de Direitos Humanos disse, nos parágrafos 8 e 15:

"8. O Pacto não pode ser visto como substituto para a legislação nacional criminal ou civil. Entretanto, as obrigações positivas dos Estados Partes de assegurar os direitos previstos no Pacto só serão inteiramente desincumbidas se os indivíduos estiverem protegidos pelo Estado, não apenas de violações dos direitos previstos no Pacto quando cometidos pelos seus próprios agentes, mas também contra atos praticados por pes-

52 Promulgada pelo Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991.

53 CCPR/C/8/D/9/1977 26 October 1979 Original: ENGLISH Communication nº 9/1977 : Uruguay. 26/10/1979. CCPR/C/8/D/9/1977. (Jurisprudence). Disponível em <http://www.unhcr.ch/lbs/doc.nsf/0/16edaf91d8ec60c5c1256ab200369347>.

54 General Comment 31. The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant: 26/05/2004. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (General Comments). www.unhcr.ch.

soas ou entidades particulares que poderiam prejudicar o gozo dos direitos previstos no Pacto, na medida em que foram aplicáveis entre cidadãos ou entidades privados. Pode haver circunstâncias em que a falta em garantir direitos previstos no Pacto – tal como requerido pelo artigo 2 – faria surgir violações daqueles direitos por parte do Estado, como resultado do Estado permitir ou **deixar de adotar medidas ou adotá-las sem a devida diligência para prevenir, punir, investigar ou reparar o dano causado por tais atos praticados por entidades ou indivíduos particulares.**

[...]

15. O parágrafo 3 do artigo 2 do Pacto requer, ao lado da efetiva proteção dos direitos previstos no Pacto, que os Estados parte também assegurem que os indivíduos tenham remédios acessíveis e efetivos para vindicar tais direitos. Tais remédios jurídicos deveriam ser apropriadamente adaptados de modo a levar em conta a especial vulnerabilidade de certas categorias de pessoas, incluindo, em particular, crianças. O Comitê dá importância ao fato de os Estados parte estabelecerem mecanismos administrativos e judiciais para queixas de violações a direitos no direito doméstico. O Comitê nota que o gozo dos direitos reconhecidos sob o Pacto podem ser assegurados pelo Judiciário de muitas maneiras, incluindo aplicação direta do Pacto, aplicação de provisões constitucionais ou legais comparáveis, ou conferindo efeito interpretativo da Convenção sobre a legislação doméstica. Mecanismos administrativos são particularmente exigidos para dar efeito à **obrigação geral de investigar alegações de violações prontamente, de modo completo e efetivo, através de órgãos independentes e imparciais. Instituições nacionais de direitos humanos, dotadas dos poderes próprios, podem contribuir para tal objetivo. Um fracasso do Estado parte em investigar alegações de violações pode, em si mesmo, dar margem a uma violação específica do Pacto. A cessação de violações em curso é um elemento essencial do direito a um remédio efetivo.**” (destaques nossos)

pp

112. Ainda recentemente, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou a Resolução 60/147⁵⁵, onde constam os Princípios e Diretrizes Básicos sobre o Direito a Remédios e Reparação para Vítimas de Graves Violações do Direito Internacional dos Direitos Humanos e Sérias Violações do Direito Internacional Humanitário.

113. No item II, dedicado à Abrangência da Obrigação, a seção 3 diz:

“3. A obrigação de respeitar, assegurar respeito e implementar o direito internacional dos direitos humanos tal como fornecidos por seus corpos normativos, inclui, entre outros, o dever de:

a) adotar medidas legislativas, administrativas e outras apropriadas para prevenir violações;

b) **investigar violações efetivamente, prontamente, completamente e imparcialmente** e, quando apropriado, adotar ações contra aqueles alegadamente responsável de acordo com a legislação doméstica e internacional.”

114. Em síntese, a orientação dessas Cortes Internacionais é a de que a efetivação dos direitos humanos exige uma atuação positiva do Estado, de investigar, pronta, completa e imparcialmente, os fatos que atentem contra as liberdades individuais⁵⁶.

115. Nesse contexto de protagonismo dos direitos humanos, em que se insere também a nossa Constituição, é de todo irrazoável conferir a exclusividade da investigação a um único órgão ou instituição. Se há um direito da vítima à investigação, é preciso que o Estado disponha de um

55 A/RES/60/147. 60/147. Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law.

56 Luciano Feldens, ob.cit. p. 235.

conjunto de instrumentos que de fato a viabilizem. O monopólio da investigação por um único órgão está na contramão do Direito.

116. Em conclusão, o poder de investigação pelo MP resulta de (i) ausência de atribuição exclusiva à Polícia, pelo art. 144 da CF; (ii) literalidade do inciso VI do art. 129 da CF; (iii) unidade ontológica do fato ilícito; (iv) teoria dos poderes implícitos; e (v) direito da vítima a uma investigação pronta, completa e imparcial.

DA CONSTITUCIONALIDADE DO CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL

117. O art. 129, VII, da Constituição diz ser função institucional do MP *“exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior”*.

118. A questão é tratada nos arts. 9º e 10 da LC 75/1993, que possuem o seguinte teor:

“CAPÍTULO III

Do Controle Externo da Atividade Policial

Art. 9º O Ministério Público da União exercerá o controle externo da atividade policial por meio de medidas judiciais e extrajudiciais podendo:

I - ter livre ingresso em estabelecimentos policiais ou prisionais;

II - ter acesso a quaisquer documentos relativos à atividade-fim policial;

III - representar à autoridade competente pela adoção de providências para sanar a omissão indevida, ou para prevenir ou corrigir ilegalidade ou abuso de poder;

AD

IV - requisitar à autoridade competente para instauração de inquérito policial sobre a omissão ou fato ilícito ocorrido no exercício da atividade policial;

V - promover a ação penal por abuso de poder.

Art. 10. A prisão de qualquer pessoa, por parte de autoridade federal ou do Distrito Federal e Territórios, deverá ser comunicada imediatamente ao Ministério Público competente, com indicação do lugar onde se encontra o preso e cópia dos documentos comprobatórios da legalidade da prisão.”

119. Tais dispositivos estão em perfeita conformidade com o parâmetro constitucional, seja no aspecto formal, uma vez que estão veiculadas em lei complementar, seja no material, porque cuidam, apenas, de concretizar o controle externo da atividade policial.

120. Para conferir-lhes maior efetividade e para “*uniformizar as normas internas já existentes, emanadas dos Ministérios Públicos dos Estados e do Ministério Público da União*”⁵⁷, o CNMP, no exercício da competência regulamentar constitucionalmente atribuída, editou a resolução impugnada.

121. As normas contidas na referida resolução limitam-se a disciplinar as atividades inerentes ao exercício do referido controle externo, sem as quais faltarão ao MP instrumentos para a realização da missão que a Constituição lhe incumbiu.

122. Valer Foleto Santin ensina que:

“Numa tentativa de sistematização doutrinária, propõe-se a divisão das finalidades de controle do Ministério Público sobre a polícia em cinco espécies: 1) respeito à democracia e princípios constitucionais; 2) segurança pública; 3) correccional; 4) indisponibilidade

⁵⁷ Conforme afirmado nas informações prestadas pelo CNMP (fl. 57).

00

da ação penal; 5) preservação de competência dos órgãos da segurança pública.

A primeira finalidade (respeito à democracia e princípios constitucionais) tem ligação direta com a estrutura do sistema constitucional, porque visa a vigilância sobre as atividades policiais, para verificação de atuação e funcionamento de acordo com 'o respeito aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, aos princípios informadores das relações internacionais, bem como aos direitos assegurados na Constituição Federal e na lei' (art. 3º, 'a', da Lei Complementar Federal nº 75/1993). O controle pretende constatar o atendimento aos fundamentos democráticos e republicanos e aos direitos e garantias constitucionais, finalidade que se insere dentro da noção do Ministério Público como defensor dos valores democráticos e constitucionais.

A segunda finalidade (segurança pública) relaciona-se ao respeito pelo sistema constitucional de segurança pública, para fiscalização sobre o cumprimento do dever estatal de 'preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio público' (art. 3º, 'b', da Lei Complementar Federal nº 75/1993) por parte dos seus órgãos policiais, em termos semelhantes ao texto constante do art. 144, *caput*, CF. Esta finalidade insere-se dentro da noção de defensor da segurança pública do cidadão.

A terceira finalidade (correcional) diz respeito ao interesse social de 'prevenção e correção de ilegalidade ou de abuso de poder' (art. 3º, 'c', da Lei Complementar Federal nº 75/1993). O objetivo é dar condições ao Ministério Público de empregar mecanismo administrativos ou judiciais, preventivos ou corretivos, para se contrapor às ilegalidades e abuso de poder. Na prevenção, visa-se evitar ilegalidade ou abuso de poder; na correção, busca-se reparar as ilegalidades de poder, seja pela simples correção ou até mesmo pelas medidas para a punição administrativa ou judicial do policial de comportamento ilegal ou abusivo. Esta finalidade insere-se dentro da noção de Ministério Público reparador de ilegalidades.

A quarta finalidade (indisponibilidade da ação penal) diz respeito ao interesse social de 'indisponibilidade da persecução penal' (art. 3º, 'd', da Lei Complementar Federal nº 75/1993) exercida pelo Ministério Público, como parcela da soberania estatal. Nas atividades policiais podem ocorrer comportamentos omissivos ou comissivos, suficientes para interferir ou dificultar o exercício da ação penal pelo Ministério Público. O objetivo do controle é dar condições ao Ministério Público de utilizar mecanismos administrativos ou judiciais preventivos ou corretivos para preservação do seu direito de exercer a ação penal. Na prevenção, visa-se evitar ações e omissões; na correção busca-se reparar as ações e omissões que interfiram diretamente sobre os elementos de prova e prejudiquem a ação penal. Assim, o controle destina-se à fiscalização do trabalho policial, para a melhoria do trabalho investigatório e para evitar ou minorar eventuais omissões, abusos e irregularidades nos registros de ocorrências policiais, na movimentação de inquéritos policiais e na atividade de investigação. Esta finalidade insere-se dentro da noção de Ministério Público encarregado do exercício privativo da ação penal pública.

A quinta finalidade (competência dos órgãos da segurança pública) diz respeito ao interesse social de respeito da 'competência dos órgãos incumbidos da segurança pública' (art. 3º, 'e' da Lei Complementar Federal nº 75/1993), no sentido de que os órgãos policiais exerçam efetivamente as suas atribuições constitucionais e legais para realização de serviços de segurança pública (prevenção repressão, investigação, cooperação e vigilância de fronteiras), sem omissão, e não possam ser impedidos arbitrariamente do exercício de suas funções por gestões políticas, ilegais, imorais e contrárias ao interesse público e da sociedade. Esta finalidade insere-se na noção de Ministério Público defensor das instituições de segurança pública.⁵⁸

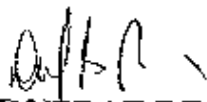
pp

58 Valter Foletto Santin. *O Ministério Público na investigação criminal*. 2ª ed. Bauru, SP: EDIPRO, 2007, p. 79-81.

123. As medidas previstas na resolução contestada estão em estrita conformidade com as finalidades a que se propõe o controle externo da atividade policial.

Ante o exposto, o parecer é pelo não conhecimento da ação, e, no mérito, pela sua procedência parcial, apenas para declarar a inconstitucionalidade da referência às polícias legislativas, contida no art. 1º da resolução questionada.

Brasília, 31 de julho de 2012.


DEBORAH MACEDO DUFRAT DE BRITTO PEREIRA
VICE-PROCURADORA-GERAL DA REPÚBLICA

APROVO:


ROBERTO MONTEIRO GURGEL SANTOS
PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA