



COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 37, DE 2011

Acrescenta o §10 ao artigo 144 da Constituição Federal para definir a competência para a investigação criminal pelas polícias federal e civis dos Estados e do Distrito Federal.

Autor: Deputado LOURIVAL MENDES

Relator: Deputado ARNALDO FARIA DE SÁ

VOTO EM SEPARADO

I – RELATÓRIO

Trata-se de Proposta de Emenda à Constituição, de autoria do Deputado Federal Lourival Mendes, que busca atribuir competência privativa às polícias federal e civis para o exercício da atividade de investigação criminal.

A proposta, em sua justificativa, sustenta que a investigação conduzida pela polícia judiciária iria propiciar às partes a robustez probatória necessária e evitar posterior declaração de nulidades pelos Tribunais Superiores. Nesse sentido, colaciona doutrina de Alberto José Tavares Vieira da Silva, no intuito de defender a suposta falta de atribuição ao órgão do parquet para a investigação criminal.

Não se apresentaram emendas à proposição.

Em seu voto, o Relator, Deputado Arnaldo Faria de Sá, manifestou-se pela admissibilidade da proposta. Entre outros aspectos, o Relator aduziu que “parece a proposição pugnar por uma investigação criminal respeitosa aos direitos individuais e voltada à efetiva realização da Justiça, ao exigir que são competentes para tanto, aqueles operadores do direito, cuja investidura nos respectivos cargos que compõem as polícias judiciárias, lhes autoriza o exercício desse fundamental mister, por meio de instrumento legal denominado inquérito policial”.

É o relatório.

II - VOTO

Data venia, a proposta não merece prosperar, pois visa a excluir competências investigativas atribuídas a outros órgãos – inclusive ao Ministério Público – em decorrência de pretensa interpretação constitucional de dispositivos legais.

Nesse rumo, vale lembrar o quanto assinalou o **Supremo Tribunal Federal** em diversas ocasiões, inclusive no **HC 97969/RS**, relator o ministro Ayres Britto, DJe 096, de 20.05.2011:

“EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. POLICIAL CIVIL. CRIME DE EXTORSÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE CONCUSSÃO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE

POLICIAL. DENÚNCIA: CRIMES COMUNS, PRATICADOS COM GRAVE AMEAÇA. INAPLICABILIDADE DO ART. 514 DO CPP. ILICITUDE DA PROVA. CONDENAÇÃO EMBASADA EM OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. DECISÃO CONDENATÓRIA FUNDAMENTADA. ORDEM DENEGADA.

1. Legitimidade do órgão ministerial público para promover as medidas necessárias à efetivação de todos os direitos assegurados pela Constituição, inclusive o controle externo da atividade policial (incisos II e VII do art. 129 da CF/88). Tanto que a Constituição da República habilitou o Ministério Público a sair em defesa da Ordem Jurídica. **Pelo que é da sua natureza mesma investigar fatos, documentos e pessoas. Noutros termos: não se tolera, sob a Magna Carta de 1988, condicionar ao exclusivo impulso da Polícia a propositura das ações penais públicas incondicionadas; como se o Ministério Público fosse um órgão passivo, inerte, à espera de provocação de terceiros.**

2. A Constituição Federal de 1988, ao regradar as competências do Ministério Público, o fez sob a técnica do reforço normativo. Isso porque o controle externo da atividade policial engloba a atuação supridora e complementar do órgão ministerial no campo da investigação criminal. Controle naquilo que a Polícia tem de mais específico: a investigação, que deve ser de qualidade. Nem insuficiente, nem inexistente, seja por comodidade, seja por cumplicidade. Cuida-se de controle técnico ou operacional, e não administrativo-disciplinar.

3. O Poder Judiciário tem por característica central a estática ou o não-agir por impulso próprio (*ne procedat iudex ex officio*). Age por

provocação das partes, do que decorre ser próprio do Direito Positivo este ponto de fragilidade: quem diz o que seja “de Direito” não o diz senão a partir de impulso externo. **Não é isso o que se dá com o Ministério Público. Este age de ofício e assim confere ao Direito um elemento de dinamismo compensador daquele primeiro ponto jurisdicional de fragilidade. Daí os antiquíssimos nomes de “promotor de justiça” para designar o agente que pugna pela realização da justiça, ao lado da “procuradoria de justiça”, órgão congregador de promotores e procuradores de justiça. Promotoria de justiça, promotor de justiça, ambos a pôr em evidência o caráter comissivo ou a atuação de ofício dos órgãos ministeriais públicos.**

4. Duas das competências constitucionais do Ministério Público são particularmente expressivas dessa índole ativa que se está a realçar. A primeira reside no inciso II do art. 129 (“II - zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia”). **É dizer: o Ministério Público está autorizado pela Constituição a promover todas as medidas necessárias à efetivação de todos os direitos assegurados pela Constituição. A segunda competência está no inciso VII do mesmo art. 129 e traduz-se no “controle externo da atividade policial”. Noutros termos: ambas as funções ditas “institucionais” são as que melhor tipificam o Ministério Público enquanto instituição que bem pode tomar a dianteira das coisas, se assim preferir.**

5. Nessa contextura, não se acolhe a alegação de nulidade do inquérito por haver o órgão ministerial público protagonizado várias

das medidas de investigação. Precedentes da Segunda Turma: HCs 89.837, da relatoria do ministro Celso de Mello; 91.661, da relatoria da ministra Ellen Gracie; 93.930, da relatoria do ministro Gilmar Mendes.

.....

9. Ordem denegada” (ênfase acrescida).

Vê-se, portanto, que a Suprema Corte já reconheceu o poder investigatório do Ministério Público, como imperativo decorrente de suas atribuições constitucionais. Não se sustenta, portanto, a alegação do autor da proposta.

A despeito de alguma doutrina contrária – e notoriamente enviesada –, é absolutamente pacífico o reconhecimento da validade e constitucionalidade da atuação ministerial em apurações criminais, especialmente quando se configure a inexistência ou ineficiência das apurações promovidas pelos órgãos policiais.

Com efeito, a reforma que aqui se pretende estatuir afronta os princípios constitucionais da eficiência e finalidade, uma vez que limita o número de órgãos competentes para promover a investigação criminal. Daí porque inoportuna e inconveniente.

Além disso, é público e notório que a imensa maioria das nulidades declaradas pelo Judiciário decorrem de diligências adotadas pela polícia sem participação ou acompanhamento do Ministério Público, órgão também incumbido da observância de direitos e garantias individuais.

Por outro lado, a carreira policial clama por autonomia, na medida em que se encontra hoje ligada a interesses de governantes e representantes do Executivo. Ora, se a categoria reconhece tal dependência e vinculação, como atribuir a este órgão a competência **privativa** para a investigação criminal, sem prejudicar a apuração de delitos que exijam um certo distanciamento dos demais Poderes da República?

A proposta ofende cláusula pétrea, a ensejar, desde logo, sua inadmissibilidade. Afinal, a Constituição de 1988 definiu novo formato à atividade ministerial: tornou o Ministério Público defensor da sociedade tanto na esfera penal quanto na cível, a fim de garantir aos indivíduos a fruição da integralidade de seu status constitucional.

A Constituição incumbiu o Ministério Público da defesa da ordem jurídica, do regime democrático, bem como dos princípios constitucionais sensíveis que sustentam o Estado brasileiro.

Tem-se, portanto, que a supressão de atribuição do Ministério Público, já reconhecida e sufragada pela doutrina e jurisprudência, acaba por configurar proposta tendente a atingir os princípios e direitos tutelados especialmente pela Constituição (artigo 60-§4º), na medida em que limita perniciosamente sua defesa.

Outrossim, ao contrário do quanto alega o autor do projeto, não há falar em ausência de regulamentação ou controle dos procedimentos investigatórios instaurados no âmbito do Ministério Público. Tal alegação abstrai o fato de que o membro do parquet é o destinatário de todo o conteúdo das investigações e o responsável por fazer o controle externo da atividade policial,

além de deter a competência privativa para a propositura da ação penal pública (artigo 129 – I da Constituição).

Vê-se, portanto, que o procedimento instaurado pelo Ministério Público é hábil e adequado – legal e constitucionalmente – à apuração de infrações criminais.

Lembre-se, ainda, que o artigo 144-§1º-I da Constituição não assegurou à autoridade policial a condução da investigação criminal, mas, tão-somente, a tarefa de “*apurar infrações penais*”.

Há, aqui, observar a absoluta distinção entre os vocábulos. Apurar significa *examinar minuciosamente, averiguar*. Com efeito, é indiscutível que a autoridade policial deve coletar todas as informações sobre o crime, bem como seu possível autor; algo bem diverso é, porém, incumbi-la da **condução** da investigação criminal.

A proposta, todavia, a despeito de não mencionar expressamente o termo condução, acaba por inviabilizar a atividade coordenada, conjunta, entre o responsável pela coleta das informações relativas à autoria e materialidade do delito e aquele a quem se incumbe a avaliação desse acervo, para o fim de propor a ação penal, à medida que incumbe privativamente às polícias tal atuação.

Não se pode pretender fazer tábula rasa do modelo constitucional, que definiu não ser o Ministério Público mero destinatário das apurações, mas **efetivo gestor** das diligências, na medida em que, para formar sua convicção, tem ele a palavra final sobre a necessidade de execução

daquelas, de medidas cautelares e até mesmo sobre a imprescindibilidade do relatório final concebido pelo Delegado.

Afinal, acaso reputada, pelo parquet, inútil determinada diligência ou medida cautelar, de nada valerá sua execução; isto, aliás, apenas acarretaria o retardamento na apuração do crime.

Ao se conferir, portanto, competência constitucional privativa às polícias civis e federal, estar-se-á negando a legitimidade das atribuições investigativas das demais autoridades, em prejuízo notório de toda a sociedade.

Efetivamente, a proposta de Emenda à Constituição n. 37 de 2011, embora traga em sua justificativa argumentos de melhoria do sistema de justiça criminal, contraria não só cláusulas pétreas da Constituição, como também colide com aspectos de juridicidade da persecução penal.

Como sabido, o poder de emenda Constitucional, compreendido como exercício de atividade legiferante contínua do poder constituinte reformador, encontra limites justamente nas chamadas cláusulas de perpetuidade ou cláusulas pétreas da Constituição. É dizer: o parâmetro de constitucionalidade das Emendas Constitucional encontra-se no art. 60, § 4.º, da Constituição. Nessa toada, tem-se que a PEC 37/2011 colide com a disposição contida nos incisos III e IV do § 4.º do art. 60 da Carta de 1988.

Veja-se que, hoje, a Constituição atribui a tarefa de investigação preliminar de caráter penal – isto é, “apurar infrações penais” – precipuamente às Polícias Federal e Civis (estas últimas, em referência aos Estados e Municípios), mas não o faz de forma exclusiva. Nem poderia, vale

dizer, pois tal previsão chocar-se-ia com outras previsões inseridas na própria Constituição. Nesse sentido, veja-se essa atribuição em caráter exclusivo contrária direta e expressamente o que dispõem o art. 58, § 3.º (menção às comissões parlamentares de inquérito) e o art. 129, incisos VI e VIII (atividade investigatória pelo Ministério Público).

Além disso, a previsão inserida na PEC 37/2011 contraria igualmente disposições legais hauridas diretamente do texto constitucional, que atribuem competência administrativa para investigação a juízes (previsão da Lei Orgânica da Magistratura atinente à apuração de crimes que envolvam Magistrados – art. 33, parágrafo único, da Lei Complementar 35/1979), a membros do Ministério Público (nesse sentido, as disposições da Lei Complementar 75/1993 e da Lei 8.625/1993), a órgãos da Receita Federal, ao Banco Central – BACEN, à Comissão de Valores Mobiliários – CVM (sobre estes dois últimos, confira-se o art. 28 da Lei 7.492/1986), Comissão de Controle de Atividades Financeiras – COAF (art. 14, da Lei 9.613/1998), entre outros.

Vale lembrar que o Supremo Tribunal Federal em diversas oportunidades, ao discutir o sentido e o alcance das expressões inseridas nos § 1.º e § 4.º do art. 144 da Constituição, já afirmou que a atividade investigatória não é privativa das Polícias Federal e Cíveis, embora caiba a elas, de forma precípua e usual, a tarefa de apuração de ilícitos penais. Além do aresto já citado (HC 97969/RS), confirmam-se, também, os seguintes: HC 93.930-RJ, HC 91.661-PE, HC 89.837-DF, RE 535.478-SC, HC 535.478-SC, HC 85.419-RJ, HC 87.610-SC, entre outros.

Nesse particular, uma distinção faz-se necessária. O texto original da Constituição menciona em momentos distintos as atribuições de Polícia Judiciária e de apuração de infrações penais. Fossem tais expressões

sinônimas, isto é, se Polícia Judiciária fosse compreendido simplesmente como exercício de atividade investigatória, o texto da Carta Maior não faria a atribuição, de modo exclusivo, à Polícia Federal, na esfera federal, das tarefas de Polícia Judiciária. Isso porque a divisão em unidades político-administrativas da forma federativa brasileira não implica distinção entre os modos de atividade investigatória. Polícias Cíveis e Polícia Federal concretizam a mesma competência administrativa de investigação preliminar de caráter penal, tal como delineada na Carta Maior, sem que as Polícias Cíveis exerçam com exclusividade a tarefa de Polícia Judiciária nos Estados.

A proposta, então, contraria não apenas as cláusulas atinentes aos direitos e garantias individuais, as quais, como o Supremo Tribunal Federal há muito vem salientando (v. g., ADI 447, DJ 5/3/1993), não se esgotam no rol inserto no art. 5.º da Constituição, mas também a própria separação dos Poderes. A uma, porque, ao prever que outras instituições (no caso do Ministério Público, garantia institucional na concretização dos direitos fundamentais) sejam tolhidas da atividade investigatória, a PEC dá conformação restritiva às garantias fixadas em favor do indivíduo e também da coletividade. A duas, porque, como visto, é a própria Constituição que atribui competência para investigação a outros órgãos além das Polícias Federal e Cíveis.

Assim, tem-se que a PEC 37/2011 malferir o aspecto constitucional, de necessária apreciação nesta Comissão de Constituição e Justiça, nos termos da letra “a” do inciso IV do art. 32 da Câmara dos Deputados.

Quanto aos aspectos legal e de juridicidade, que também não de ser apreciados por esta Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania, a PEC 37/2011 igualmente não enfrenta melhor sorte.

O Brasil é signatário da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional e internalizou suas disposições por meio do Decreto 5.015, de 12/3/2004 (Convenção de Palermo). Trata-se de tratado internacional que fixa, entre outras obrigações, a seguinte: “Cada Estado Parte tomará medidas no sentido de se assegurar de que as suas autoridades atuam eficazmente em matéria de prevenção, detecção e repressão da corrupção de agentes públicos, inclusivamente conferindo a essas autoridades independência suficiente para impedir qualquer influência indevida sobre a sua atuação” (art. 9, n. 2). Mais adiante, a mesma Convenção prevê que “Cada Estado Parte diligenciará para que qualquer poder judicial discricionário conferido pelo seu direito interno e relativo a processos judiciais contra indivíduos por infrações previstas na presente Convenção seja exercido de forma a otimizar a eficácia das medidas de detecção e de repressão destas infrações, tendo na devida conta a necessidade de exercer um efeito cautelar da sua prática” (art. 11, n. 2). É evidente que o propósito de exclusão da atividade investigativa por outros órgãos e instituições – tal como estabelecido também na Constituição – contraria as obrigações assumidas pelo Brasil no plano internacional. Também por isso a PEC 37/2011 peca pela falta de juridicidade.

As consequências de eventual aprovação da proposta, tal como formulada, seriam as mais graves. Ter-se-ia a revogação de um sem número de disposições legais e supralegais que permitem hoje uma otimização do aparato penal persecutório. A melhoria e o aprimoramento desse aparato são medidas de rigor, mas tais providências não se coadunam com a previsão de exclusividade da atividade investigatória a esse ou aquele órgão de segurança pública.

Em lugar de optar por um modelo de persecução penal, especialmente na fase preparatória da ação penal, de atuação concertada,

articulada e dirigida a um propósito de efetividade, a proposta em comento contraria preceitos básicos de atuação investigativa, manietando órgãos e instituições como a Receita Federal, o INSS, o Ministério Público, o próprio Poder Judiciário e tantos outros.

Quanto à técnica legislativa, melhor sorte não assiste à proposição. Veja-se que, tal como redigida, a proposta cria hipótese de contradição insuperável com outros dispositivos também estabelecidos na Constituição. É o caso dos já mencionados artigos 58, § 3.º, e 129, incisos VI e VIII, ambos da Constituição. A proposição criaria situação indesejável de normas estabelecidas num mesmo plano (constitucional) e incompatíveis entre si. Logo, exsurge indelével a conclusão pela falta de técnica legislativa.

Face ao exposto, **VOTO** pela **INADMISSIBILIDADE** da Proposta de Emenda Constitucional nº 37, de 2011.

Sala da Comissão, em 07 de dezembro de 2011.

Deputado VIEIRA DA CUNHA
Relator