



RELATORIA CNPNG

INTERESADO: Ministério Público do Amazonas

ASSUNTO: Proposta de discussão acerca da atuação de Membros do MP em atividade típica de polícia.

Senhor Presidente,

Senhores Conselheiros,

O Procurador-Geral de Justiça do Amazonas, apresentou expediente a este Egrégio Conselho, (junho de 2011) propondo a discussão das práticas institucionais utilizadas pelos membros do Ministério Público na apuração de infrações penais, em razão do planejamento e execução pela Coordenadoria de Apoio Operacional de Inteligência, Investigação e Combate ao Crime Organizado (CAO-CRIMO) daquele Parquet, da operação denominada “cachoeira limpa”, ocorrida na cidade de Presidente Figueiredo – AM, no dia 12.05.11, cujo objeto investigatório era a prática de crime de pedofilia.

Nesta Ação, segundo informa o Procurador-Geral, o Ministério Público, dando cumprimento a um Mandado de Busca e Apreensão, expedido pelo Judiciário, encaminhou-se até a casa do cidadão Fernando Araújo Pontes, para, acompanhado por policiais civis e militares, se deparar com o evento morte do proprietário do imóvel, na presença dos seus familiares, durante a realização da cautelar.

Em razão deste fato, e em tudo pela presença e acompanhamento da diligência por um membro do MP amazonense, entendeu o Colégio de Procuradores daquele Estado, em sessão realizada no dia 18.05.2011, recomendar ao Procurador-Geral de Justiça a adoção de providências, no sentido de disciplinar a atuação dos membros do Ministério Público em atividade típica de polícia.

Assim, o Procurador-Geral editou o Ato PGJ n.º 134/2011, no qual recomenda aos Membros do Ministério Público do Amazonas que se abstenham de “acompanhar diligências que utilizem armas, destinadas ao cumprimento de mandados judiciais e outros atos para o que é exigido preparo técnico das atribuições e de responsabilidade legal da Polícia judiciária.”

Por fim, entendeu o PGJ provocar discussão junto ao CNPG, sobre os limites de atuação do MP em atividade de campo, e, caso considere pertinente as preocupações expandidas no arrazoado, que venha a se editar recomendação no sentido de guiar os caminhos para a realização de tarefas dessa natureza.

Este o fato objeto da apreciação.

A questão é de ordem constitucional.

Com efeito as funções institucionais do Ministério Público estão previstas na Constituição Federal, in verbis:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

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

[...];

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

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

[...].

A própria Lei Maior, ao outorgar ao Ministério Público a titularidade da ação, conferiu-lhe os meios indispensáveis ao desempenho dessa função. Realmente, não seria adequado que o Ministério Público, para desincumbir-se dessa função primordial, ficasse sujeito, em tudo, a outros agentes ou órgãos públicos, no que se refere à colheita dos elementos probatórios indispensáveis à instrução da denúncia penal.

Bem por isso, já na Lei Maior, ficou assegurada ao Ministério Público a possibilidade de requisitar diligências investigatórias e a instrução de inquérito policial, deixando evidenciando, assim, a **função auxiliar da Polícia Judiciária**, quanto ao Ministério Público e com relação à persecução penal por este.

E mais: conferiu-se ao Ministério Público a função de controle externo da atividade policial. A finalidade desse controle, de um lado, é zelar pelo respeito aos direitos do investigado, e, de outro, balizar as diligências investigatórias da Polícia Judiciária, de forma que elas se conduzam no sentido de obtenção de elementos probatórios úteis à elucidação do fato criminoso, para a formação da *opinio delicti* pelo titular da ação.

Na verdade, o Ministério Público, em sua função persecutório-penal, sempre age, também, na condição de fiscal do cumprimento da lei, quer em prol da sociedade, quer em prol do investigado/réu, ainda que, nas fases investigatória e instrutória, sobressaiam as ações características de parte. Mas isso pela circunstância de que ainda se está colhendo provas para a elucidação do fato.

Por assim ser é que o membro do Ministério Público pode recusar-se a promover a ação penal, mesmo que o juiz entenda que estão prestes as condições da ação, hipótese em que apenas um outro membro, eventualmente, poderá vir a propô-la. E é também por isso que o membro do Ministério Público pode postular a absolvição do réu. Tal proceder constituiria uma contradição, se o Ministério Público fosse apenas parte.

Mas não o constitui porque, sendo também fiscal do cumprimento da lei, o membro do MP age segundo sua convicção, formada em face de um contexto probatório atual, sem estar vinculado a uma posição pré-estabelecida, característica principal do agir da parte stricto sensu.

Por outro lado, ainda que se tenha como característica de parte a função de coleta de prova para instrução de possível ação, esse entendimento, não poderia fundamentar a proibição de o Ministério Público participar das respectivas diligências.

É que, sob a lógica processual, constituiria cerceamento da função de parte impedir que esta busque, sob análise, os elementos probatórios necessários à instrução de sua inicial, desde que por meio lícito e com observância das exigências legais.

E exatamente por se admitir certo grau de parcialidade nas provas colhidas em investigação (ainda que, conforme já dito, é função

do membro do Ministério Público atuar, sempre, com zelo pelo cumprimento da lei) exatamente por isso é que as provas assim colhidas são submetidas ao contraditório com a instrução da ação penal, escoimando-as de eventuais vícios, reforçando-as, refazendo-as se necessário ou simplesmente desprezando-as, demais disso a circunstância de o Ministério Público colher diretamente a prova na fase investigatória nenhum vício acarreta à ação penal.

Em hipótese semelhante, já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça, através do v. proferido nos autos do HC nº 9.023/SC, tendo por relator o Min. FELIX FISCHER, em cuja ementa ficou consignado que:

[...].

“A participação de membro do Parquet na busca de dados para o oferecimento da denúncia não enseja, per si, impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia.”

[...].

Neste alvitre, o direito de membro do Ministério Público participar dos atos de coleta de prova tendentes à elucidação de suposto crime, com vistas à instrução de denúncia ou promoção de arquivamento da *notitia criminis*, está assegurado nas normas constitucionais acima mencionadas (incisos I, VII e VIII do art. 129 da CF), prescindindo, inclusive, do deferimento judicial, não se olvidando que qualquer medida cautelar preparatória que redunde transversalmente no afastamento de direitos fundamentais deve ser precedida de fundamentada decisão judicial.

Está previsto no art. 26, inciso I, da Lei n. 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) e no art. 8º da Lei Complementar 75/93 que o membro do Ministério Público pode investigar diretamente notícias de crimes e contravenções, instaurando para tanto procedimento administrativo. Isto, na realidade, trata-se de uma consequência lógica do

princípio da exclusividade da promoção da ação penal - art. 129, inciso I da CF-88.

Outrossim, quase a totalidade das leis orgânicas dos Ministérios Públicos Estaduais, contam com dispositivo no qual permitem a designação de membros para acompanhar inquéritos e diligências investigatórias.

Não podemos olvidar, ainda, que os Grupos de Atuação Especial contra o Crime Organizado (GAECOS) estão presentes na maioria dos Estados, e tais frações especializadas tem por característica fundamental a pró-atividade, materializada na realização de atividades investigatórias, as quais incluem a execução e acompanhamento das medidas cautelares preparatórias.

Cabe salientar, por outro lado, a criação do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, instituído pela EC nº 45/04, ao qual foi atribuído o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros.

Neste contexto, o CNMP reafirmou e consolidou, em 02/10/2006, o poder de os membros da instituição conduzirem investigações criminais, ao aprovar a resolução n.º 13, que estabelece as regras gerais para a instauração e a tramitação dos procedimentos de investigação criminal pelos membros do Ministério Público.

Sendo assim à guisa de ilustração colacionamos o seguinte aresto, como forma de balizar a construção de um entendimento:

PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. CONCUSSÃO E PECULATO. DELITOS COMETIDOS SUPOSTAMENTE POR AGENTE PÚBLICO. DADOS OBTIDOS EM INQUÉRITO POLICIAL. BUSCA E APREENSÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE PARA PROCEDER À INVESTIGAÇÃO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AOS

INCISOS XI E XII DO ART. 5º DA CF/88.
INEXISTÊNCIA. LEI Nº 9.296/96. ORDEM
DENEGADA.

A teor do disposto no art. 129, VI e VIII, da Constituição Federal, e nos arts. 8º, II e IV, da Lei Complementar nº 75/93, e 26 da Lei nº 8.625/93, o Ministério Público, como titular da ação penal pública, pode proceder às investigações e efetuar diligências com o fim de colher elementos de prova para o desencadeamento da pretensão punitiva estatal, sendo-lhe vedado tão somente realizar e presidir o inquérito policial.

Ademais, o requerimento de busca e apreensão e seu acompanhamento direto pelo Ministério Público, assim como qualquer outro pedido destinado ao esclarecimento dos fatos, se insere no âmbito normal de atuação do Parquet, conforme se depreende da leitura dos arts. 47 e 242 do Código de Processo Penal, não havendo, portanto, que se falar em violação ao princípio da legalidade.

No caso, a busca e apreensão foi determinada por autoridade competente, em razão da necessidade de se apurar melhor os fatos investigados em inquérito policial, sendo a diligência cumprida pela Polícia Federal, acompanhada pelo Ministério Público do Estado. Não há, portanto, que se falar em ofensa ao princípio constitucional contido no inciso XI do art. 5º da CF/88.

Cabe, ainda, registrar as palavras do Ministro Carlos Ayres Brito (2006, p. 2-3) quando, votando no Inquérito 1.968-DF-4, ressaltou a importância de um Ministério Público forte e atuante, verbis:

“(…)

8. Investigar fatos, documentos e pessoas, assim, é da natureza do Ministério Público. É o seu modo de estar em permanente atuação de custos legis ou de defesa da

lei. De custos iuris ou de defesa do Direito. Seja para lavrar um parecer, seja para oferecer uma denúncia, ou não oferecer, ou seja ainda para pedir até mesmo a absolvição de quem já foi denunciado.

9. Privar o Ministério Público dessa peculiaríssima atividade de defensor do Direito e promotor da Justiça é apartá-lo de si mesmo. É desnaturá-lo. Dessubstanciá-lo até não restar pedra sobre pedra ou, pior ainda, reduzi-lo à infamante condição de bobo da Corte. Sem que sua inafastável capacidade de investigação criminal por conta própria venha a significar, todavia, o poder de abrir e presidir inquérito policial.”

Cuida consignar, também, que a CONAMP em janeiro de 2012 emitiu nota técnica sobre a Proposta de Emenda Constitucional n.º 37 de 2011 em tramitação na Câmara dos Deputados, que tem por objeto acrescentar parágrafo ao artigo 144 da Constituição Federal, para estabelecer que a apuração das infrações penais será de competência privativa das polícias federal e civil.

A aludida nota técnica, a nosso sentir não só rechaça a PEC, como retrata magistralmente a indissociável atribuição do Ministério Público de gerir, acompanhar e fiscalizar procedimentos investigatórios criminais.

À guisa de ilustração eis os seguintes fragmentos da nota:

(.....)

A terceira premissa, a de que o inquérito policial é o único instrumento de investigação que tem prazo certo de duração e é passível de controle, parece ignorar, primeiro, a advertência de Friedrich Müller (Juristische Methodik, 9ª ed., 2004, p. 470) no sentido de que a norma deve ser delineada pelo intérprete a partir da interação entre o texto e a realidade. Em

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

Procedimentos informais são, de fato, contrários ao Estado de Direito. Daí a razão de os órgãos de execução do Ministério Público sempre editarem uma portaria para o início de qualquer investigação e de se reportarem aos órgãos competentes da Administração Superior do Ministério Público, que controlam a tramitação e apuram responsabilidades, isso sem olvidar o relevante papel desempenhado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, ao qual qualquer do povo pode se dirigir. Além disso, somente praticam os

atos autorizados pela ordem jurídica (v.g.: requisição de documentos, notificação de testemunhas etc.), não aqueles que somente encontram justificativa no imaginário individual.

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

Por fim, a última premissa que confere pretensa fundamentação à PEC nº 37-A, de 2011, afirma que a realização de investigações criminais, pelo Ministério Público, prejudicaria os direitos fundamentais dos cidadãos. Para dizer o menos, a tese é, no mínimo, inusitada. E isso por três razões básicas: (1ª) o Ministério Público, por imposição constitucional, é Instituição vocacionada à "defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis" (CR/1988, art. 127, caput), tendo a específica função institucional de zelar pelo efetivo respeito aos direitos assegurados na Constituição, "promovendo as medidas necessárias à sua garantia" (CR/1988, art. 129, II); (2ª) dentre os

direitos fundamentais sociais encontra-se a " " (CR/1988, art. 6º); e (3ª) a maior parte dos casos em que se discute a legitimidade do Ministério Público para investigar diz respeito a crimes praticados por policiais, incluindo Delegados de Polícia, vale dizer, justamente aqueles que deveriam zelar pela segurança da população são os responsáveis por aviltá-la, o que certamente se dá na esperança de que um espírito corporativo venha a garantir a impunidade. Esse aspecto foi bem realçado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do HC nº 60.976/ES, verbis: "[n]a espécie, a atuação direta do Ministério Público na fase de investigação se revelou indispensável, por se tratar de infração penal cometida no âmbito da própria polícia civil. A partir da notícia levada a efeito pelas vítimas, cumpria ao Parquet, no exercício de sua missão constitucional de titular da ação penal pública, apurar os fatos, de forma a assegurar, de maneira eficaz, o êxito das investigações" (6ª T., rel. Min. Og Fernandes, j. em 04/12/2011, DJ de 17/10/2011). Proibindo-se a atuação do Ministério Público, a quem as vítimas de violência policial deverão procurar? Aos colegas e compadres do criminoso? Espera-se, sinceramente, que os nobres parlamentares não vejam a atuação do Ministério Público como algo atentatório ao bem estar da coletividade ou, pior, que não seja o momento de a Instituição zelar pelos interesses da população, de modo que, na plasticidade de José Saramago, "por ser isto coisa do futuro. para só voltar quando fosse coisa do passado" (Memorial do Convento. 16ª ed., 1986, p. 159).

Contudo, vale sublinhar que aspectos variados surgem no exercício da investigação, onde excessos se apresentam e, por vezes, mancham a imagem do MP brasileiro. Nesta linha, propõe-se a construção

de um ato normativo padrão, no sentido de prever regras básicas de preservação do conceito de atos de coordenação da investigação, estes distintos dos atos de presidência do inquérito. Registre-se que não vivemos o sistema acusatório puro, onde a investigação recebe tratamento solto, limpo, em que até negociação é cabível a bem de uma frágil ou maquiada resolutividade – leia-se sistema americano.

Outro aspecto ainda a ser verificado são os atos de técnica e tática, onde só o corpo policial está abalizado a fazer. Os membros do Ministério Público não podem ser confundidos com a corporação policial, não temos essa natureza nem formação, mesmo em promotorias de investigação, cuja proximidade com o ambiente policial traz raias confusas de identidade, mas não estabelece paralelismo.

Todos concordam que o MP brasileiro age, na investigação, servindo-se do princípio da seletividade, onde somos vocacionados a apurar, mais de perto, a grave criminalidade e não os incômodos penais de massa.

Portanto, é extremamente louvável a preocupação do Procurador-Geral de Justiça do Amazonas em proteger a integridade física dos membros e a imagem do Ministério Público de seu Estado ao editar a RECOMENDAÇÃO, até porque as circunstâncias pediam uma atitude por parte da administração superior, mas nos parece mais razoável que este Conselho possa dar outro encaminhamento, solicitando ao seu braço especializado, o Grupo Nacional de Combate às Organizações Criminosas – GNCOC, a formação de ato próprio para que os Membros dos Ministério Público dos Estados, ao acompanharem diligências de investigação, tenham referência e cuidados a observar padrões mínimos, que diminuam os riscos e vulnerabilidades na atuação, mas que em nada toca a força investigativa do MP.

Importante ainda ter em mente que os sistemas internos de controle – corregedorias – possam, exemplarmente, atuar nos desvios funcionais, quando dos excessos nesta área, sem prejuízo das demais responsabilidades oriundas das ações distorcidas de investigação.

Ressaltamos que a Comissão de Preservação das Autonomias do Ministério Público do CNMP deliberou por aguardar o pronunciamento oficial do CNPG, inclusive sobre a conveniência da edição de regulamentação, uma vez que o assunto aqui tratado vem sendo trabalhado pela atual direção do GNCOC, a qual se propõe a elaborar proposta para orientação dos MP'S.

Não se pode balizar a investigação. Isto é impróprio e depõe contra a evolução dos conceitos nesta área, mas é preciso preservar membros do MP e retirar deles níveis de vulnerabilidade e exposição em momentos da investigação, e isto é possível. Como deve-se comportar um membro do MP quando da realização de atos de execução oriundos da investigação? O objeto aqui não é a busca pela elucidação do fato, que é a questão de fundo da investigação, mas a mera forma da realização dos atos. Coordenar não se confunde com executar, distinguindo atos de natureza própria policial com atos em que o MP detêm expertise. Veja-se o exemplo: execução de mandado de prisão ou busca, e análise de documentação contábil financeira nos crimes financeiros. Ambos precisam dos experts para suas realizações, mas não impedem que membros do MP se coloquem ao lado dos legitimados, reforçando, inclusive, o desempenho de controle da legalidade e da ordem jurídica, padrões constitucionais próprios do MP.

Propomos, assim, que este Conselho delegue ao GNCOC atribuição para apresentar padrões mínimos a serem observados pelos membros do Ministério Público, quando do acompanhamento de diligências na investigação.

Eis o nosso entendimento, à consideração de Vossas Excelências.

Oswaldo Trigueiro do Valle Filho
Procurador-Geral de Justiça da Paraíba
Relator