

## **PARECER A CONSULTA**

IBCCrim – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais me honra formulando-me a seguinte consulta:

Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente?

A questão posta pela consulta não é complicada nem demanda grandes pesquisas doutrinárias, porque a Constituição Federal dá resposta precisa e definitiva no sentido de que o Ministério Público não tem competência para realizar investigação criminal direta.

### **I. Preliminares**

1. Antes de discutir o mérito do consulta cumpre fazer alguns esclarecimentos preliminares. A primeira delas é que, aqui, não se levará em conta as questões de conveniência ou de oportunidade de se conferir ao Ministério Público poderes investigatórios na esfera penal. Isso pode ser uma discussão de lege ferenda, não de lege lata, porque a Constituição já dá a solução. Por isso, também não é pertinente discutir aqui o bom ou o mau funcionamento do sistema adotado. Sem as generalizações indevidas, injustas e injustificadas, pode-se reconhecer procedência às críticas relativas à ineficiência e a morosidade das investigações, assim como não é destituído de verdade o argumento do Ministério Público de que “Não é raro ver-se policiais que são responsáveis pela prevenção e repressão da criminalidade envolvendo-se com o crime organizado e na prática de atos de corrupção com o objetivo de impedir a investigação de delitos, bem como cometendo atos de violência (p. ex.: tortura) ou abuso de poder”. Esse envolvimento não é apenas da polícia. Uma das características do crime organizado está no envolvimento de autoridades públicas como um dos modos de sua ação e de sua impunidade. Não falta quem diga que o fato de a polícia estar na linha de frente da investigação criminal contribui para a contaminação de alguns de seus elementos, e não é garantido que, se o Ministério Público assumisse tal condição, ficaria imune aos mesmos riscos. Sobre esses aspectos, vale a pena transcrever a seguinte passagem de parecer que o ilustre constitucionalista Luís Roberto Barroso ofereceu ao Secretário Especial dos Direitos Humanos, Ministro Nilmário Miranda:

“Sem a pretensão de uma elaboração sociológica mais sofisticada, e muito menos de empreender qualquer juízo moral, impõe-se aqui uma reflexão relevante. No sistema brasileiro, é a Polícia que atua na linha de fronteira entre a sociedade organizada e a criminalidade, precisamente em razão de sua função de investigar e instaurar inquéritos criminais. Por estar à frente das operações dessa natureza, são os seus agentes os mais sujeitos a protagonizarem situações de violência e a sofrerem o contágio do crime, pela cooptação ou pela corrupção. O registro é feito aqui, porque necessário, sem incidir, todavia, no equívoco grave da generalização ou da atribuição abstrata de culpas coletivas.

“Pois bem: não se deve ter a ilusão de que o desempenho, pelo Ministério Público, do papel que hoje cabe à Polícia, manteria o Parquet imune aos mesmos riscos de arbitrariedade, abusos, violência e contágio”.<sup>2</sup> A esse propósito, não é demais recordar o exemplo italiano. O Ministério Público brasileiro ficou muito entusiasmado com a atuação dos Procuradores italianos na chamada operação “mãos limpas”, que teve inequívoco sucesso no combate aos crimes mafiosos. Como se sabe, na Itália vigorava até 1989 o juizado de instrução, quando foi suprimido, e os poderes de inquérito e de investigação concentraram-se nas mãos do Ministério Público. Essa transformação proveio da legislação anti-máfia e teve impacto imediato, mas não tardou a surgirem os abusos de poder. O Procurador Di Pietro, o mais destacado membro do Ministério Público de então, teve que renunciar ao cargo em conseqüências das denúncias de desvio de poder; assim também se deu com Procuradores na Sicília. Então, a suposição do parecer do Prof. Luís Roberto Barroso é algo que a experiência já provou.

O Ministério Público no Brasil é hoje uma Instituição da mais alta consideração pública por sua atuação ética e sua eficiência que é preciso conservar e defender. E um dos modos eficazes dessa defesa consiste em mantê-lo dentro dos estritos contornos de

suas funções institucionais que não inclui a função investigatória direta.

3. Enfim, seja como for, o certo é que o eventual mau funcionamento do sistema de investigação criminal pela polícia judiciária, como qualquer outro defeito ou deficiência que se possa verificar, não tem a força de transferir para outra instituição sua competência constitucionalmente estabelecida, nem autoriza que outra instituição o assuma, mesmo subsidiariamente.

II. A competência para a investigação criminal

4. O signatário deste parecer, enquanto assessor na Constituinte, apoiou e, nos limites de suas possibilidades, ajudou na formulação das normas que deram ao Ministério Público a posição de destaque como instituição constitucional permanente e autônoma. Conheci do assunto desde o primeiro Anteprojeto da Subcomissão da Organização do Poder Judiciário e Ministério Público, cujo relator foi o Deputado Constituinte Plínio de Arruda Sampaio, oriundo da instituição, que se inspirou na organização da instituição no Anteprojeto da Comissão de Estudos Constitucionais (Afonso Arinos), de que foi relator o então Procurador-Geral da República e hoje Ministro Sepúlveda Pertence, que mereceu o meu apoio no plenário daquela Comissão. Na elaboração desse Anteprojeto, na Constituinte, não estiveram ausentes as Associações de Ministério Público, especialmente a Associação do Ministério Público de São Paulo, que se manteve sempre presente na defesa da instituição durante a elaboração constitucional. Pois bem, o texto desse Anteprojeto (arts. 43 a 46), aprovado pela Subcomissão em 25 de maio de 1987, já continha, em essência, tudo que veio a ser contemplado na Constituição, no qual não há uma palavra que atribua ao Ministério Público a função investigatória direta. Lá estava, como função privativa, “promover a ação penal pública” e “promover inquérito para instruir ação civil pública”, como estava também, sem exclusividade (art. I, “a” e “b”), “o poder de requisitar atos investigatórios criminais, podendo efetuar correição na Polícia Judiciária, sem prejuízo da permanente correção judicial” (art. 45, II, “e”); essa correição foi convertida, depois, em controle externo da atividade policial. Ora, se o Ministério Público estava interessado na investigação criminal direta seria de esperar que constasse desse Anteprojeto algo nesse sentido, já que o relator era um Constituinte afinado com a instituição. As únicas disposições aproximadas a isso vieram no Anteprojeto da Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo (junho de 1987), de que foi relator o Constituinte Egídio Ferreira Lima. O art. 137, inc. V, incluía entre as funções institucionais do Ministério Público, além da competência para ‘requisitar atos investigatórios’, também exercer a supervisão da investigação criminal”, assim como a faculdade de ‘promover ou requisitar a autoridade competente a instauração de inquéritos necessários às ações públicas que lhe incumbem, podendo avocá-los para suprir omissões...’. Isso se manteve no Projeto de Constituição (Comissão de Sistematização, julho de 1987, art. 233, § 3º). Já no Primeiro Substitutivo do Relator Bernardo Cabral (Comissão de Sistematização, agosto de 1987), essas normas sofreram alguma transformação importante, excluindo-se a possibilidade de “promover ... a instauração de inquérito necessários às ações públicas”, bem como se eliminou a possibilidade de “avocá-los para suprir omissões”. Ou seja, suprimiu aquilo que o Ministério Público hoje ainda pretende: o poder de investigação subsidiário. O texto ficou com o seguinte teor:

“Art. 180. São funções institucionais do Ministério Público, na área de atuação de cada um dos seus órgãos:

“VI – requisitar a instauração de inquérito policial, determinar diligências investigatórias, podendo supervisionar a investigação criminal e promover inquérito civil”.

Note-se que, no Segundo Substitutivo do Relator Bernardo Cabral (Comissão de Sistematização, setembro de 1987), nova transformação sofreu essa competência. Nele, já não consta a faculdade de “supervisionar a investigação criminal”, e “promover inquérito civil” foi para outro dispositivo, conectado com “ação civil pública” (art. 151, III: “promover inquérito civil e a ação civil,..”), o que tem relevo para a interpretação da norma. Demais, a função de “requisitar a instauração de inquérito policial” e “determinar diligências investigatórias” já não é direta, mas indireta e não imperativa, como se vê da leitura do § 40 do art. 151:

“Serão sempre fundamentadas as promoções e as cotas dos membros do Ministério

Público, inclusive para requisitar diligências investigatórias e instauração de inquérito policial”. E assim foi aprovado na Comissão de Sistematização, integrando o Projeto de Constituição “A” (novembro de 1987), a ser submetido ao Plenário, em primeiro turno. Surgiu, então, o Projeto Substitutivo do Centrão, que sugeriu diversas reduções nas funções institucionais do Ministério Público, mas não foram aceitas. O texto aprovado decorreu de um acordo das lideranças, conseqüente da fusão de diversas emendas, a de n. ZPOOI2-0 do Constituinte Alexandre Costa, dando nova redação àquele §4º do art. 151 (supra), restabeleceu a competência direta para requisitar diligência investigatória e a instauração de inquérito policial, mas nenhuma proposta no sentido de dar ao Ministério Público função investigatória direta. O Constituinte Plínio de Arruda Sampaio, defensor intransigente das prerrogativas da instituição, sustentou, na tribuna, o acordo, mostrando que “a instituição do Ministério Público foi delineada na Subcomissão do Poder Judiciário [de que ele foi relator, diga-se, de passagem] com o objetivo claro de criá-la forte, autônoma, independente do Executivo. O que se quer é um fiscal da lei com plenos poderes para exercer a ação penal, inclusive contra aquele que o nomeia, contra o Presidente da República (...) Além dessa autonomia, um segundo aspecto básico da construção do Ministério Público foi aprovado na Subcomissão.

Consiste em conferir à instituição atribuições maiores do que simplesmente a de perseguir os criminosos: estamos dando-lhe também atribuição de defender a sociedade como um todo. Defender quem não tem quem o defenda”. Quem é hoje que não tem quem o defenda: O índio. a natureza, o consumidor. “Por isso, todo um elenco de competências foi atribuído ao novo órgão Ministério Público, no âmbito da perseguição do ilícito civil”. Não há uma palavra em favor da possibilidade do Ministério Público proceder a investigação direta.

As regras constantes do acordo vieram a integrar o Projeto de Constituição “B” (junho de 1988), submetido ao Plenário, em segundo turno, sendo assim aprovado, constituindo o Projeto de Constituição “C” (setembro de 1988), destinado à redação final, mantido tal qual no Projeto de Constituição “D” (20.9.1988), com a transposição do conteúdo do §4º do então art. 158 para o inc. VIII do mesmo artigo. Assim, com outros ajustes de redação, os arts. 156 a 159 do Projeto aprovado em primeiro turno vieram a constituir os arts. 127 a 130 da Constituição.

5. Essas observações históricas sobre a formação constitucional da instituição não pretendem perquirir a intenção do legislador constituinte para dela extrair o sentido das normas. Não, esse originalismo não se compadece com os processos modernos de interpretação constitucional. O que vale não é a intenção do legislador, mas a intencionalidade das normas constitucionais, o que significa que o sentido de cada norma ou de cada conjunto de normas se extrai do plexo de valores que foram incorporados na Constituição. Essa incorporação se deu por ação dos Constituintes, não pela intenção de cada um, mas pela conjugação da vontade constituinte, não da vontade psicologicamente identificada, mas pela vontade culturalmente constituída, porque vontades que agiam em função de valores, por isso mesmo acolhendo uns e recusando outros. Por isso é que a Constituição é um sistema de valores. Por isso também é que processos de formação constitucional tem interesse, não para a interpretação das normas acolhidas, mas para conhecer os valores que não foram acolhidos, que foram rejeitados, e que, por essa razão mesma, não podem ser invocados para a composição de direitos, menos ainda de competências, tanto mais quando a competência pretendida tenha sido outorgada a outro órgão ou instituição como é o caso, já que a Constituição conferiu à polícia civil estadual e federal a função de polícia judiciária e a de apuração das infrações penais (art. 144, parágrafo 1º e 4º).

6. Percorram-se os incisos em que o art. 129 define as funções institucionais do Ministério Público e lá não se encontra nada que autorize os membros da instituição a proceder a investigação criminal diretamente. O que havia sobre isso foi rejeitado, como ficou demonstrado na construção da instituição durante o processo constituinte e não há como restabelecer por via de interpretação o que foi rejeitado. Se a Constituição tivesse silenciado sobre o tema, ainda se poderia discutir sobre a possibilidade de se ser a matéria conferida ao Ministério Público, por via de lei, como se fez na Itália, onde se retirou o poder investigatório do juiz de instrução, passando, por lei, para os

Procuradores da República que funcionam junto dos Tribunais. Mesmo assim o Ministério Público na Itália não tem esse poder autonomamente, porque a polícia judiciária não depende dele integralmente, mas da autoridade judiciária (Constituição italiana, art. 109), pois a Constituição italiana só tem um dispositivo sobre o Ministério Público para impor-lhe o dever de exercer a ação penal (art. 112). A Constituição portuguesa tem dois artigos sobre o Ministério Público, mas não dispõe sobre sua competência, deixando para a lei (arts. 221 e 222), por isso a lei pôde integrar a polícia judiciária na organização do Ministério Público com competência exclusiva para a instrução preparatória das infrações penais<sup>2</sup>. Na Espanha, não é ao Ministério Público que cabe a função investigatória, só por si diretamente. Lá a função de averiguação dos delitos cabe à polícia judiciária que, no entanto, no exercício dessa função, depende do juiz, dos Tribunais e também do Ministério Público (Constituição, art. 126). Na Colômbia, sim, a Constituição dá competência direta à Procuradoria Geral da Nação (Fiscalía General de la Nación) para investigar os delitos e acusar os presumidos infratores ante os juízos e tribunais competentes (art. 250).

7. Essas indicações do direito estrangeiro só têm a utilidade de mostrar que o regime da matéria no Brasil é próprio, peculiar e único, porque define os campos de atuação do Ministério Público e da Polícia Judiciária com precisão, e sem dependência recíproca, de sorte que a invocação de doutrina estrangeira sobre o assunto não traz a menor contribuição ao seu esclarecimento. Nem é necessário recorrer a grandes indagações doutrinárias, diante do que está estabelecido nas normas constitucionais.

III. A doutrina dos poderes implícitos

8. No material que me foi apresentado para a elaboração deste parecer consta que o Ministério Público argumenta que, ainda que se entenda que a Constituição não lhe tenha conferido expressamente os poderes investigatórios, na esfera penal, é de ser aplicada a doutrina dos poderes implícitos, pois se a Constituição lhe assegura a competência privativa para promover a ação penal pública, deve ter-lhe também assegurado os meios para alcançar esse fim.

9. Essa concepção da doutrina dos poderes implícitos, com a devida vênia, não é correta. Primeiro, é preciso indagar se entre a investigação penal e a ação penal ocorre uma relação entre meio e fim. O meio para o exercício da ação penal consiste no aparato institucional com a habilitação, competência adequada e condições materiais, para fazê-lo.

O fim (finalidade, objetivo) da investigação penal não é a ação penal, mas a apuração da autoria do delito, de suas causas, de suas circunstâncias. O resultado dessa apuração constituirá a instrução documental – o inquérito – (daí, tecnicamente, instrução penal preliminar) para fundamentar a ação penal e servir de base para a instrução penal definitiva. Segundo, poderes implícitos só existem no silêncio da Constituição, ou seja, quando ela não tenha conferido os meios expressamente em favor do titular ou em favor de outra autoridade, órgão ou instituição. Se ela outorgou expressamente a quem quer que seja o que se tem como meio para atingir o fim previsto, não há falar em poderes explícitos.<sup>3</sup> Como falar em poder implícito onde ele foi explicitado, expressamente estabelecido, ainda que em favor de outra instituição?

10. O exemplo do constitucionalismo brasileiro se verificou no regime da Constituição de 1891, relativamente à figura do interventor, porque ela disciplinava a intervenção federal nos Estados (art. 60), mas não previa essa entidade. Reconheceu-se, em face disso, que era legítima a nomeação de um interventor no caso de intervenção com o afastamento do Governador. O Presidente da República reivindicou essa competência. Ruy Barbosa, no entanto, argumentou em contrário, pois nem a Constituição lhe dava esse direito nem lho dava nenhuma lei do País, porque esse poder cabia ao Congresso Nacional. “Desta arte [disse Ruy], reconhecendo que a Constituição se não ocupava com a entidade do interventor, reconhecia eu ao legislador nacional o direito de, no uso da faculdade a ele conferida pelo art. 60, n. 2, criar por lei a intervenção e confiá-la a um interventor”<sup>4</sup>

Nesse texto temos duas lições importantes para a conclusão deste assunto. Primeiro, o poder implícito só ocorre quando Constituição não se ocupa da matéria; segundo, não cabe a determinado órgão a competência que está prevista para outro. No caso sob

nossas vistas, a Constituição se ocupou do tema, conferindo a investigação na esfera penal à polícia judiciária, logo, ela não cabe a nenhum outro órgão ou instituição, nem, portanto, ao Ministério Público.

IV. O mais e o menos em direito. Investigação seletiva?

11. Outro argumento que consta em favor da competência investigatória direta do Ministério Público é a de que, sendo ele titular da ação penal pública, também há de ter o poder de investigação criminal, sob o argumento de que “quem pode o mais pode o menos. Se esse prólogo tem algum valor no campo de direito privado, não sei, mas no campo do direito público, especialmente no direito constitucional, não tem nenhum valor. Não é uma parêmia a que se dá valor de regra interpretativa. O que é mais e o que é menos no campo da distribuição das competências constitucionais? Como se efetua essa medição, como fazer urna tal ponderação? Como quantificá-las? Não há sistema que o confirme. As competências são outorgadas expressamente aos diversos poderes, instituições e órgãos constitucionais. Nenhuma é mais, nenhuma é menos. São o que são, porque as regras de competência são regras de procedimento ou regras técnicas, havendo eventualmente regras subentendidas (não poderes implícitos) às regras enumeradas, porque submetidas a essas e, por conseguinte, pertinente ao mesmo titular. Não é o caso em exame, porque as regras enumeradas, explicitadas, sobre investigação na esfera penal, conferem esta à polícia judiciária, e são regras de eficácia plena, como costumam ser as regras técnicas.

12. Assim mesmo se pode discutir sobre o que é mais e o que é menos entre a investigação e a ação judicial penal. A investigação é um procedimento de instrução criminal (preliminar, preparatória) em busca da verdade e da formação dos meios de prová-la em juízo. A ação é um ato pelo qual se invoca a jurisdição penal. Procedimento da instrução penal preliminar, como qualquer procedimento, é uma sucessão de atos concatenados que se registram e se documentam no inquérito policial, que vai servir de base para a propositura da ação penal ou não, conforme esteja ou não configurada a prática do crime, sua autoria e demais elementos necessários à instrução penal definitiva. O resultado positivo da investigação do crime é que constituirá pressuposto da ação penal viável. Sem a investigação prévia da verdade e dos meios de prová-la em juízo é impossível a ação penal, diz bem Canuto Mendes de Almeida.<sup>5</sup> Pode-se estabelecer urna relação de mais e de menos entre esses elementos?

13. Demais, se o argumento do “quem pode o mais pode o menos”, assim como o argumento, muito parecido, dos poderes implícitos, fossem procedentes, a coerência exigiria que o Ministério Público assumisse inteiramente as função investigativa. Mas não é isso que ele pretende, como mostra esta passagem de memorial apresentado a Ministros do Supremo Tribunal Federal:

“Frise-se que o Ministério Público não pretende substituir-se, indistintamente, a Polícia Judiciária na investigação das infrações penais, mas dispor de meios para obter diretamente, de modo mais célere e eficaz, em determinadas situações e quando o interesse público o exige, as provas e informações que necessita para a formação de seu convencimento sobre a viabilidade da ação penal (p.24). Esse texto é exemplar. Ele reconhece que a competência é da Polícia Judiciária. Implicitamente denuncia que o Ministério Público não tem o poder de investigação na esfera penal, senão não reivindicaria exercê-la apenas em determinadas situações. De fato, ai só se pleiteia substituir-se a Polícia Judiciária “em determinadas situações e quando o interesse público o exige. Quem decide quais são essas ‘determinadas situações, quem decide quando o interesse público o exige’? O próprio Ministério Público a seu alvedrio? Isso só cria incertezas e confusão. Ora, toda investigação criminal é de interesse público. Este a exige em todos os casos em que um delito se manifesta. Qual o critério de seleção, o de maior repercussão na mídia? E certo que um dispositivo do Ato 98/96 do Ilustre Procurador-Geral da Justiça de São Paulo, o mesmo que subscreve o memorial apresentado aos Eminentíssimos Ministros do Supremo Tribunal Federal, pretendeu estabelecer casos em que isso pudesse ocorrer. Sobre esse dispositivo, falarei mais adiante (item 20).

V. Uma competência exclusiva

14. De passagem, já me manifestei sobre o tema, nos termos seguintes: “o art. 144, §

4º, estatui que 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. Isso quer dizer que a Constituição reservou à polícia civil estadual um campo de atividade exclusiva que não pode ser invadido por norma infraconstitucional e, menos ainda, por disposições de ato administrativo. Uma delas é a realização do inquérito policial, que constitui o cerne da atividade de polícia judiciária, que não comporta o controle do Ministério Público. A outra é que também à polícia civil, polícia judiciária, se reservou a função de apuração das infrações penais, o que vale dizer o poder investigatório, sendo, pois, de nítido desrespeito à Constituição normas que atribuam a órgão do Ministério Público a faculdade de promover diretamente investigações como o fez o art. 26 do ato 98/96”6.

15. Argumenta-se que a Constituição não deferiu à Polícia Judiciária o monopólio da investigação criminal. É verdade, mas as exceções estão expressas na própria Constituição e nenhuma delas contempla o Ministério Público. O próprio parágrafo 4º do artigo 144 ressalva a competência da União em contemplação da Polícia Judiciária Federal (art. 144, §1º) e exclui da competência da Polícia Judiciária a apuração das infrações penais militares, em harmonia com o art. 124, com base no qual cabe a polícia judiciária militar, exercida por autoridades das corporações militares, a função de apuração dos crimes militares no âmbito de cada qual, por meio de inquérito policial militar.7

16. Outra exceção que se costuma lembrar é a do poder investigatório das comissões parlamentares de inquérito, que também é expresso na Constituição (art. 58, §3º), mas o inquérito parlamentar não é um típico inquérito criminal, porque visa apurar fato determinado de qualquer natureza: político, administrativo, responsabilidade civil e também criminal, como se nota do final do §3º do art. 58, tanto que suas conclusões, nem sempre dispensam investigações policiais, como a experiência tem mostrado, porque, no fundo do inquérito parlamentar, se movem interesses e métodos políticos, nem sempre compatíveis com uma instrução penal preliminar, que, como nota Canuto Mendes de Almeida, invocando a lição dos grandes processualistas e da legislação, tem por finalidade preservar a inocência contra as acusações infundadas e o organismo judiciário contra o custo e a inutilidade em que estas redundariam8. É certo que as comissões parlamentares de inquérito realizam também atividade de investigação, e essa é a sua única função que ressalta do seu próprio nome, investigação não tipicamente criminal, mas também criminal, e, nesse aspecto particular, pode-se ter essa investigação como exceção ao disposto no art. 144, parágrafos 1º e 4º, mas exceção expressa.

17. Num texto da lavra do ilustre processualista Antônio Scarance Fernandes, transcrito na já referida peça do Ministério Público de São Paulo, menciona-se também que é muito comum a apuração indireta de crimes através de sindicâncias e processos administrativos”. Essa idéia está conectada com a outra segundo a qual o inquérito policial é facultativo, citando-se a propósito o art. 4º, parágrafo único, do Código de Processo Penal que diz que a atribuição, no caput, da função de polícia judiciária não exclui a de autoridade administrativa, a quem por lei seja cometida a mesma função. A questão hoje consiste em saber se uma tal lei se sustenta em face do art. 144, §§ 1º e 4º, da Constituição. Será nitidamente inconstitucional, como qualquer lei ordinária ou complementar que atribua a função de polícia judiciária, vale dizer, de investigação na esfera penal, a qualquer outra autoridade, órgão ou instituição. Ora, para membros do Ministério Público, normalmente profundos conhecedores do direito, inclusive do direito constitucional, não é sequer necessário insistir nisso.

18. A tese de que o inquérito policial é facultativo não é bem correta. O que é certo é que ele é dispensável, quando a notícia criminis consta de algum procedimento ou documentos com elementos suficientes para a propositura da ação penal. Os exemplos podem ser as conclusões de comissão parlamentar de inquérito e os procedimentos administrativos, ou, se com a representação forem oferecidos elementos que habilitem o Ministério Público a promover a ação penal (CPP, art. 39 §5º). É nesse caso que o Dr. Scarance Fernandes disse que “é muito comum a apuração indireta [italico meu] de crimes através de sindicância e processos administrativos’. É indireta, porque não se

trata de investigação criminal, mas de apuração de ilícito administrativo durante a qual se comprovou infrações penais.

19. O certo é que as exceções apresentadas estão consignadas na Constituição. Se existe lei que atribua a função de polícia judiciária a outro órgão ou instituição, ela contraria o disposto no art. 144, §§ 1º e 4º), da Constituição, e é inconstitucional. Em todo caso, nenhuma das exceções mencionadas, quer as consignadas na Constituição, quer as referidas em Lei, beneficiam o Ministério Público. Note-se, enfim, que nem mesmo a tese de que o inquérito é “facultativo” lhe abre a possibilidade do exercício direto do poder de investigação na esfera penal, porque só o é quando existe outro meio já constituído (procedimento, documento) que, por já conter a definição da infração, de seu autor etc., o dispensa. Veja-se bem, a sua dispensa nos casos previstos não defere ao Ministério Público o poder de investigação direta.

20. Volto à questão da investigação seletiva n. 13 supra, para reafirmar a competência exclusiva da polícia judiciária estadual e federal, cada qual no âmbito de sua competência, para a investigação na esfera penal comum; as exceções do inquérito policial militar e de comissões de inquérito não infirmam aquela exclusividade em relação às infrações penais comuns. Não há na Constituição nada que autorize o Ministério Público a instaurar e presidir inquérito criminal. Ele o tem feito por via do inquérito civil previsto no inc. III do art. 129, com notório desvio de finalidade, já que o inquérito civil é peça de instrução preparatória da ação civil pública consignada a ele no mesmo dispositivo e não evidentemente de instrução criminal. Ou tem pretendido usar de procedimento administrativo próprio, como o art. 26 do Ato 98/96 do Procurador-Geral de Justiça de São Paulo definiu, com desvio ainda mais sério, porque, a toda evidência, procedimento administrativo não é meio idôneo para proceder investigações criminais diretas. O fato mesmo de se recorrer a tais expedientes demonstra, à saciedade, que o Ministério Público não recebeu da Constituição o poder para promover investigações diretas na área penal.

A propósito dessas questões, permito-me transcrever texto do meu parecer já citado antes:

Mais contundentemente inconstitucional é o disposto no art. 26 do Ato 98/96, quando atribui ao órgão do Ministério Público a função investigatória direta. Eis o texto:

“Art. 26. O órgão do Ministério Público poderá promover diretamente investigações, por meio de procedimento administrativo próprio a ser definido em Ato do procurador-geral de Justiça, ouvido o colégio de Procuradores de Justiça.

“1 - se houver necessidade de providência cautelar;

“II - quando as peculiaridades do caso concreto exijam em prol da eficácia da persecução penal”

“Em essência”, como lembrei naquele parecer referido, com esse dispositivo institui o Ministério Público, sponte propria, particular forma de inquérito, extrapolando, por certo, sua competência institucional constitucionalmente estabelecida, Acrescentei, *ipsis litteris*: “O procedimento administrativo, referido no dispositivo, é uma contrafação do inquérito civil previsto no inc. III do art. 129, da Constituição, que não pode ser transmudado em mal disfarçada forma de inquérito penal, porque tem destinação própria qual seja servir de peça informativa prévia à propositura da ação civil pública para os fins ali previstos. A apuração das infrações penais é uma das atribuições exclusivas da polícia civil, que se encontra expressamente prevista no art. 144, §4º, da Constituição Federal. Não há como legitimamente passar essa atribuição para o Ministério Público por meio de ato administrativo ou de qualquer medida legislativa infraconstitucional, sem grave afronta a normas e princípios constitucionais. Vale dizer, pois, que o tal procedimento administrativo próprio’ é, na verdade, um expediente de invasão de competência, desprovido de base legal”<sup>10</sup>.

21. O Ato Normativo n. 314-PGJ/CPJ, de 27 de junho de 2003, regulamentou o procedimento administrativo referido no citado art. 26 do Ato Normativo 98/1996. Sua ementa procura amparar sua legitimidade declarando que regulamenta, na área criminal, o procedimento administrativo previsto no art. 26, 1, da Lei Federal n.8.625/1993, repetido no art. 104, I, da Lei Complementar Estadual n. 734/1993. Esses dispositivos, por seu turno, regulamentam o art. 129, VI, da Constituição Federal, que inclui entre as

funções institucionais do Ministério Público 'expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva". Nem esse dispositivo nem os daquela s leis autorizam "procedimento administrativo criminal" de que fala o art. 2º do citado Ato 314/2003. O art. 26, I, da Lei 8625/1993 estabelece o seguinte:

"Art. 26 - No exercício de suas funções , o Ministério Público poderá:

"1 - instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los

"a) expedir notificações para colher depoimentos ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar, ressalvadas as prerrogativas previstas em lei;

"b,) requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional. de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

"c) promover inspeções e diligências investigatórias junto às autoridades, órgãos entidades a que se refere a alínea anterior".

Como se vê, esse dispositivo, repetido *ipsis litteris* no art. 104, I, da Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo (Lei Complementar 104/1993), não contém nada que autorize a instauração de procedimento de investigação criminal. Ele autoriza o Ministério público, no exercício de suas funções, a instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes, e todo o conteúdo de suas alíneas são tipicamente administrativos, ou referem-se a procedimentos tais como a sindicância administrativa, o inquérito administrativo e o processo administrativo e se destinam a apurar infrações disciplinares e eventual aplicação de sanções administrativas (Lei do Ministério Público da União, arts. 246-261, Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo, art. 251), pois, procedimento administrativo não é procedimento idôneo para investigação na esfera penal, de sorte que, também nesse particular, o referido dispositivo extrapola as balizas constitucionais das funções institucionais do Ministério Público, até porque se são procedimentos no exercício de suas funções, e se em suas funções não entra a investigação criminal direta, o procedimento administrativo não poderia converter-se em inquérito criminal, sob a presidência de um membro do Ministério Público como pretende o Ato 314/2003, que assim contraria regras e princípios constitucionais.

O art. 2º desse Ato estatui que o membro do Ministério Público, no exercício de suas funções na área criminal, poderá, de ofício ou em face de representação ou outra peça de informação, instaurar procedimento administrativo criminal quando, para a formação de seu convencimento, entender necessários maiores esclarecimentos sobre o caso ou o aprofundamento da investigação criminal produzida. Ora, se o membro do Ministério Público tem conhecimento de crime e não tem os elementos suficientes para a propositura da ação penal competente, o que lhe compete, de acordo com a Constituição (art. 129, VIII), é requisitar a instauração do inquérito policial, não lhe cabendo promovê-lo, por si mesmo, de ofício, ou em face de representação ou outra peça de informação. Por outro lado, se necessita maiores esclarecimentos sobre o caso ou o aprofundamento da investigação criminal produzida, não pode ele substituir a autoridade competente para efetivar a investigação (a polícia judiciária). O que lhe cabe, em tal circunstância, é também, nos termos do mesmo dispositivo constitucional, 'requisitar diligências investigatórias" à autoridade competente, o presidente do inquérito policial.

Claro está que, se esse chamado "procedimento administrativo criminal" (o nome é uma contradição em termos, pois, se é administrativo não é criminal, se é criminal não é administrativo), se esse procedimento se limitasse ao "aperfeiçoamento, celeridade, finalidade e indisponibilidade da ação penal" (Ato 314/2003, art. 2º, §1º, II), ou à "prevenção e correção de irregularidade, ilegalidade ou abuso de poder relacionado com a atividade de investigação" (art. 2º, §1º, III) ou à "fiscalização da execução de pena e medida de segurança" (art. 2º, §1º, V), nada haveria a objetar, porque são atribuições que estão dentro das funções do Ministério Público. O que se reputa transgressor da

Constituição é a pretendida investigação criminal direta, naquele Ato 314/2003 encarapuçada sob o manto do “aperfeiçoamento da investigação, visando à preservação ou obtenção da prova, inclusive técnica, bem como a validade da prova produzida, para fins de persecução penal” (art. 2º, §1º, IV), mas que está definido na letra “b” do art. 26 do Ato 98/96 que confere aos membros do Ministério Público (de São Paulo) o poder de estabelecer procedimentos administrativos para promover diretamente investigações criminais [ou seja, “promover diretamente investigações, por meio de procedimento administrativo próprio ... b) - quando as peculiaridades do caso concreto exijam em prol da eficácia da persecução penal”]. E isso é o que tem ocorrido na prática: órgãos do Ministério Público instauram um procedimento administrativo com o fim precípuo, não de apurar ilícitos administrativos, mas de apurar ilícito criminal, convocando supostos infratores, testemunhas etc., etc. Não se trata daquele argumento, que, às vezes, se ouve de que lhe é lícito concluir as investigações para apurar infrações penais e, sendo o caso, intentar a ação penal competente, quando ele instaura um inquérito civil ou um procedimento administrativo, e, no seu desenvolvimento, encontra indício de tais infrações. Na verdade, na prática, serve-se o Ministério Público, ou do inquérito civil ou de procedimento administrativo, diretamente, como meio de proceder a investigações na esfera criminal. Como se disse antes, isso constitui um desvio de finalidade, uma fraude à Constituição que não lhe confere tal poder.

22. Há, de fato, quem sustente que, quando o Ministério Público instaura o inquérito civil como instrução prévia da ação civil pública e, no seu curso do procedimento, descobre infrações penais, estará ele autorizado a prosseguir nas investigações criminais para apurar as infrações penais possíveis. “Autorizado” por que norma constitucional? O inquérito civil é “uma investigação administrativa prévia, presidida pelo Ministério Público, que se destina basicamente a colher elementos de convicção para que o próprio órgão ministerial possa identificar se ocorre circunstância que enseje eventual propositura de ação civil pública”. Esse conceito é de um ilustre jurista membro do Ministério Público, Hugo Nigro Mazzilli. Em essência, é essa também a concepção do Min. Celso de Mello, emitida quando assessor do Gabinete Civil da Presidência da República. Disse ele: “O inquérito civil, em suma, configura um procedimento preparatório, destinado a viabilizar o exercício responsável da ação civil pública”.<sup>2</sup> Se é assim, e é, não há como distorcer esse importante instrumento, para transformá-lo num inquérito policial.

A ação civil pública se destina a apurar responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e a outros interesses difusos e coletivos, e também à proteção do patrimônio público e social (Lei 7.347/1985, art., 10, e CF, art. 129, III). Tem como objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (Lei 7.347/1985, art. 3º). Para tanto é que a lei e também a Constituição prevê o inquérito civil que não pode ser convertido (ou distorcido), nem direta nem indiretamente, em procedimento de apuração de infração penal. Se, no curso do inquérito civil ou de procedimento administrativo, se deparar com possível infração penal, seu presidente tem que remeter as peças pertinentes à polícia judiciária, nos termos do art. 129, VIII, para a instauração do competente inquérito policial, pois, repita-se, membro do Ministério Público não tem legitimidade constitucional para presidir a inquérito com o objetivo direto ou indireto de apuração de infração penal, pois a apuração de infração penal, exceto as militares, é função da polícia judiciária, sob a presidência de delegado de polícia (CF, art. 144, §4º).

VI. Resposta à consulta

23. Enfim, à vista do exposto, posso responder sinteticamente à consulta, nos seguintes termos:

Não. Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público não pode realizar nem presidir investigação criminal. É o meu parecer. José Afonso da Silva

NOTAS DE FIM

1. Cf. Renaud vau Ruyrnbeke, *Le juge d’instruction*, 3ª. ed., Paris, Presses Universitaires de France, 1996, p. 7.

2. Cf. Bismael B. Moraes, *Direito e Policia*, urna introdução à polícia judiciária, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1986, p. 75.

3. Cf. a doutrina de Marshall e de outros constitucionalistas em Ruy Barbosa e deste mesmo, Comentários à Constituição Federal Brasileira, Vol. 1, São Paulo, Saraiva, 1932, pp. 190 e ss.
4. Cf. Princípios fundamentais do processo penal, São Paulo, RT, 1973, p. 61. Outras partes do livro são bastante instrutiva a respeito da investigação na esfera penal, do inquérito policial e de sua função.
5. Cf. José Afonso da Silva, parecei citado, o, 21.
6. Cf. José Afonso da Silva, Parecer: Controle externo da atividade policial como uma das funções institucionais do Ministério Público – Entendimento do art., 129, VII, da Constituição Federal – Conteúdo da lei complementar e seus limites constitucionais – Competências exclusivas das polícias, em Revista ADPESP, ano 17 – n. 22 – dezembro 1998, pp. 19 e ss.
7. Cf. Código de Processo Penal Militar, arts. 7º, 8º e 9º.
8. Ob. cit. ,p. 17.
9. Cf. O inquérito civil, p. 54, apud Luiz Guilherme da Costa Wagner Júnior, A ação civil pública como instrumento de defesa da ordem urbanística, Belo Horizonte, Del Rey, 2003, p. 151.
10. Cf. em Hely Lopes Meirelles, Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção, “Habeas-data”, São Paulo, RT, 1989, nota 2 à p. 122. Também em Luiz Guilherme da Costa Wagner Júnior ob. cit., p, 159 A. JOSÉ AFONSO DA SILVA