

“(...) a Constituição atribuiu à polícia a função de investigar as infrações penais, mas, na linha da tendência universal, previu o seu controle pelo Ministério Público e, por outro lado, restringiu, em parte, seus poderes de polícia em prol de maior garantia às pessoas submetidas a inquérito.

(...)

Não se trata, contudo, de atividade que substituiria integralmente a atividade de polícia judiciária, exercida pela autoridade policial, prescindindo-se do inquérito policial. Pela própria Constituição Federal, sem exclusividade, incumbiu-se aos delegados de carreira exercer a função de polícia judiciária (art. 144, § 4º). Não foi a norma excepcionada por outro preceito constitucional. O que permitiu o art. 129, VII, é o acompanhamento do inquérito policial pelo promotor.

O avanço do Ministério Público em direção à investigação representa caminho que está em consonância com a tendência mundial de atribuir ao Ministério Público, como sucede em Portugal e Itália, a atividade de supervisão da investigação policial. Entre nós, contudo, depende-se ainda de previsões específicas no ordenamento jurídico positivo, evitando-se a incerteza a respeito dos poderes do promotor durante a investigação.”¹⁵ (grifou-se).

O mesmo raciocínio é encampado por Luís Roberto Barroso:

“À luz da teoria democrática, e considerando jamais ter havido deliberação constituinte ou legislativa em favor do desempenho de competência investigatória criminal pelo Ministério Público, não se afigura legítimo inovar nessa matéria por via de uma interpretação extensiva. É que, dessa forma, estar-se-ia subtraindo da discussão política em curso e, conseqüentemente, do processo majoritário, a decisão acerca do tema.”¹⁶

Ademais, com apoio nas referências de Cezar Roberto Bitencourt, é imperioso ressaltar que a conclusão acerca da inexistência de poderes de investigação criminal por parte do Ministério Público foi extraída por diversos organismos de ampla respeitabilidade no mundo jurídico. Veja-se:

¹⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 2ª edição. São Paulo: RT, 2000, p. 243.

¹⁶ *In* “Investigação pelo Ministério Público. Argumentos contrários e a favor. A síntese possível e necessária.” Parecer solicitado pelo Ministro Nilmário Miranda, Secretário Especial dos Direitos Humanos e Presidente do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana (CDDPH), apresentado e aprovado durante a 151ª Reunião Ordinária do referido Conselho, realizada em 18.02.2004.

“O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em sua constituição plenária, na sessão realizada em agosto do ano de 2004, manifestou-se, à unanimidade, pela inconstitucionalidade da atribuição de poderes investigatórios ao Ministério Público. Reforçando o reconhecimento dessa inconstitucionalidade, no inquérito 1.968-DF, que tramita no Supremo Tribunal Federal, subscreveram memoriais as seguintes entidades: Associação Internacional de Direito Penal (AIDP), Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCrim), Instituto Carioca de Criminologia (ICC), Instituto de Criminologia e Polícia Criminal (ICPC), Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD), Instituto Manoel Pedro Pimentel (IMPP) e Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais (ITEC).”¹⁷

Acresça-se, nessa perspectiva, que a atividade de investigação criminal, materializada – na maioria das vezes – pelo inquérito policial, é sigilosa, conforme preconiza o artigo 20 do Código de Processo Penal, segundo o qual *“a autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.”*

Desse modo, a partir do momento em que o Ministério Público se utiliza de sua estrutura e de suas garantias institucionais a fim de realizar – de modo direto – investigações criminais, **atua em sigilo e isento de fiscalização em sua estrutura administrativa**. A Carta Maior organizou a atividade de persecução criminal dotando a polícia de atribuição para a colheita prévia de elementos probatórios, sempre sob os olhares atentos do Ministério Público, para que este órgão possa avaliar – na qualidade de defensor da ordem jurídica – se é caso ou não de deflagrar a ação penal cabível. Os mecanismos de controle da atividade de investigação criminal previstos pela Constituição serão, pois, simplesmente descartados se o *Parquet* realizar, diretamente, esse mister.

¹⁷ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **A inconstitucionalidade dos Poderes Investigatórios do Ministério Público**. Artigo publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais, Mai-Jun de 2007. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 239.

Assim, diante do sigilo ínsito e necessário às investigações, bem como da ausência de controle sobre elas, é correto afirmar que, caso conduzidas pelos órgãos ministeriais, não haverá mecanismos extrajurisdicionais aptos a aferir, por exemplo, se os prazos legais estão sendo cumpridos, nos termos do artigo 10 do Código de Processo Penal¹⁸.

Note-se, outrossim, que o acerto do perfil constitucional acerca da investigação criminal – de natureza acusatória –, que destina à polícia judiciária a condução de tal tarefa, também possui relação estreita com a manutenção da imparcialidade do titular da ação penal, no caso, o órgão ministerial público. Acerca do tema, cumpre consignar, uma vez mais, o entendimento de Maurício Zanóide de Moraes:

“(…) Não pode o Ministério Público proceder a diligências preliminares e diretamente conduzidas e executadas por ele para, ao final de seu trabalho, julgar se este seu próprio trabalho (investigativo), sua própria atividade foi boa ou ruim, ou seja, se os seus atos de investigação produziram ou não elementos de convicção suficientes e legitimadores de uma acusação com justa causa. Parece um tanto difícil ao ser humano reconhecer que um trabalho por ele mesmo empreendido não seja bom o suficiente para ele próprio iniciar uma ação penal.

Neste ponto é que reside a crítica de que o Ministério Público que investiga diretamente perde a imparcialidade que deveria possuir. A Súmula nº 234 do Superior Tribunal de Justiça é bem clara em separar as situações, pois assegura que ‘a participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia’, mas não trata da condução e realização direta da investigação pelo próprio Ministério Público. ‘Participar’, requisitando diligências e controlando as atividades policiais, as quais são atribuições constitucionais (art. 129, incisos VII e VIII, CF), é bem diferente de

¹⁸ “Art. 10. O inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela.”

‘realizar’ as investigações diretamente, como pretendem alguns integrantes do Ministério Público.”¹⁹ (grifou-se).

No mesmo sentido, José Carlos Fragoso assevera o seguinte:

“Não é possível, (...) permitir que o Ministério Público possa acumular as funções de investigador (que a ninguém presta contas), e de instituição encarregada de promover a persecução criminal. Trata-se de um acúmulo perigoso de atribuições, que, sobre ser ilegal e inconstitucional, é absolutamente inconveniente, pois dá lugar, pelo excesso de poder, a abusos intoleráveis.”²⁰ (grifou-se).

Assim sendo, deve-se ter por indevido qualquer procedimento investigatório criminal realizado diretamente por órgão ministerial público, uma vez que tal atividade, caso desempenhada, ocorreria em sigilo e **sem qualquer controle de outros órgãos públicos**, em detrimento da garantia do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV, da Constituição²¹).

Diante de tais argumentos, constata-se a inconstitucionalidade do artigo 4º, § 1º, da resolução impugnada, que permite aos órgãos da instituição ministerial a instauração de procedimento investigatório referente a ilícito penal ocorrido no exercício da atividade policial.

Ademais, conclui-se pela necessidade de conferir interpretação conforme a Constituição, no sentido de que não cabe ao Ministério Público realizar diretamente a investigação criminal, às seguintes disposições da resolução impugnada: (i) a expressão *“bem como apurar as responsabilidades decorrentes do descumprimento injustificado das requisições pertinentes”*,

¹⁹ MORAES, Maurício Zanóide. **Op. cit.**, p. 68.

²⁰ FRAGOSO, José Carlos. **São ilegais os procedimentos investigatórios realizados pelo Ministério Público Federal.** Artigo publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, vol. 10, n. 37, p. 241-251, jan-mar 2002.

²¹ “Art. 5º (...) LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;”

constante do artigo 4º, § 2º, da resolução referida; e (ii) o artigo 5º, inciso IV, do diploma atacado, que dispensa a instauração de inquérito policial caso os elementos colhidos pelo Ministério Público sejam suficientes ao ajuizamento da ação penal.

III.II – Da delimitação do controle externo exercido pelo Ministério Público sobre a atividade policial

Quanto à alegação de que o diploma hostilizado violaria a autonomia policial por permitir ao Ministério Público o desempenho de “*controle concentrado*” sobre os órgãos referidos pelo artigo 144 da Carta Maior, cumpre ressaltar, inicialmente, que a noção de controle da atividade administrativa é composta, de acordo com José dos Santos Carvalho Filho²², pelo “*conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos por meio dos quais se exerce o poder de fiscalização e de revisão da atividade administrativa em qualquer das esferas de Poder*”.

Segundo Hugo Nigro Mazzilli²³, esse controle externo “*é um sistema de vigilância e verificação administrativa, teleologicamente dirigido à melhor coleta de elementos de convicção que se destinam a formar a ‘opinio delictis’ do Promotor de Justiça, fim último do próprio inquérito policial*”.

Com efeito, o controle externo da atividade policial exercido pelo Ministério Público deve ter como objeto a atividade-fim desenvolvida pelos

²² FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 12ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 855.

²³ MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime Jurídico do Ministério Público**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 64.

órgãos policiais, não cabendo àquela instituição, porém, intervir na organização interna da polícia²⁴.

Como salienta Walter Paulo Sabella²⁵, o controle externo, “*por seus pressupostos finalísticos, não significa poderes gerais de tutela, muito menos substituição da atividade policial e de seus agentes no exercício de suas atribuições precípua. Não tem conteúdo de ascendência hierárquica, disciplinar ou punitiva sobre os agentes policiais*”.

Nessa mesma linha é a interpretação conferida por Hugo Nigro Mazzilli ao regime de controle externo adotado pela Constituição. Veja-se:

“Por certo não é intuito do legislador criar verdadeira hierarquia ou disciplina administrativa, subordinando a autoridade policial aos agentes do Ministério Público. (...) Tal controle externo não importa poder disciplinar algum do Ministério Público sobre a polícia. Na área funcional, se o promotor de justiça verificar a ocorrência de quaisquer faltas disciplinares, tendo esse órgão ministerial atribuições de controle externo – forma irrecusável de correição sobre a polícia judiciária –, há de dirigir-se aos superiores hierárquicos do funcionário público faltoso.”²⁶ (grifou-se).

Além disso, o artigo 129, inciso VII, da Carta da República dispõe que cabe ao Ministério Público desempenhar controle externo sobre a **atividade policial**. Em outros termos, a Constituição permite que o órgão ministerial fiscalize as corporações policiais quanto ao cumprimento de suas atribuições

²⁴ MAGALHÃES, Roberto Barcellos. **Comentários à Constituição Federal de 1998**. Vol. 2. Ed. Liber Juris. Rio de Janeiro. 1993, p. 25.

²⁵ SABELLA, Walter Paulo. *Apud* SÍRIO, Antônio Iran Coelho. **O Ministério Público e o controle externo da atividade policial: aspectos da lei complementar estadual nº 09/98**. Procuradoria Geral de Justiça do Ceará. Artigos, 2005. Disponível em: <<http://www.mp.ce.gov.br/artigos/artigo40.htm>>.

²⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. **Op. cit.**, p. 235.

constitucionais e legais, mas não lhe possibilita exercer disciplina administrativa **sobre o policial**²⁷.

Desse modo, como ressalta Márcio Luis Chila Freyesleben²⁸, nem todas as atividades policiais estão submetidas ao controle externo, a exemplo das chamadas *atividades-meio* da polícia, que se referem ao controle interno realizado pela própria Administração Pública, de modo que não se relacionam com a condição de titular da ação penal pública ostentada pelo Ministério Público.

Nesse sentido, confira-se o entendimento de Hugo Nigro Mazzili acerca de quais atividades policiais devem se sujeitar ao controle externo:

*“É multifária a atividade policial, mas, a nosso ver, o controle que o Ministério Público deve exercer sobre ela diz respeito essencialmente às áreas em que a atividade policial se relaciona com as funções institucionais do Ministério Público: trata-se da investigação de crimes, dentro e fora dos inquéritos policiais, ou seja, a tarefa de polícia judiciária e de apuração de infrações penais.”*²⁹

Sendo assim, a resolução impugnada não pode ser compreendida no sentido de permitir ao Ministério Público o exercício de atribuições disciplinares próprias às corregedorias dos órgãos policiais, entendimento, esse, que deve orientar a interpretação dos dispositivos da resolução impugnada, especialmente daqueles que disciplinam as seguintes atribuições e prerrogativas do órgão ministerial: (i) comunicar à corregedoria ou autoridade policial superior, no caso

²⁷ FREITAS, Theodósio Ferreira de. O Ministério Público e o controle externo das atividades policiais: uma abordagem jurídica. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 827, 8 out. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7392>>.

²⁸ FREYESLEBEN, Márcio Luis Chila. **O Ministério Público e a polícia judiciária: controle externo da atividade policial**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 181.

²⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. **O acesso à justiça e o Ministério Público**. 2ed. rev. amp. Porto Alegre: Escola Superior do Ministério Público, 1993, p. 49.

de constatação de irregularidades relativas à atividade de investigação penal que importem em falta funcional ou disciplinar (artigo 4º, inciso VI); (ii) solicitar a prestação de auxílio pelas corregedorias dos órgãos policiais, para fins de cumprimento do controle externo (artigo 4º, inciso VII); (iii) apurar as responsabilidades decorrentes do descumprimento injustificado de requisições (artigo 4º, § 2º); (iv) ter acesso aos relatórios e soluções de sindicâncias findas (artigo 5º, inciso II, alínea “l”); e (v) requisitar informações, a serem prestadas pela autoridade, acerca de inquérito policial não concluído no prazo legal (artigo 5º, inciso V).

Diante disso, a Resolução nº 20/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público, que dispõe sobre o exercício do controle externo da atividade policial, deve ser interpretada em conformidade com a Constituição da República – especialmente em relação ao seu artigo 4º, incisos VI e VII e § 2º, parte final; e ao seu artigo 5º, inciso II, alínea “l”, e incisos IV e V –, no sentido de que não permite ao Ministério Público realizar diretamente investigações criminais, bem como não lhe confere o exercício de controle externo sobre as atividades-meio das corporações policiais.

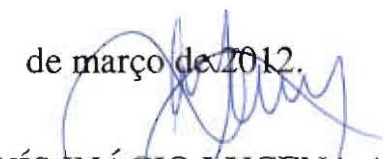
Cumprido destacar, por derradeiro, que o posicionamento externado na presente manifestação encontra-se em consonância com o entendimento consolidado dessa Suprema Corte – e reafirmado no julgamento da questão de ordem na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3916/DF, Relator Ministro Eros Grau, DJ de 19.10.2009 – no que diz respeito à autonomia do Advogado-Geral da União contrapor-se à constitucionalidade das normas submetidas ao seu exame, na jurisdição concentrada de constitucionalidade, notadamente quando houver precedente no mesmo sentido.


IV – DA CONCLUSÃO

Ante o exposto, manifesta-se o Advogado-Geral da União, preliminarmente, pelo não conhecimento da ação direta e, no mérito, pela procedência parcial do pedido veiculado pelo requerente, para que seja declarada a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 4º da Resolução nº 20, de 28 de maio de 2007, do Conselho Nacional do Ministério Público; bem como para que seja conferida interpretação conforme a Constituição à resolução impugnada – especialmente em relação ao seu artigo 4º, incisos VI e VII e § 2º, parte final, e ao seu artigo 5º, inciso II, alínea “l”, e incisos IV e V – no sentido de que referido ato não permite ao Ministério Público realizar diretamente investigações criminais, bem como não lhe confere o exercício de controle externo sobre as atividades-meio das corporações policiais.

São essas, Excelentíssimo Senhor Relator, as considerações que se tem a fazer em face do artigo 103, § 3º, da Constituição Federal, cuja juntada aos autos ora se requer, e tendo em vista a orientação fixada na interpretação do referido dispositivo nas ADI(s) nº 1.616/PE e 2.101/MS, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 24.08.2001 e 15.10.2001, respectivamente, e na ADI/QO nº 3.916/DF, Relator Ministro Eros Grau, DJ de 19.10.2009.

Brasília, de março de 2012.


LUÍS INÁCIO LUCENA ADAMS
Advogado-Geral da União


GRACE MARIA FERNANDES MENDONÇA
Secretária-Geral de Contencioso


CAMILLA JAPIASSU DÓRES
Advogada da União


Ministério Público de São Paulo
Secretaria-Geral de Contencioso