



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

Nº 87.707/2016-AsJConst/SAJ/PGR

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

[Ação direta de inconstitucionalidade. Emenda 95/2013 à Constituição do Espírito Santo. Polícia Civil como atribuição “essencial à função jurisdicional e à defesa da ordem jurídica”. Delegados de polícia como carreira jurídica, com “independência funcional” e “livre convicção”.]

O **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**, com fundamento nos arts. 102, I, *a e p*, 103, VI, e 129, IV, da Constituição da República, no art. 46, parágrafo único, I, da Lei Complementar 75, de 20 de maio de 1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), e na Lei 9.868, 10 de novembro de 1999, propõe

ação direta de inconstitucionalidade,

com pedido de medida cautelar, contra a Emenda 95, de 26 de setembro de 2013, à Constituição do Estado do Espírito Santo, que acrescentou os §§ 3º a 6º ao artigo 128 daquela Constituição estadual.

Esta petição se faz acompanhar de representação formulada pelo Ministério Público do Estado do Espírito Santo, autuada na Procuradoria-Geral da República como processo administrativo 1.00.000.016578/2013-55, e de cópia da norma questionada (na forma do art. 3º, parágrafo único, da Lei 9.868/1999).

1. OBJETO DA AÇÃO

É o seguinte o teor das normas impugnadas nesta ação:

Art. 1º. O artigo 128 da Constituição do Estado do Espírito Santo fica acrescido dos §§ 3º, 4º, 5º e 6º, com as seguintes redações:

“Art. 128. [...]

[...]

§ 3º. No desempenho da atividade de polícia judiciária, instrumental à propositura das ações penais, a Polícia Civil exerce atribuição essencial à função jurisdicional do Estado e à defesa da ordem jurídica.

§ 4º. Os Delegados de Polícia integram as carreiras jurídicas do Estado, dispensando-lhes o mesmo tratamento legal e protocolar, motivo pelo qual se exige para o ingresso na carreira o bacharelado em Direito e assegura-se a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases do concurso público.

§ 5º. O cargo de Delegado de Polícia tem o subsídio previsto em lei própria.

§ 6º. O Delegado de Polícia é legítima autoridade policial, a quem é assegurada independência funcional pela livre convicção nos atos de polícia judiciária.”
(NR)

Art. 2º. Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

A emenda constitucional capixaba é incompatível com os princípios constitucionais da finalidade e da eficiência (Constituição, art. 37, *caput*), com a definição de polícia inscrita no art. 144,

§ 6º, e com as funções constitucionais do Ministério Público (art. 129, I, VII e VIII).

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. ASPECTOS INICIAIS

A Emenda Constitucional 95, de 26 de setembro de 2013, à Constituição do Estado do Espírito Santo, ao interferir na estrutura da Polícia Civil delineada pela Constituição da República, incorre em inconstitucionalidade material. O conjunto normativo formado pelos §§ 3º a 6º do art. 128 da Constituição capixaba desnatura a função policial, ao equiparar indevidamente a carreira de delegado de polícia às carreiras jurídicas, como a magistratura judicial e a do Ministério Público, com o intuito de aumentar a autonomia da atividade policial e, muito provavelmente, para atender a interesses corporativos dessa categoria de servidores públicos.

Não atende a emenda, contudo, à Constituição, ao interesse público nem à natureza e à teleologia da atividade de polícia criminal de investigação. Cria verdadeira disfunção do ponto de vista administrativo, ao conferir ao cargo – respeitável, sem dúvida – de delegado de polícia atributos que lhe são estranhos e que se contrapõem à conformação constitucional e da legislação processual penal da polícia criminal.

Previsão desse teor não foi considerada pela Constituição do Brasil, a qual, no art. 144, § 6º, subordina a Polícia Civil ao governo estadual e, no art. 129, VII, atribui ao Ministério Público função de exercer controle externo desse órgão. Isso ocorre, entre outras razões que se exporão, porque a polícia detém um quase-monopólio do uso legítimo da força, de forma que deve ser

submetida a amplo e permanente controle, tanto externo quanto interno.

Prerrogativa de independência funcional de delegado de polícia, além de esdrúxula para a função, é incompatível com o poder requisitório do Ministério Público, expressamente conferido pela Constituição, no art. 129, I e VIII. Ademais, a mudança do art. 241 pela Emenda Constitucional 19, de 4 de junho de 2008, evidencia que o poder constituinte reformador federal tencionou extirpar qualquer possibilidade de equiparação da carreira de delegado de polícia a carreiras jurídicas, de maneira que a previsão da Constituição Estadual está em confronto direto com a vontade do poder constituinte.

2.2. VIOLAÇÃO AO ART. 144 DA CONSTITUIÇÃO

A Constituição da República de 1988, ao contrário das anteriores, que faziam referências pontuais a temas correlatos à segurança pública, trouxe capítulo específico a esse respeito:¹

CAPÍTULO III DA SEGURANÇA PÚBLICA

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

- I – polícia federal;
- II – polícia rodoviária federal;
- III – polícia ferroviária federal;
- IV – polícias civis;
- V – polícias militares e corpos de bombeiros militares.

¹ Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Comentário ao art. 144. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1.584.

§ 1º. A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I – apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

II – prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

III – exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

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

§ 2º. A polícia rodoviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 3º. A polícia ferroviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 4º. Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

§ 5º. Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

§ 6º. As polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

§ 7º. A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.

§ 8º. Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei.

§ 9º. A remuneração dos servidores policiais integrantes dos órgãos relacionados neste artigo será fixada na forma do § 4º do art. 39. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 10. A segurança viária, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do seu patrimônio nas vias públicas: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 82, de 2014)

I – compreende a educação, engenharia e fiscalização de trânsito, além de outras atividades previstas em lei, que assegurem ao cidadão o direito à mobilidade urbana eficiente; e (Incluído pela Emenda Constitucional nº 82, de 2014)

II – compete, no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, aos respectivos órgãos ou entidades executivos e seus agentes de trânsito, estruturados em Carreira, na forma da lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 82, de 2014)

Da interpretação dessas normas, constata-se que a Constituição do Brasil, ao tratar da polícia civil, não atribuiu à carreira de delegado de polícia o perfil nem a autonomia pretendidos pela Constituição do Estado do Espírito Santo. Esta, no art. 128, §§ 3º a 6º, indevidamente definiu como essencial à função jurisdicional do Estado e à defesa da ordem jurídica a atuação da Polícia Civil, categorizou como carreira jurídica a de delegado de polícia, determinou elaboração de lei específica para fixar subsídio de delegado de polícia e atribuiu-lhe independência funcional nos atos de “polícia judiciária”.

A falta de previsão constitucional sobre a (inexistente) natureza jurídica da função policial constitui típica e evidente hipótese de silêncio eloquente, ou seja, certas omissões do legislador não

importam em lacuna, mas significam decisão do legislador de não estender certa disciplina jurídica a determinadas situações, por ser descabido fazê-lo, de forma que não é cabível aplicação de analogia.²

Quando o poder constituinte o quis, previu expressamente prerrogativas e garantias para carreiras, e o fez em abundância, por sinal, e definiu, como funções essenciais à justiça, as atividades adequadas a tanto. Não há espaço para inovação nessa matéria pelo poder constituinte decorrente, que deve respeitar o tratamento constitucional, em razão do princípio da simetria e da própria natureza das coisas.

O Supremo Tribunal Federal, no mesmo sentido das razões acima, pelo fato de reconhecer que ao cargo de delegado de polícia, conquanto relevante, não se deve dar tratamento próprio de outras funções, afirmou inconstitucionalidade de dispositivos da Lei Complementar 20, de 14 de outubro de 1992, do Estado do Mato Grosso, que conferiam autonomia administrativa, funcional e financeira à Polícia Civil. O julgamento foi ementado assim:

Lei Complementar 20/1992. Organização e estruturação da polícia judiciária civil estadual. Autonomia funcional e financeira. Orçamento anual. Ofensa à Constituição Federal. Competência do Poder Executivo. Análise de legislação infraconstitucional. Impossibilidade no Controle Abstrato. Prerrogativa de foro. Extensão aos delegados. Inadmissibilidade. Direito Processual. Competência privativa da União. Servidor público. Aposentadoria. Afronta ao modelo federal.

1. Ordenamento constitucional. Organização administrativa. As polícias civis integram a estrutura institucional do Poder Executivo, encontrando-se em posição de dependência ad-

² Destaca-se trecho do voto do Ministro MOREIRA ALVES, no julgamento do RE 130.552/SP (Primeira Turma, 4/6/1991, unânime, *Diário da Justiça*, 28 jun. 1991): “Sucede, porém, que só se aplica a analogia quando, na lei, haja lacuna, e não o que os alemães denominam que traduz que a hipótese contemplada é a única a que se aplica o preceito legal, não se admitindo, portanto, aí o emprego da analogia.”

ministrativa, funcional e financeira em relação ao Governador do Estado (artigo, 144, § 6º, CF).

2. Orçamento anual. Competência privativa. Por força de vinculação administrativo-constitucional, a competência para propor orçamento anual é privativa do Chefe do Poder Executivo.

3. Ação direta de inconstitucionalidade. Norma infraconstitucional. Não cabimento. Em sede de controle abstrato de constitucionalidade é vedado o exame do conteúdo das normas jurídicas infraconstitucionais.

4. Prerrogativa de foro. Delegados de Polícia. Esta Corte consagrou tese no sentido da impossibilidade de estender-se a prerrogativa de foro, ainda que por previsão da Carta Estadual, em face da ausência de previsão simétrica no modelo federal.

5. Direito Processual. Competência privativa. Matéria de direito processual sobre a qual somente a União pode legislar (artigo 22, I, CF).

6. Aposentadoria. Servidor Público. Previsão constitucional. Ausência. A norma institui exceções às regras de aposentadoria dos servidores públicos em geral, não previstas na Lei Fundamental (artigo 40, § 1º, I, II, III, *a e b*, CF). Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, em parte.³

O relator, Ministro MAURÍCIO CORRÊA, destacou que lei estadual apenas poderia conferir autonomia funcional, administrativa e financeira à polícia civil caso a Constituição da República houvesse contemplado essa instituição com tais prerrogativas, como o fez com o Judiciário e o Ministério Público:

Nosso ordenamento Constitucional apresenta a organização administrativa do Estado de tal sorte que os servidores públicos se situam em posição hierarquicamente subordinada ao mandatário do Poder respectivo. Ora, os organismos policiais civis integram a estrutura institucional do Poder Executivo, encontrando-se em posição de dependência administrativa, funcional e financeira em relação ao Gover-

³ STF. Plenário. ADI 882/MT. Relator: Min. Maurício Corrêa. 19/2/2004, un. DJ, 23 abr. 2004.

nador do Estado, conforme determina o artigo 144, § 6º, da Constituição Federal.

Ademais, é notar-se que a vinculação hierárquico-administrativa dos órgãos que compõem a Administração é tão forte que até mesmo ao tratar do Poder Judiciário, o Constituinte quis assegurar-lhe expressamente a “autonomia administrativa e financeira” (CF, artigo 99). Ao Ministério Público conferiu, também “autonomia funcional e administrativa”, dispondo que lhe compete, ainda elaborar “sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias” (CF, artigo 127, §§ 2º e 3º). Também às universidades ficou expresso na Constituição que lhes assiste “autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial” (CF, artigo 207).

No entanto, ao cuidar da Segurança Pública, a Constituição não garante autonomia de espécie alguma às polícias militares, aos corpos de bombeiros militares e às polícias civis. Antes, deixa claro que essas corporações “subordinam-se aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios” (CF, artigo 144, § 6º). Daí decorre, logicamente, que a prerrogativa pretendida pela Lei Complementar Estadual 20/92 só seria possível se assim a contemplasse a Carta Federal, a exemplo daquelas outras instituições acima referidas.

Tanto é assim que há proposta de emenda à Constituição da República a tramitar no Congresso Nacional para promover alterações no art. 144, com o objetivo de definir como de natureza jurídica a carreira de delegado de polícia, atribuindo-lhe independência funcional e garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio (a PEC 293/2008).⁴ Ainda que a proposição fosse aprovada, aliás, seria de constitucionalidade discutível, por atentar contra aspectos nucleares da divisão funcional

⁴ Vide < <http://zip.net/bntcfW> > ou < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=409032> >; texto disponível em < <http://zip.net/bktb5X> > ou < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=09E6E649811186C86A3B5C06CD00306E.proposicoesWeb2?codteor=596424&filename=PEC+293/2008 >. Acesso em 26 abr. 2016.

do poder e contra a própria destinação constitucional da atividade de polícia de investigação criminal, que não é ontologicamente jurídica.

Por isso, o art. 128, §§ 3º a 6º, da Constituição do Estado do Espírito Santo, na nova redação, ao dispor sobre a carreira de delegado de polícia e ao conferir-lhe autonomia, afrontou o art. 144 da Constituição da República.

2.3. VIOLAÇÃO À FINALIDADE DA POLÍCIA, À EFICIÊNCIA E AO PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA PERSECUÇÃO PENAL

A Emenda Constitucional 95/2013 gera consequências nefastas à persecução penal, à atuação do Ministério Público e à definição constitucional da função policial, ao definir como “essencial à função jurisdicional do Estado” e à “defesa da ordem jurídica” a atuação da Polícia Civil, ao categorizar como “carreira jurídica” a de delegado de polícia, ao determinar elaboração de lei específica para fixação do subsídio de delegado de polícia e ao atribuir-lhe independência funcional nos atos de polícia criminal, isto é, os de investigação para apurar infrações penais, de modo a servir de base à pretensão punitiva do Estado, formulada pelo Ministério Público.

Deve a emenda constitucional ser interpretada levando em conta a natureza da função policial, sua finalidade no processo penal e a função constitucional do Ministério Público no sistema processual penal brasileiro, à luz do art. 144, acima transcrito, e dos incisos I e VIII do art. 129 da Constituição da República:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

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

[...]

VIII – requisitar, diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;
[...].

Na exegese desses dispositivos, de inspiração garantista, algumas advertências iniciais são necessárias.⁵ Primeiro, a feita por LUIGI FERRAJOLI, em seu *Direito e razão*, obra usualmente tida como uma das mais relevantes para compreensão do chamado garantismo: em todos os setores dos ordenamentos jurídicos complexos, existe tensão derivada das antinomias entre princípios de nível normativo superior e normas e práticas de nível inferior. Princípios são marcados por certo déficit de efetividade, enquanto normas, por correspondente grau de invalidez ou ilegitimidade.⁶ Mesmo em face do sistema constitucional de atribuição ao Ministério Público de plena titularidade da persecução penal no Brasil, remanescem normas inferiores, notadamente no Código de Processo Penal, práticas e, sobretudo, cultura jurídica que atribuem à polícia criminal funções em muito desbordantes de sua missão precípua, que é a de investigar infrações penais, na fase pré-processual, destinada, em regra, unicamente a subsidiar a atuação do Ministério Público.

Em segundo lugar, de modo intimamente ligado à primeira advertência, vale lembrar o postulado que J. J. GOMES CANOTILHO invoca, de que normas infraconstitucionais devem ser interpretadas à luz da Constituição, não o inverso (interpretação da consti-

⁵ Diversas considerações deste parecer utilizaram subsídios de SARAIVA, Wellington Cabral. Legitimidade exclusiva do Ministério Público para o processo cautelar penal. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 157-177.

⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Tradução Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 1995, p. 27 (Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho).

tuição conforme as leis – *gesetzkonforme Verfassungsinterpretation*).⁷ O verdadeiro autor da ideia, WALTER LEISNER, fala de “interpretação da Constituição segundo a lei”.⁸ O intérprete e aplicador do direito deve fazer as leis e demais normas infraconstitucionais adaptarem-se ao ordenamento constitucional, não este àquelas, a fim de não conferir à constituição caráter demasiadamente aberto, a ser preenchido a seu talante pelo legislador ordinário, e de não se chegar a interpretações constitucionais inconstitucionais.⁹ Isso é sobretudo verdadeiro para leis anteriores à ordem vigente (direito pré-constitucional), como o CPP. Normas processuais penais de nível legal é que devem ser examinadas quanto à sua compatibilidade com os preceitos constitucionais, notadamente em relação à eficácia do binômio princípio acusatório–titularidade do Ministério Público da persecução penal.¹⁰

Em consequência desses dispositivos constitucionais e do princípio acusatório dele decorrente (ainda que o Brasil não tenha adotado, segundo a compreensão majoritária, sistema acusatório puro), compete ao Ministério Público dirigir a investigação criminal, no sentido de definir quais provas considera relevantes para promover a ação penal, com oferecimento de denúncia ou pro-

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1106.

⁸ LEISNER, Walter. “Die Gesetzmäßigkeit der Verfassung”, inicialmente publicado no *Juristenzeitung* de 1964, p. 201-205, agora reproduzido in: _____. *Staat: Schriften zu Staatslehre und Staatsrecht 1957-1991*. Berlin: Duncker & Humblot, 1994, p. 276-289 (p. 281).

⁹ CANOTILHO, *Direito Constitucional e teoria da constituição*, obra citada na nota 7, p. 1.106.

¹⁰ DIAULAS COSTA RIBEIRO, não sem razão, critica a doutrina e a jurisprudência brasileiras que amiúde interpretam a ordem constitucional de 1988 à luz de parâmetros antigos e diz que ela “sofre de uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional no Brasil: a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo” (RIBEIRO, Diaulas Costa. *Ministério Público: dimensão constitucional e repercussão no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 259).

moção de arquivamento. Isso, claro, não exclui o importante trabalho da polícia criminal nem implica atribuir ao MP a chamada “presidência” do inquérito policial, quando esse procedimento for necessário. Vale lembrar que, no plano do direito legislado infraconstitucional, pelo menos desde o Código de Processo Penal de 1941, o inquérito policial nunca foi indispensável para o Ministério Público promover ação penal, segundo prevê seu art. 39, § 5º,¹¹ o que foi igualmente reconhecido pela Suprema Corte no inquérito 1.957.¹²

Todavia, parece indiscutível que a investigação deva ser feita em harmonia com as linhas de pensamento, de elucidação e de estratégia definidas pelo Ministério Público, pois é a este que tocará propor a ação penal, se couber, e acompanhar todas as vicissitudes dela, até final julgamento,¹³ sem embargo de que a investigação deva fazer-se, tanto quanto possível, em harmonia com a polícia criminal, uma vez que ambos os órgãos têm em comum destinarem-se à prevenção e à repressão da criminalidade.

Como diz MARCELLUS POLASTRI LIMA, sendo titular da ação penal pública, o órgão ministerial é o primeiro interessado no bom andamento das investigações.¹⁴ Titularidade da acusação implica atribuição do ônus da imputação (*nullum crimen, nulla culpa sine accusatione*) e do ônus probatório (*carga probandi*) ao Ministério Público, um dos elementos essenciais do sistema acusatório, como

¹¹ “§ 5º. O órgão do Ministério Público dispensará o inquérito, se com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal, e, neste caso, oferecerá a denúncia no prazo de quinze dias.”

¹² STF. Plenário. Inquérito 1.957/PR. Rel.: Min. CARLOS VELLOSO. 11/5/2005, maioria. DJ, 11 maio 2005.

¹³ Nesse sentido, por exemplo, LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 138; STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, *passim*.

¹⁴ LIMA, Marcellus Polastri. *Ministério Público e persecução criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 28.

pondera FERRAJOLI.¹⁵ Por conseguinte, é lógica e teleologicamente inevitável que a direção da investigação caiba a quem tem esse ônus, pois é seu interesse a prova da acusação.

Nessa perspectiva, julgado do Pleno do STF, relatado pelo Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, corretamente assentou que o Ministério Público é o árbitro exclusivo, no curso do inquérito, da base empírica necessária ao oferecimento da denúncia.¹⁶ Por isso lhe cabe direcionar as investigações a serem realizadas no inquérito, já que ele será o órgão ao qual caberá, se for o caso e de acordo com seu exclusivo critério, ofertar a imputação ao juiz. Em outro precedente do STF, o Ministro RAFAEL MAYER notou: “é pacífico o entendimento segundo o qual a atuação do Ministério Público, na fase do inquérito policial, tem justificativa na sua própria missão de titular da ação penal, sem que se configure usurpação da função policial, ou venha a ser impedimento a que ofereça a denúncia”.¹⁷

No julgamento de medida cautelar na ADI 5.104/DF, cujo objeto consiste na Resolução 23.396, de 17 de dezembro de 2013, do Tribunal Superior Eleitoral, o Ministro ROBERTO BARROSO observou que “[a] titularidade da ação penal de iniciativa pública é do Ministério Público, o que pressupõe a prerrogativa de orientar a condução das investigações e formular um juízo próprio acerca da existência de justa causa para o oferecimento de denúncia. A independência da Instituição ficaria significativamente esvaziada caso o desenvolvimento das apurações dependesse de uma anuência judicial”.¹⁸

¹⁵ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, ob. cit. na nota 6, p. 564.

¹⁶ STF. Plenário. Questão de ordem no Inq 1.604/AL. Rel.: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, 13/11/2002, un. *DJ*, seção 1, 13 dez. 2002, p. 60.

¹⁷ STF. Primeira Turma. Recurso em *habeas corpus* 61.110/RJ. Rel.: Min. RAFAEL MAYER, 5/8/1983, un. *DJ*, 26 ago. 1983, p. 12.714.

¹⁸ STF. Plenário. Medida cautelar na ADI 5.104. Rel. Min.: ROBERTO BARROSO. 21/5/2014, maioria. *DJe* 213, 29 out. 2014.

Também pela titularidade da persecução penal e pela missão constitucional de dirigi-la, pode o Ministério Público requisitar diligências preliminares em inquérito policial para, uma vez concluídas, decidir pela denúncia ou pelo prosseguimento da investigação.¹⁹ Veja-se julgado desse Supremo Tribunal, a respeito da função do Ministério Público na investigação criminal:

HABEAS CORPUS. PROCEDIMENTO INVESTIGATIVO DA SUPOSTA PARTICIPAÇÃO DE SARGENTO DE POLÍCIA NA PRÁTICA DE ILÍCITOS. ARQUIVAMENTO, PELO JUÍZO, SEM EXPRESSO REQUERIMENTO MINISTERIAL PÚBLICO. REABERTURA DO FEITO. POSSIBILIDADE. [...]

1. O inquérito policial é procedimento de investigação que se destina a apetrechar o Ministério Público (que é o titular da ação penal) de elementos que lhe permitam exercer de modo eficiente o poder de formalizar denúncia. Sendo que ele, MP, pode até mesmo prescindir da prévia abertura de inquérito policial para a propositura da ação penal, se já dispuser de informações suficientes para esse mister de deflagrar o processo-crime.

2. É por esse motivo que incumbe exclusivamente ao *Parquet* avaliar se os elementos de informação de que dispõe são ou não suficientes para a apresentação da denúncia, entendida esta como ato-condição de uma bem caracterizada ação penal. Pelo que nenhum inquérito é de ser arquivado sem o exposto requerimento ministerial público. [...]

5. Ordem denegada.²⁰

Em todos esses julgamentos, portanto, o órgão de cúpula do Judiciário reafirmou a posição do Ministério Público como parte e protagonista da persecução penal.²¹

¹⁹ STF. Segunda Turma. RHC 58.849/SC. Rel.: Min. MOREIRA ALVES, 12/5/1981, un. DJ, 22 jun. 1981, p. 6.064; *Revista trimestral de jurisprudência*, v. 103, n. 3, p. 979.

²⁰ STF. Primeira Turma. HC 88.589/GO. Rel. Min. CARLOS BRITTO, 28/11/2006, un., DJ 1, 23 mar. 2007, p. 107.

²¹ Muito embora, como se sabe, o Ministério Público atue como parte especial, pois, diferentemente das partes privadas, seu compromisso precípua é com a defesa da ordem jurídica (CR, art. 127, *caput*), de modo que pode –

A esse propósito, diz o voto do Ministro CELSO DE MELLO:

[...] o inquérito policial, que constitui instrumento de investigação penal, qualifica-se como procedimento administrativo destinado a subsidiar a atuação persecutória do Ministério Público, que é – enquanto *dominus litis* – o verdadeiro destinatário das diligências executadas pela Polícia Judiciária.²²

Ou, como disse MARCELLUS POLASTRI LIMA, o inquérito policial é procedimento escrito e inquisitivo, com o fim de apurar a existência da infração penal e sua autoria, e é destinado ao Ministério Público, como titular privativo da ação penal pública, ou, nos casos excepcionais em que cabe ação penal privada, ao ofendido.²³ A parte na relação processual penal encarregada de provocar a persecução é o Ministério Público e nenhuma outra. Relembrem-se precisas ponderações de HÉLIO TORNAGHI:

O Ministério Público é parte como órgão (e não representante) do Estado. O aspecto ritual do processo a tanto leva porque, além de o Ministério Público ser fiscal da aplicação da lei, ele exerce a função de acusar. Essa última é sua atribuição precípua, uma vez que o processo está organizado de forma contraditória. Pode acontecer que durante o processo o Ministério Público se convença da inocência do acusado e peça para ele a absolvição. Mas o contraste inicial, nascido com a denúncia, permanece, uma vez que a lei não dispensa

e costuma fazê-lo quotidianamente – postular contra a acusação, como quando pede a absolvição ou a declaração de extinção da punibilidade, e até recorrer ou impetrar *habeas corpus* em favor do réu. Está ultrapassada a figura do membro do Ministério Público como “acusador sistemático”, na esfera criminal.

²² STF. Primeira Turma. HC 73.271-SP. Rel. Min. CELSO DE MELLO, 19/3/1996, un., DJ 1, 4 out. 1996, p. 37100. Na mesma linha, apontando o Ministério Público como único destinatário da investigação criminal (ao lado, excepcionalmente, do ofendido, nos casos de ação penal privada): CALABRICH, Bruno. *Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. Temas fundamentais de Direito. p. 62.

²³ LIMA, *Ministério Público*, ob. cit. na nota 14, p. 53-54.

o juiz de apurar a verdade acerca da acusação e de condenar se entender que o réu é culpado.

Como fiscal da aplicação da lei, entretanto, o Ministério Público deve agir imparcialmente e reclamar inclusive o que puder ser favorável ao réu...

Não há, pois, conflito entre a imparcialidade que o Ministério Público deve observar e o seu caráter de parte. Imparcial ele deve ser apenas na fiscalização, na vigilância, no zelo da lei.

É fato que a dualidade de funções do Ministério Público faz dele uma parte *sui generis*, parte pública, parte a que se cometem também funções que não são de parte, mas sem lhe tirar esse caráter.²⁴

Nesse contexto, a emenda constitucional impugnada atinge diretamente o poder requisitório conferido pela Constituição da República ao Ministério Público na condução de inquérito policial e de outros procedimentos investigatórios, pois permite que delegado de polícia, com fundamento em supostas independência funcional e natureza jurídica da carreira, descumpra requisições dos membros do MP. Não se trata de argumento *ad terrorem*, pois, mesmo atualmente, não têm sido raros episódios em que delegados de polícia se recusam a realizar diligências requisitadas pelo Ministério Público, sob argumentos de independência, autonomia e similares.

Se o inquérito policial tem como destinatário final o Ministério Público, cabe somente a este decidir acerca da necessidade de diligências a serem obrigatoriamente cumpridas pela autoridade policial, haja vista que esta deverá fornecer àquele os elementos necessários à elucidação dos eventos criminosos, de maneira a permitir instaurar-se persecução penal em juízo.

Portanto, de acordo com o ordenamento jurídico vigente, o inquérito policial é peça administrativa que tem como escopo apu-

²⁴ TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 171-172.

rar fatos criminosos, documentando as diligências em sequência cronológica (e, tanto quanto possível, lógica), a fim de servir de subsídio ao Ministério Público, titular da ação penal, o qual, a partir daí, formará sua *opinio delicti*, podendo oferecer denúncia, propor arquivamento ou, se entender que os fatos não estão devidamente comprovados, nos termos do artigo 16, do Código de Processo Penal, devolver os autos à autoridade policial para novas diligências, imprescindíveis a formular acusação.

Partindo-se dessa inquestionável premissa, observa-se que o inquérito policial tem natureza unidirecional, de modo que

não cabe à autoridade policial emitir nenhum juízo de valor na apuração dos fatos, como, por exemplo, que o indiciado agiu em legítima defesa ou movido por violenta emoção ao cometer o homicídio.

A autoridade policial não pode (e não deve) se imiscuir nas funções do Ministério Público, muito menos do juiz, pois sua função no exercício das suas atribuições, é meramente investigatória.²⁵

Exatamente por essa razão, a Presidência da República vetou o § 3º do art. 2º da Lei 12.830, de 20 de junho de 2013, que tratava da investigação criminal conduzida por delegados de polícia e dispunha:

§ 3º O delegado de polícia conduzirá a investigação criminal de acordo com seu livre convencimento técnico-jurídico, com isenção e imparcialidade.

As acertadas razões do veto presidencial, a despeito da referência elíptica ao Ministério Público, foram as seguintes:

Da forma como o dispositivo foi redigido, a referência ao convencimento técnico-jurídico poderia sugerir um conflito com as atribuições investigativas de outras instituições, previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Pe-

²⁵ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 91.

nal. Desta forma, é preciso buscar uma solução redacional que assegure as prerrogativas funcionais dos delegados de polícias e a convivência harmoniosa entre as instituições responsáveis pela persecução penal.²⁶

Independência funcional significa possibilidade de formação de juízo valorativo acerca de fatos e normas e atuação livre de interferência e determinações superiores, conforme explica JOSÉ AFONSO DA SILVA, ao analisar a independência funcional do membro do Ministério Público, prevista no art. 129, § 1º, da Constituição da República:

Portanto, “independência funcional” quer dizer apenas que no exercício de sua atividade-fim o membro do Ministério Público, assim como seus órgãos colegiados, tem inteira liberdade de atuação, não fica sujeito a determinações superiores, e só deve observância à Constituição e às leis. Ninguém tem o poder legítimo de lhe dizer “faça isso”, ou “faça aquilo”, “faça assim” ou “faça de outro modo”. E, se o disserem, ele não está obrigado a atender.²⁷

Nessa perspectiva, é constitucionalmente inviável atribuir independência funcional à atuação de servidores policiais sem que isso interfira diretamente nas atribuições do Ministério Público como titular da ação penal (art. 129, I e VIII, da CR). Qualquer juízo de valor emitido durante a fase inquisitorial pela autoridade policial com base em sua suposta “livre convicção” importará em análise incumbida constitucionalmente ao Ministério Público, usurpará função do Ministério Público e do Judiciário, pois não é função policial fazer julgamentos.

Essa descabida “independência funcional” da polícia igualmente ensejará desvio de finalidade, perda de eficiência na ação estatal e tumulto processual, pois, na hipótese de delegado de polí-

²⁶ Disponível em < <http://bit.ly/1SMov1G> > ou < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Msg/VEP-251.htm >; acesso em 26 abr. 2016.

²⁷ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 609.

cia entender ausentes elementos de prova ou haver óbice jurídico à acusação e formular despachos com análises jurídicas nessa direção, essas impertinentes considerações serão, de forma inevitável, brandidas por futuros denunciados e réus para abalar a imputação ministerial.

Desvio de finalidade e perda de eficiência – em ofensa ao art. 37, *caput*, da CR – estão em que o art. 144 da Constituição atribui às polícias de investigação criminal, como a polícia civil, a função precípua de coletar elementos de convicção destinados a formar convicção sobre a viabilidade da persecução penal (a chamada *opinio delicti*) por parte do órgão constitucionalmente competente para isso, que é o Ministério Público. Não cabe à polícia realizar análise jurídica de fatos e provas, salvo no estritamente indispensável à atividade investigatória, como ao propor ao Ministério Público requerimento de medidas cautelares penais, por exemplo. O relatório de encerramento de inquérito policial, a que se refere o Código de Processo Penal, deve ser simples indicação das diligências (“relatório do que tiver sido apurado” – CPP, art. 10, § 1º),²⁸ não avaliação jurídica sobre a *opinio delicti*.

Tampouco é admissível categorizar como carreira jurídica a carreira de delegado policial e definir suas atribuições como essenciais à função jurisdicional do Estado e à defesa da ordem jurídica. Destaca-se, a respeito, trecho de nota técnica do Ministério Público Federal sobre o projeto de lei 132/2012, que resultou na Lei

²⁸ “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.

§ 1º A autoridade fará minucioso relatório do que tiver sido apurado e enviará autos ao juiz competente.

§ 2º No relatório poderá a autoridade indicar testemunhas que não tiverem sido inquiridas, mencionando o lugar onde possam ser encontradas.”

12.830, de 20 de junho de 2013, impugnada pelas ADIs 5.043, 5.059 e 5.073:

Em primeiro lugar, a função de polícia judiciária não configura atividade jurídica. Com efeito, é unanimemente reconhecido que o inquérito policial, como instrumento posto à disposição do Estado para apuração das infrações penais, possui natureza administrativa e inquisitória, não estando sujeito aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Por outras palavras, o inquérito policial não é considerado processo; trata-se, na verdade, de procedimento pré-processual destinado precipuamente a colher provas que possam subsidiar o exercício da ação penal pelo Ministério Público [...]

Ipso facto, a função de polícia judiciária, conquanto determinante para o eficaz combater à criminalidade, não é essencial à persecução penal, uma vez que o Ministério Público pode dispensar o inquérito policial se dispuser de provas suficientes para o oferecimento da denúncia.

Outrossim, investigação criminal não é atividade exclusiva da polícia judiciária, mas comum a diversos órgãos de Estado, em suas respectivas áreas de atuação. Citem-se, a título de exemplo, as investigações de ilícitos penais levadas a efeito pelas Comissões Parlamentares de Inquérito, pela Receita Federal, pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras, pelo Tribunal de Contas da União, pela Controladoria-Geral da União, pelo Poder Judiciário em relação a seus membros e pelo próprio Ministério Público.²⁹

Norma jurídica, constitucional ou infraconstitucional, não pode alterar a natureza das coisas nem transmudar a essência de certas atividades administrativas, por melhor que sejam as intenções ou por maiores que sejam as pressões. Uma norma não pode qualificar como jurídica, por exemplo, a carreira de médico de hospital público. A violência à realidade seria tal que a tornaria inválida.

²⁹ Disponível em < <http://bit.ly/1TuBhir> > ou < http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_criminal/plc-132-2012-enfraquece-controle-externo-da-atividade-policial-pelo-mp >; acesso em 26 abr. 2016.

Poder-se-ia objetar a esse raciocínio, naturalmente, que a comparação é esdrúxula, porque a carreira de médico não se assemelha à de policial. Isso seria verdade, mas o exemplo busca apenas mostrar que há limites na realidade para o legislador. Busque-se, então, parâmetro mais próximo.

Seria legítimo o legislador definir como carreira jurídica a de auditor da Receita Federal ou a de analista do Banco Central do Brasil, por exemplo? Tanto quanto no caso dos médicos, a resposta é negativa. Conquanto ambas desempenhem certas atividades de conteúdo jurídico, nenhuma delas é propriamente carreira jurídica. Assim como delegados de polícia (conquanto não exatamente da mesma forma), auditores do fisco e analistas do Banco Central “presidem” investigações e realizam, eles próprios, atos investigatórios dos mais relevantes – os primeiros, para descobrir ilícitos fiscais; os segundos, ilícitos administrativos e financeiros.

Em ambos os casos, muito frequentemente esses servidores investigam atos complexos e graves, com repercussões penais, e suas investigações são de tal qualidade que, comunicadas ao Ministério Público, ensejam imediato oferecimento de denúncia, sem necessidade de diligências policiais. Em ambos os casos, esses agentes públicos colhem provas, examinam documentos, inquiram pessoas, solicitam perícias, exatamente do mesmo modo, na essência, que delegados de polícia.

Nem por isso algum legislador conseqüente terá a ideia de pretender qualificar como jurídicas essas carreiras, que são formadas por profissionais de elevada qualidade, oriundos de diversas áreas do conhecimento, como de Engenharia, Administração etc., inclusive, mas não só, de Direito.

Por sinal, a aprovação de “leis policiais” foi expressamente apontada por FERRAJOLI como movimentos de grande risco para as

garantias do cidadão.³⁰ Autonomia do Ministério Público é requisito para existir verdadeiro garantismo, como expressão do devido processo legal substantivo e do respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos.

Fortalecer a supervisão do trabalho policial por parte do Ministério Público e, em termos amplos, o controle externo da atividade policial robustece a lógica de concepção garantista do sistema processual penal. FERRAJOLI enfatiza que modelo penal garantista equivale a sistema de redução do poder e de ampliação do saber judicial, porquanto condiciona a validade de suas decisões à verdade, empírica e logicamente controlável, de suas motivações³¹ – tudo isso, claro, no seio de processo dominado pelo princípio acusatório e com plena garantia dos direitos individuais.

Por motivos corporativos, entidades representativas de delegados de polícia vêm, nos últimos anos, às vezes com sucesso, buscando aprovação de leis que realçam seu papel no processo penal, sem preocupação com a coerência desse sistema, mas, ao contrário, aprofundando diversos de seus múltiplos problemas e criando novos. Têm procurado conferir a delegados de polícia funções que seriam próprias de juízes de instrução, distanciá-los dos demais servidores policiais e aproximá-los do regime jurídico das magistraturas do Ministério Público e do Judiciário.

Daí a proposição de normas para definir delegados como autoridades, para dar-lhes tratamento protocolar análogo ao do MP

³⁰ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, ob. cit. na nota 6, p. 11. Nesse prólogo, como ameaças aos direitos do cidadão, ele se refere ao “*desplazamiento de la acusación pública fuera del orden judicial, a la órbita del poder político*”, e, depois, “*en lo relativo al estatuto del ministerio público, la referencia ha de ser también a la experiencia de todos aquellos países europeos en los que la acusación pública depende más o menos directamente del ejecutivo*”, e à “*influencia de leyes policiales experimentadas desde hace ya tiempo en Italia*”. E conclui: “*Así, pues, parece que España e Italia tiendan a copiar recíprocamente los peores aspectos de sus respectivas legislaciones*”.

³¹ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, ob. cit. na nota 6, p. 22.

e dos juízes, para dar-lhes foro privilegiado e independência funcional, para definir a carreira de delegado como “jurídica”, para prever participação da Ordem dos Advogados do Brasil nos concursos para delegado, para valorizar o ato processualmente inútil do indiciamento³² etc. Existe até a proposta de emenda à Constituição (PEC) 89/2015, que institui no Brasil “juizados de instrução e garantias” e cria a carreira de “juiz de instrução e garantias”, “a partir da transformação do cargo de delegado de polícia”.³³

É nesse estranho cenário de hipervalorização das funções de delegados de polícia que se insere a emenda constitucional aqui atacada, a qual fere a Constituição em diversos tópicos (*topoi*) e prejudica o sistema processual penal.

A Emenda Constitucional 95/2013, do Estado do Espírito Santo, ao categorizar como jurídica a carreira de delegado de polícia e ao conferir-lhe independência funcional, enfraquece a efetivação do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público, atribuição imposta à instituição pelo art. 129, VII, da Constituição da República e intimamente relacionada com as funções institucionais previstas nos incisos I e VIII do mesmo artigo. Desnatura a destinação constitucional da polícia e agride os princípios da finalidade e da eficiência no funcionamento da própria polícia.

3. PEDIDO CAUTELAR

Os requisitos para concessão de medida cautelar estão presentes.

³² Como fez o art. 2º, § 6º, da Lei 12.830, de 20 de junho de 2013.

³³ Tramitação e texto da PEC, de autoria do Deputado Federal HUGO LEAL (PROS/RJ), disponíveis em < <http://zip.net/bxrCqV> > ou < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1570777> >; acesso em 26 abr. 2016.

O sinal de bom direito (*fumus boni juris*) está suficientemente caracterizado pelos argumentos deduzidos nesta petição inicial.

Perigo na demora processual (*periculum in mora*) decorre de que a emenda constitucional propicia desvio de finalidade e perda de eficiência na atividade policial. É ressabido que a taxa de esclarecimento de crimes no Brasil é inaceitavelmente baixa, por uma série de fatores. Ao levar delegados de polícia a exercer “independência funcional” e “livre convicção”, a emenda desnatura a função policial e os faz despender tempo em análises jurídicas que lhes são alheias e serão inúteis para futura ação penal (quando não a prejudicar por tumulto processual), extraviando-os da função investigatória que lhes é própria.

Além disso, o exercício das funções institucionais conferidas ao Ministério Público pela Constituição é prejudicado em razão dos efeitos da Emenda Constitucional 95/2013. O poder requisitório do Ministério Público para realização de diligências investigatórias e instauração de inquérito policial, a promoção da ação penal pública e o controle externo da atividade policial podem ser severamente afetados, de maneira a trazer consequências negativas às investigações criminais e ao cumprimento das funções institucionais do Ministério Público.

É necessário, portanto, que a disciplina inconstitucional imposta pela norma seja o mais rapidamente possível suspensa em sua eficácia e, ao final, invalidada por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Por conseguinte, além do sinal de bom direito, há premência em que essa Corte conceda medida cautelar para esse efeito.

4. PEDIDOS E REQUERIMENTOS

Requer, de início, que esse Supremo Tribunal conceda, com a brevidade possível, em decisão monocrática e sem intimação dos interessados, medida cautelar para suspensão da eficácia das normas impugnadas, nos termos do art. 10, § 3º, da Lei 9.868/1999, a ser oportunamente submetida a referendo do Plenário.

Requer que se colham informações do Governador e da Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo e que se ouça o Advogado-Geral da União, nos termos do art. 103, § 3º, da Constituição da República. Superadas essas fases, requer prazo para manifestação da Procuradoria-Geral da República.

Ao final, requer que seja julgado procedente o pedido, para declarar inconstitucionalidade da Emenda Constitucional 95, de 26 de setembro de 2013, do Estado do Espírito Santo.

Brasília (DF), 2 de maio de 2016.

Rodrigo Janot Monteiro de Barros

Procurador-Geral da República