

A INADMISSIBILIDADE DA PEC 37/11: UMA ANÁLISE PELA DEFESA DO PODER INVESTIGATÓRIO CRIMINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Ana Beatriz Fernandes Coelho Chagas

Acadêmica do 3º período do Curso de Direito da UFRN
Monitora de Direito Civil I e Membro do Cine Legis

RESUMO

O presente artigo tem por escopo analisar a inadmissibilidade da Proposta de Emenda à Constituição 37/11. Para tanto, demonstra a inexistência de impedimento constitucional ao exercício direto dos Poderes de investigação criminal pelos membros Ministério Público, diante da consagração da Teoria dos Poderes Implícitos na hermenêutica constitucional, assim como demonstrando a plena compatibilidade das investigações criminais empreendidas pelo *Parquet* com o sistema processual penal acusatório. Defende, pois, a plenitude dessa prerrogativa a ser exercida pelos membros do Ministério Público – em caráter subsidiário – que vem sendo, inclusive, reiterada em diversos julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Nessa perspectiva, estabelece a importância do poder investigatório do Ministério Público, especialmente no âmbito da criminalidade de “colarinho branco”. Ponderando, principalmente, fatos e valores em jogo, e, consequências práticas que podem resultar da aprovação da PEC 37/11, considera patente a sua inadmissibilidade. Conclui, ademais, que a referida

PEC viola o princípio constitucional de vedação ao retrocesso social.

Palavras-chave: Ministério Público. Poder Investigatório. PEC 37/11. Inadmissibilidade.

1 INTRODUÇÃO

A Proposta de Emenda à Constituição 37/11, cuja autoria remonta ao Deputado Federal Lourival Mendes, pretende acrescentar, ao artigo 144 da CF, o parágrafo 10º, fazendo com que as investigações criminais sejam conduzidas privativamente pelas Polícias Federal e Civil dos Estados-membros e do Distrito Federal.

Tal proposta, equivocada e incoerente quando confrontada com valores da *Lex Fundamental* de 1988, situa-se em rumo diametralmente diverso do consolidado, hodiernamente, em quase todos os países que adotam um modelo processual penal acusatório, a exemplo da Itália, Alemanha, dos EUA, ou mesmo do Chile.

Nesses países, há uma crescente tendência à consolidação do exercício da atividade investigatória criminal do Ministério Público, ao contrário do que, de forma curiosa, pretende estabelecer a Proposta de Emenda à Constituição 37/11.

Fato é que a possibilidade das investigações criminais serem conduzidas diretamente pelos membros do Ministério Público vem sendo alvo de amplas divergências doutrinárias e jurisprudenciais.

Não obstante, diante da importância e delicadeza do tema, urge consolidar uma solução conforme a Constituição, que também se mostre adequada à atual realidade política e jurídica da sociedade brasileira. Defendeu o insigne jurista alemão Konrad Hesse, nesse sentido, que a Carta Política de um país tanto conforma a realidade, como é por ela conformada.

E a atual realidade brasileira revela: a tese da impossibilidade de investigações criminais serem conduzidas pelo Ministério Público, objeto da PEC 37/11, interessa, de modo especial, aos indivíduos para os quais o sistema penal se mostrou tradicionalmente omissivo, aos chamados “criminosos do colarinho branco”.

Não se defende aqui, portanto, a realização da investigação direta penal do Ministério Público em caráter central, mas seu exercício subsidiário.



Além disso, não apenas como forma de consolidar o princípio da eficiência na persecução penal almejando resultado favorável na pretensão acusatória, em desrespeito a direitos e garantias individuais, e ao devido processo legal. Todavia, empreendida com a absoluta observância aos direitos e garantias fundamentais do investigado, sem olvidar da necessária submissão ao controle externo do Poder Judiciário, por exemplo.

2 DA INEXISTÊNCIA DE IMPEDIMENTO CONSTITUCIONAL AO EXERCÍCIO DOS PODERES INVESTIGATÓRIOS CRIMINAIS DO *PARQUET*

A Carta Magna de 1988 não concedeu, explicitamente, de fato, a possibilidade de investigações criminais serem conduzidas diretamente por membros do Ministério Público. Tampouco cristalizou um monopólio no exercício investigativo criminal às polícias judiciárias, como o proponente da nefasta PEC 37/11 tenta estabelecer.

Nesse diapasão, enuncia-se no artigo 144 *caput*, inciso IV do parágrafo 1º, também no § 4º, *in verbis*:

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: § 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União. § 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.

Uma exegese minimamente cuidadosa do artigo 144 da CF derruba essa tese do monopólio da Polícia, invocada por alguns críticos dos poderes investigatórios criminais do *Parquet*. O artigo 144, na verdade, não atribui exclusividade na condução de investigações criminais às Polícias, mas, tão-somente, confere o exercício exclusivo da função de *polícia judiciária* às Polícias Federal e Civil.

Nesse sentido, em parecer sobre o tema Luís Roberto Barroso (2004,



p. 11) aduz:

Parece fora de dúvida que o modelo instituído pela Constituição de 1988 não reservou ao Ministério Público o papel de protagonista da investigação penal. De fato, tal competência não decorre de nenhuma norma expressa, sendo certo que a função de polícia judiciária foi atribuída às Polícias Federal e Civil, com explícita referência, quanto a esta última, da incumbência de apuração de infrações penais, exceto as militares (art. 144, IV e § 4º).

Ora, o Legislador Constituinte, ao atribuir de forma expressa essa competência às Polícias Judiciárias, não excluiu, automaticamente, a possibilidade de ser exercida pelos membros do Ministério Público. Como já asseverou Eros Roberto Grau, (2003, p. 145) “não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços”.

O Superior Tribunal de Justiça também já demonstrou a absoluta distinção entre o exercício de função investigatória – plenamente compatível com as finalidades do Ministério Público – e de polícia judiciária:

Não é, portanto, da índole do direito penal a feudalização da investigação criminal na Polícia e a sua exclusão do Ministério Público. Tal poder investigatório, independentemente de regra específica, é manifestação da própria natureza do direito penal (...). Essa função de polícia judiciária – qual seja, a de auxiliar o poder judiciário –, não se identifica com a função investigatória, qual seja, a de apurar infrações penais, bem distinguidas no verbo constitucional, como exsurge do preceituado no parágrafo 4º do artigo 144 da Constituição Federal.¹

Nessa mesma linha de intelecção posiciona-se Rômulo Andrade de Moreira (2000, p. 4) ao enunciar que a Constituição não deu exclusividade de apuração das infrações penais a apenas uma Instituição, pois “observa-se que um outro artigo da mesma Carta (art. 58, § 3º), dá poderes à Comissão

¹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial 2001/091236-6. T6. Min. Hamilton Carvalhido. j. 15/02/2003.



Parlamentar de Inquérito para investigação própria e, adiante, como já demonstrado, concede a mesma prerrogativa ao Ministério Público”.

Essa prerrogativa é concedida ao MP mais adiante, na medida em que o artigo 129 da Carta Magna, em seu inciso IX, estabelece ser competência do *Parquet* exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Lênio Luiz Streck e Luciano Feldens (2003, p.76) demonstram, nesse diapasão, o grande equívoco dos que desconsideram a inexistência de taxatividade quanto às funções atribuídas pela CF/88 ao Ministério Público, “a consideração de que as atribuições conferidas ao Ministério Público são taxativas, esgotando-se em sua literalidade mesma. Equívoco, data vênia, grave”.

2.1 A Teoria dos poderes implícitos na hermenêutica constitucional

Ponto extremamente consolidado na hermenêutica do constitucionalismo hodierno é a Teoria dos poderes implícitos, conhecida também como doutrina dos *inherent powers*. Constituída em 1819, a partir do caso *Mcculloch versus Maryland*, da Suprema corte norte-americana, viu-se consagrada na ordem constitucional brasileira.

Vários precedentes das Egrégias Cortes Supremas demonstram a plena aceitação dos poderes implícitos no Direito pátrio, não obstante a crítica emanada dos ensinamentos magistrais de Bonavides (2011, p. 474) a esse “princípio”, completamente vinculado à ideologia liberal, considerado, ainda, como uma das criações mais racionais do Estado Liberal no âmbito do Direito. Ou mesmo, comparável, segundo o insigne jurista, à introdução da separação dos poderes para a proteção jurídica da liberdade.

Certo é, no entanto, que, na questão em análise – dos poderes investigatórios diretos do Ministério Público na seara criminal –, a doutrina dos Poderes Implícitos tem se revelado como um bom instrumento para alcançar uma solução, legítima e constitucional, ante a inexistência de regra explícita.

Conforme elucidou o Ministro Celso de Mello², “a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal, importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos

² SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. MS 26.547/DF. Min, Celso de Mello. j. 23/05/2007.



fins que lhe foram atribuídos”.

Nessa perspectiva, Story citado por Bonavides (2011, p. 473) afirma que, na interpretação de um poder, todos os meios necessários a executá-lo são considerados, desse modo, parte do próprio poder. Resultando tal da natureza mesma e do fim de uma Constituição.

Portanto, apesar de não haver no texto constitucional expressa menção à possibilidade das investigações criminais serem diretamente conduzidas pelos membros do *Parquet*, a aceitação da doutrina em comento demonstra a plena constitucionalidade dessa prerrogativa.

Assim, se a cada poder atribuído pela Lei Máxima são implicitamente conferidos amplos meios para o exercício daquele explícito poder embrionário, a Carta de Outubro de 1988, ao estabelecer o MP como titular exclusivo da ação pública, não lhe pode retirar a possibilidade de aperfeiçoar a persecução penal, por meio da promoção de diligências investigatórias.

2.2 A compatibilidade com o modelo processual penal acusatório

O sistema processual penal acusatório, adotado pela Constituição Federal de 1988, tem como principal característica a pluralidade de sujeitos processuais – partes e juiz –, assim como a separação das funções, isto é, à acusação, ao acusado e ao juiz são designados diferentes papéis, viabilizando, assim, a ampla defesa e o contraditório.

A incompatibilidade das investigações penais ministeriais com o sistema processual acusatório é invocada, de forma completamente equivocada, por muitos dos defensores da impossibilidade desse exercício aos membros do MP. Não obstante, que há de incompatível com o sistema acusatório que o órgão incumbido de acusar realize também investigação? Dada vênha aos defensores dessa tese, absolutamente nada. Havendo a condução das investigações diretamente por membros do MP, em nada será prejudicada a necessidade de separação das funções de acusar, defender e julgar.

Nesse sentido, pondera Calabrich (2008, p. 621):

Tem-se aí um argumento cujo equivoco é calcado na distorção da definição de cada um dos modelos processuais penais. (...). A afirmação de que quem *investiga não pode acusar* faz sentido se se está tratando de um sistema misto, no qual a distribuição de funções



é distinta da verificada no sistema acusatório. No sistema misto, a instrução preliminar fica a cargo de uma autoridade que integra o poder judiciário (de regra, um juiz instrutor) e, nessa qualidade, é dotado de amplos poderes para a colheita de provas, inclusive no que diga respeito a limitações na esfera das liberdades individuais. A autoridade policial, e mesmo o Ministério Público (quando não seja este dotado de poderes próprios das autoridades judiciárias), nesse sistema, são órgãos meramente auxiliares da investigação. Após encerrada a instrução preliminar produzida por esse juiz, então, é entregue a outro sujeito, legitimado para a deflagração do processo mediante a formalização da acusação – que será julgada por autoridade judiciária diversa daquela responsável pela investigação. Nesse sistema, portanto, quem investiga não pode acusar nem julgar; quem julga, não pode investigar nem acusar.

Portanto, como continua ponderando Calabrich (2008), a crítica à investigação pelo Ministério Público com respaldo na sua suposta incompatibilidade com o sistema processual penal adotado no Brasil, é completamente desconexa. A objeção só poderia fazer algum sentido, caso o Brasil tivesse optado por um modelo do juizado de instrução.

O professor italiano Luigi Ferrajoli, árduo defensor do processo penal garantista, em palestra ministrada na cidade de Porto Alegre no dia 01.05.2007, manifestou-se quanto à plena compatibilidade entre a investigação criminal direta ministerial e o garantismo penal.

Eu acredito que não existam contradições entre o papel de investigação, de defesa da segurança, e o papel garantista em relação aos direitos (...). Porque a segurança depende da aplicação da eficiência e esta, por sua vez, existe e é válida quando possui condições de verificar a verdade processual. (FERRAJOLI, *apud* CALABRICH, 2008, p. 630).

3 O ATUAL ENTENDIMENTO DO STF E DO STJ

Algumas ações diretas de inconstitucionalidade a respeito de tão



sensível e importante temática, a exemplo das ADIs 2.943, 3309, 3317, 3318, 3329, 3337, 3349 e 3806, conforme expõe Pedro Lenza (2011, p. 775), ainda aguardam julgamento no STF.

No entanto, são diversos os julgados recentes do STF regulamentando a possibilidade de atuação direta do MP nas investigações criminais, como forma de aperfeiçoar a persecução criminal. Não se reconhece, portanto, violação ao artigo 144, em seu parágrafo 1º, I a IV, o qual, segundo o STF deve ser harmonizado com as funções atribuídas ao *Parquet*, nos termos do artigo 129, I, VI, VIII, IX, CF/88. (LENZA, 2011, p. 774).

Por exemplo:

EMENTA: HABEAS CORPUS. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. EXISTÊNCIA DE SUPORTE PROBATÓRIO MÍNIMO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. POSSIBILIDADE DE INVESTIGAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. DELITOS PRATICADOS POR POLICIAIS. ORDEM DENEGADA. 1. A presente impetração visa o trancamento de ação penal movida em face dos pacientes, sob a alegação de falta de justa causa e de ilicitude da denúncia por estar amparada em depoimentos colhidos pelo ministério público. 2. A denúncia foi lastreada em documentos (termos circunstanciados) e depoimentos de diversas testemunhas, que garantiram suporte probatório mínimo para a deflagração da ação penal em face dos pacientes. 3. A alegação de que os pacientes apenas cumpriram ordem de superior hierárquico ultrapassa os estreitos limites do habeas corpus, eis que envolve, necessariamente, reexame do conjunto fático-probatório. 4. Esta Corte tem orientação pacífica no sentido da incompatibilidade do habeas corpus quando houver necessidade de apurado reexame de fatos e provas (HC nº 89.877/ES, rel. Min. Eros Grau, DJ 15.12.2006), não podendo o remédio constitucional do habeas corpus servir como espécie de recurso que devolva completamente toda a matéria decidida pelas instâncias ordinárias ao Supremo Tribunal Federal. 5. *É perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito. Tal conclusão não significa retirar da Polícia*



Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (arts. 129 e 144) de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos supostamente delituosos, mas também a formação da opinio delicti. 6. O art. 129, inciso I, da Constituição Federal, atribui ao parquet a privatividade na promoção da ação penal pública. Do seu turno, o Código de Processo Penal estabelece que o inquérito policial é dispensável, já que o Ministério Público pode embasar seu pedido em peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia. 7. Ora, é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos “poderes implícitos”, segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Se a atividade fim - promoção da ação penal pública - foi outorgada ao parquet em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que “peças de informação” embasem a denúncia. 8. Cabe ressaltar, que, no presente caso, os delitos descritos na denúncia teriam sido praticados por policiais, o que, também, justifica a colheita dos depoimentos das vítimas pelo Ministério Público. 9. Ante o exposto, denego a ordem de habeas corpus.³

EMENTA: Habeas corpus. 2. Poder de investigação do Ministério Público. 3. Suposto crime de tortura praticado por policiais militares. 4. Atividade investigativa supletiva aceita pelo STF. 5. Ordem denegada.⁴

EMENTA: DIREITO PROCESSUAL PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE AFASTAMENTO DE SIGILO BANCÁRIO E FISCAL DE INVESTIGADO. PROCEDIMENTO JUDICIAL. PODERES INVESTIGATÓRIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPROVIMENTO DA PARTE CONHECIDA. (...) 4. Remanesce a questão afeta à possibilidade de o Ministério Público promover procedimento administrativo de cunho investigatório e o possível malferimento da norma

³ SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. HC 91661/PE. T2. Min, Ellen Gracie. j. 10/03/2009 (grifo nosso).

⁴ SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. HC 9330/ RJ. T2. Min, Gilmar Mendes. j. 07/02/2010.



contida no art. 144, § 1º, I e IV, da Constituição Federal. 5. No caso concreto, tal debate se mostra irrelevante, eis que houve instauração de inquérito policial para apurar fatos relacionados às movimentações de significativas somas pecuniárias em contas bancárias, sendo que o Ministério Público requereu, a título de tutela cautelar inominada, a concessão de provimento jurisdicional que afastasse o sigilo dos dados bancários e fiscais do recorrente. Tal requerimento foi feito junto ao juízo competente e, portanto, não se tratou de medida adotada pelo Ministério Público sem qualquer provimento jurisdicional. 6. *Contudo, ainda que se tratasse da temática dos poderes investigatórios do Ministério Público, melhor sorte não assistiria ao recorrente. A denúncia pode ser fundamentada em peças de informação obtidas pelo órgão do MPF sem a necessidade do prévio inquérito policial, como já previa o Código de Processo Penal. Não há óbice a que o Ministério Público requisite esclarecimentos ou diligencie diretamente a obtenção da prova de modo a formar seu convencimento a respeito de determinado fato, aperfeiçoando a persecução penal, mormente em casos graves como o presente que envolvem altas somas em dinheiro movimentadas em contas bancárias.* 7. A hipótese não envolve a eficácia retroativa da Lei nº 10.174/01 - eis que esta se restringiu à autorização da utilização de dados para fins fiscais -, e sim a apuração de ilícito penal mediante obtenção das informações bancárias. 8. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido.⁵

Vê-se, portanto, que o supremo guardião da Carta Magna já reconheceu o poder investigatório do Ministério Público, como imperativo decorrente de suas atribuições constitucionais.

É, pois, praticamente pacífico, hoje, no STF, o reconhecimento da validade e constitucionalidade da atuação ministerial em apurações criminais, em casos especiais, quando se configure a inexistência ou ineficiência das apurações promovidas pelos órgãos policiais.

No Superior Tribunal de Justiça a questão tem recebido semelhante tratamento. Vejamos:

⁵ SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL. RE 535478/SC. T2. Min, Ellen Gracie. j. 28/10/2008 (grifo nosso).



RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIMES DE FRAUDE À LICITAÇÃO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA MORTE DE UM DOS AGENTES E EM RELAÇÃO AO CRIME PREVISTO NO ART. 90 DA LEI N.º 8.666/93. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. LAPSO TEMPORAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. PODERES DE INVESTIGAÇÃO. LEGITIMIDADE. LEI COMPLEMENTAR N.º 75/93. ART. 4.º, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INCOMPETÊNCIA. PRECEDENTES. (...) 3. É consectário lógico da própria função do órgão ministerial - titular exclusivo da ação penal pública - proceder à coleta de elementos de convicção, a fim de elucidar a materialidade do crime e os indícios de autoria. 4. Malgrado seja defeso ao Ministério Público presidir o inquérito policial propriamente dito, “é perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito, ainda que a título excepcional, [...]”. Tal conclusão não significa retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (arts. 129 e 144) de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos supostamente delituosos, mas também a formação da opinião delicti.” (STF - RE 468.523/SC, 2.ª Turma, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJ de 19/02/2010.) 5. A Polícia Judiciária não possui o monopólio da investigação criminal, possuindo o Ministério Público legitimidade para determinar diligências investigatórias. Inteligência da Lei Complementar n.º 75/93 e do art. 4º, parágrafo único, do Código de Processo Penal. Precedentes.⁶

HABEAS CORPUS. EXTORSÃO. ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO. PRECLUSÃO. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROCEDER INVESTIGAÇÕES. POSSIBILIDADE. (...) 2. Esta Corte

⁶ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial 1.020.777/MG. T5. Min. Laurita Vaz. j. 09/03/2011.



tem proclamado que, a teor do disposto no art. 129, VI e VIII, da Constituição Federal, e nos arts. 8º da Lei Complementar nº 75/93 e 26 da Lei nº 8.625/93, o Ministério Público, como titular da ação penal pública, pode proceder investigações e efetuar diligências com o fim de colher elementos de prova para o desencadeamento da pretensão punitiva estatal, sendo-lhe vedado tão-somente realizar e presidir o inquérito policial. 3. Na espécie, a atuação direta do Ministério Público na fase de investigação se revelou indispensável, por se tratar de infração penal cometida no âmbito da própria polícia civil. A partir da notícia levada a efeito pelas vítimas, cumpria ao Parquet, no exercício de sua missão constitucional de titular da ação penal pública, apurar os fatos, de forma a assegurar, de maneira eficaz, o êxito das investigações. 4. Ordem denegada.⁷

4 A AMPLITUDE E RELEVÂNCIA DAS ATRIBUIÇÕES DO MP NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL: O PATENTE RETROCESSO DA PEC 37/11

4.1 A criminalidade de “colarinho branco”

O termo, cunhado na década de 1930, por Sutherland, estudioso norte-americano, tem tido hoje seu espectro de abrangência ampliado, e, sua precisa conceituação ainda é obscura. No entanto, o sentido empregado pioneiramente por Sutherland ao “*white-collar crime*” relacionava-se aos crimes praticados por pessoa de elevado status socioeconômico, ocorrendo, quase sempre, no exercício de atividade empresarial.

Muito embora a crítica de alguns estudiosos a essa conceituação de Sutherland, em virtude da imprecisão de sua abrangência, comentando sobre a temática, Cláudia Cruz Santos, citada por Franco Strini, afirma que, a noção de crime do colarinho branco deve ser compreendida também em um sentido teleológico, do caráter de impunidade que paira no espectro desse

⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Habeas Corpus 60.976/ES. T6. Min. Og Fernandes. j. 04/10/2011.



tipo de conduta – sendo que Sutherland teria elaborado o termo criminológico peremptoriamente nesse sentido.

Nessa perspectiva da desigualdade de tratamento da administração da justiça penal assevera a autora, interpretando a obra de Sutherland, que: “as pessoas de classe socioeconômica mais alta são mais poderosas política e financeiramente e escapam em maior número à detenção e à condenação do que as pessoas a quem falta aquele poder”. (SANTOS, Cláudia Cruz, *apud* FRANCO, Strini, 2003, não paginado).

É possível asseverar, entretanto que, apesar da ausência de delimitação exata, o conceito de crimes do colarinho branco tem sido alargado e continua servindo para denominar os crimes que atingem bens jurídicos de feição “transindividual”, relacionados também à criminalidade econômica. Segundo Luciano Feldens (2002, p. 116):

A criminalidade de colarinho branco disputa território com a nomenclatura delinquência econômica, concebendo a criminalidade de colarinho branco e delinquência econômica como designações idênticas quanto à classe de infrações penais (...) a relação seria de espécie e gênero, tudo a depender também da amplitude maior ou menor que se venha conferir ao conceito de criminalidade econômica.

O autor em comento continua esclarecendo mais a frente que a forma complexa de cometimento desses delitos, sua particular gravidade e incidência socioeconômica e a sujeição ativa característica desse tipo de delinquência, no universo do Direito Positivo brasileiro, são caracteres que permitem relacioná-la às infrações penais que integram o que se convencionou denominar “Direito Penal Econômico”, a abranger, essencialmente, os crimes contra ordem econômica, tributária, em detrimento do sistema financeiro nacional e as infrações penais que lhes façam correlatas, tal o exemplo do crime de lavagem de dinheiro. “Em comum esses delitos exteriorizam, além de uma vergonhosa cifra negra, um elevado grau de danosidade social”. (FELDES, Luciano, 2002, p. 118).

4.2 As investigações criminais do MP e o retrocesso da PEC 37/11

Ao considerar o Ministério Público uma instituição permanente, o Legislador Constituinte de 1988 atribuiu-lhe a incumbência de defender



a ordem jurídica, o regime democrático, bem como os interesses sociais e individuais indisponíveis (artigo 127, caput, CF).

Destarte, a *Lex Mater* consolidou o MP como uma instituição essencial à defesa da sociedade, ao ampliar sobremaneira suas funções e competências, tanto na seara penal – tendo em vista a sua competência privativa de promover a ação penal pública (artigo 129, I) – como em outras áreas, no qual atua como defensor da legalidade e da moralidade administrativa, como fiscal dos Poderes Públicos, tendo, ainda, a titularidade na promoção do inquérito civil e da ação civil pública.

O poder investigatório criminal direto do *Parquet* situa-se nesse contexto de defesa do Estado Democrático de Direito, e das garantias individuais e sociais. Exemplos de atuação direta dos membros do MP demonstram a inoportunidade de deixar, em certos casos, as investigações criminais unicamente a cargo da Polícia Judiciária.

Nessa perspectiva, não se pretende desmerecer o trabalho da Polícia Judiciária e desfigurar a sua competência constitucional expressa de conduzir centralmente investigações criminais. No entanto, percebe-se que, a atuação subsidiária do MP nesse âmbito é hoje, cada vez mais, imperiosa para a eficiência, especialmente, das investigações sobre ilícitos “envolvendo policiais, políticos, altas autoridades e empresários com grande poder e influência sobre agentes públicos”. (CALABRICH, Bruno, 2008, p. 629).

Embora existam algumas desvantagens na investigação criminal conduzida diretamente pelo Ministério Público, é necessário – a partir do reconhecimento de sua compatibilidade com a Constituição de 1988 – reconhecer que, as consequências práticas da atuação ministerial nessa seara são, hoje, de extrema relevância para a eficiência da persecução penal, no que diz respeito, principalmente, aos já citados “crimes do colarinho branco”.

Não se pretende afirmar, ademais, serem as investigações ministeriais melhores e predominantes em relação às policiais. Entretanto, como pondera Barroso (2004, p. 17):

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.

Mesmo quando não conduzida isoladamente pelos membros do *Parquet*; a investigação empreendida de forma paralela ou cooperativa com a Polícia Judiciária mostra-se, certamente, mais eficiente. Assim ressalta Calabrich (2008, p. 629) que: “a prática tem revelado como regra que, somente uma atuação harmônica e coordenada entre diversos órgãos – MP, polícia, receitas, órgãos ambientais, corregedorias etc. – conduz a uma investigação de resultados satisfatórios”.

Vale ressaltar: eficiente não só no sentido de atingir uma eventual condenação dos investigados, mas, também em observância aos direitos fundamentais do acusado.

Em interessante estudo crítico sobre o tema, Paulo Rangel (2009, p. 98) relembra, de maneira clara, a enorme relevância dessa prerrogativa:

A grande criminalidade não está nas classes menos favorecidas, como sempre se afirmou, mas sim em determinados grupos detentores do poder político e econômico, que, abusando do poder que exercem frente ao Estado, lesam os cofres públicos, e, conseqüentemente, toda a sociedade (...). As classes menos favorecidas acabam na marginalidade em decorrência da política segregadora e racial desenvolvida pelo Estado brasileiro que é, e sempre foi, genuinamente, autoritário, não obstante se dizer em desenvolvimento e possuidor, hodiernamente, de uma Constituição democrática.

Regulamentado, hoje – esse poder – de acordo com Capez (2011, p. 145), tanto na Lei Complementar Federal n. 75/93 (do Ministério Público da União), em seu artigo 8º, ao assegurar expressamente o poder de realizar diretamente diligências investigatórias; como na Lei Federal n. 8.625/93 (dos Ministérios Públicos estaduais), que, em seu art. 26, prevê a possibilidade de o Parquet requisitar informações, exames periciais e documentos, promover inspeções e diligências investigatórias e notificar pessoas para prestar



depoimentos, podendo determinar a sua condução coercitiva.

Cristiano Chaves de Farias ao abordar tão relevante temática preleciona que (2000, p.2, grifo nosso):

Em hipóteses de grave repercussão pública (quando a opinião pública poderia influir no desate ou desenvolvimento das investigações) ou em casos outros nos quais a atividade policial possa sofrer influência política - até mesmo por não gozarem da garantia *da inamovibilidade* - impõe-se, em nome da própria coletividade, a atuação direta e pessoal do Ministério Público, que poderá formar um juízo de razão mais objetivo e direto.

Nesse sentido, reitera, com razão, Mazzilli (1996, p. 239) que, “tanto na área cível como criminal, admitem-se investigações diretas do órgão titular da ação penal pública do Estado. Para fazê-las, não raro se valerá de notificações e requisições”.

Complementa o autor em comentário:

Em matéria criminal, as investigações diretas ministeriais constituem exceção ao princípio da apuração das infrações penais pela polícia judiciária; contudo, há casos em que se impõe a investigação direta pelo Ministério Público, e os exemplos mais comuns dizem respeito a *crimes praticados por policiais e autoridades*. (1996, p. 400, grifo nosso).

Posiciona-se também José Reinaldo Guimarães Carneiro (2007, p. 181, grifo nosso):

A polêmica sobre as investigações independentes do Ministério Público, que traz, hoje, debate extraordinariamente acalorado na comunidade jurídica, teve crescimento considerável a partir de grandes investigações por promotores e procuradores da república. Em sua maioria, as investigações acabaram por elucidar fraudes no seio da comunidade política, com destaque contínuo para a compreensão dos mecanismos de desvio de dinheiro público para contas privadas,



algumas sediadas em paraísos fiscais no exterior. Não só, as investigações atingiram pessoas que, pertencentes à classe sócio-econômica brasileira privilegiada, eram ao longo de muitas décadas completamente intocáveis no direito penal, em história de centenária impunidade. Funcionários públicos, agentes políticos, ocupantes de cargos públicos, particulares em cooperação com a administração pública, enfim, uma enorme gama de pessoas normalmente referidas como de colarinho-branco têm enfrentado o direito penal justamente em decorrência da iniciativa do Ministério Público na busca da verdade sobre suas participações em graves investigações nacionais.

Situa-se a PEC 37/11 em um sentido de eminente retrocesso, destarte. A possível inserção de uma Emenda na Carta Magna que pretende retirar a possibilidade, hoje, regulamentada, da realização direta de investigações ministeriais – em consonância com direitos e garantias do acusado – representa retrocesso no âmbito da sociedade constitucional brasileira, devendo receber tratamento adequado, que ultrapasse meros interesses corporativistas.

Afirmou, nessa perspectiva, o insigne jurista Paulo Bonavides (2011, p. 371) que:

Poderosas forças coligadas numa conspiração política contra o regime constitucional de 1988 intentam apoderar-se do aparelho estatal para introduzir retrocessos na lei maior e revogar importantes avanços sociais, fazendo assim inevitável um antagonismo fatal entre o Estado e a Sociedade.

Como exemplo, alguns dados ilustrativos expostos por Luciano Feldens (2002, p. 143), podem ser de extrema importância nesse assunto – os quais, a propósito, foram colhidos a partir de investigações conduzidas pelo Ministério Público Federal em parceria com a Secretaria da Receita Federal. Demonstram esses dados, a lesão asséptica dessa forma de delinquência que aqui se está a tratar (criminalidade de colarinho branco).

Vejamos: Em 1998, 11,7 milhões de pessoas e 464.363 empresas não declararam imposto de renda. Todavia, tiveram capacidade financeira suficiente para movimentar nas instituições financeiras (bancos) 341,6 bilhões de reais, valor que escapou completamente ao fisco. Além disso, o Produto



Interno Bruto brasileiro, índice que registra toda a produção de bens e serviços do País e representa, em termos monetários, o porte da economia nacional, alcançou, neste mesmo ano, o patamar de R\$ 899,8 bilhões.

Em face desses dados o MPF no Rio Grande do Sul junto à receita federal procedeu à minuciosa investigação. Verificaram, por meio de suas diligências investigatórias, que, pelas contas correntes de apenas 15 (quinze) pessoas físicas transitou o montante exorbitante de R\$ 10.300.000.000,00 (dez bilhões e trezentos milhões de reais), sem o recolhimento de qualquer quantia aos cofres públicos. Outras 84 pessoas jurídicas inscritas, de maneira insólita, dentre as categorias “isentas”, “omissas”, “inativas”, e, “optantes” pelo sistema simples de tributação, revelaram uma também absurdamente incompatível movimentação financeira de R\$ 15.000.000.000,00 (quinze bilhões de reais).

Nesse diapasão, o MPF e a receita federal acabaram encontrando “uma teia de práticas delituosas, aliás, a comprovar a – eventualmente – estreita ligação entre o crime de colarinho branco e o Poder Constituído”. (FELDENS, Luciano, 2002, p. 144).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Almejando evitar o desvirtuamento do texto constitucional, o Legislador Constituinte estabeleceu limites para o poder de reforma. Assim, pode-se preservar a imprescindível unidade da Constituição.

Admitir essa possível Emenda – que, atualmente, está aguardando constituição de Comissão Temporária na Seção de Registro de Comissões – na Carta Máxima da Federação brasileira, significa admitir uma reforma, que em seus objetivos, anseios, e especialmente, em suas consequências práticas, contraria valores dominantes na sociedade constitucional estabelecida pela Carta Magna de 1988 – a exemplo da segurança, estatuída no *caput* do artigo 6º da CF/88.

Aceitá-la, portanto, significa coadunar com uma Constituição indiferente à realidade. Retirar do Ministério Público a possibilidade de promover diligências investigatórias, só poderá acabar agravando a nefasta impunidade no âmbito da criminalidade de “colarinho branco”.

Defendeu-se aqui, destarte, a investigação direta ministerial em caráter supletivo, ou subsidiário. Principalmente, no âmbito da criminalidade de “colarinho branco” que, tem como protagonistas indivíduos privilegiados política e economicamente, para os quais a atuação investigatória direta do



Parquet tem se revelado, como atividade demasiadamente incômoda.

Em última análise, a atuação investigatória ministerial acaba também sendo imperiosa para consolidar o direito fundamental à segurança, em seu viés de defesa do patrimônio público.

Será que se pode aceitar, ante o atual grau de evolução Constitucional do ordenamento jurídico pátrio, a interrupção de todas as investigações que, hoje, estão sendo conduzidas diretamente pelo Ministério Público, seja isolada, seja cooperativamente junto às Polícias Judiciárias?

Em sendo possível a participação direta do Ministério Público nas investigações criminais, atividade devidamente regulamentada – mesmo em caráter subsidiário – e conforme a Constituição, a edição dessa Proposta de Emenda, visando introduzir vedação, que não foi estabelecida pelo Poder Constituinte de 1988, implica em inadmissível retrocesso na tutela do Estado ao direito social fundamental à segurança pública, violando, em última análise, destarte, o princípio constitucional de vedação ao retrocesso social.

Mesmo admitindo a existência de alguns possíveis inconvenientes e problemas na investigação direta empreendida por membros do Ministério Público – da mesma maneira que existe, hoje, também, nas investigações policiais – não parece ser a PEC 37/11 uma solução sensata.

Consagrar a possibilidade de realização de diligências investigatórias criminais pelo *Parquet*, em caráter supletivo, e, com a devida regulamentação, a qual pode ser feita por meio de lei, por exemplo; além do controle possível e necessário do Poder Judiciário, parece ser um rumo mais adequado aos valores e às necessidades da sociedade constitucional brasileira.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. **Investigação pelo Ministério Público. Argumentos contrários e a favor. A síntese possível e necessária**. 2004. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/parecer_barroso_-_investigacao_pelo_mp.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2012.

CALABRICH, Bruno. **Investigação criminal pelo Ministério Público: uma**



Renitente e Brasileira Polêmica, in Temas atuais do Ministério Público: a atuação do *Parquet* nos 20 anos da Constituição Federal. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães. **O Ministério Público e suas investigações independentes**: reflexões sobre a inexistência de monopólio na busca da verdade real. São Paulo: Malheiros, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **A Investigação Criminal Direta pelo Ministério Público e a Inexistência de Impedimento/Suspeição para o Oferecimento da Denúncia**. 2000. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/novo/arquivos/artigos/processo_penal/invest_criminal-mp.pdf> Acesso em: 07 abr. 2012.

FRANCO, Rodrigo Strini. **Criminalidade do colarinho branco como fonte de desigualdade no controle penal**. Jus navigandi, ano 8, n. 65, 01 de maio de 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4042/criminalidade-do-colarinho-branco-como-fonte-de-desigualdade-no-controle-penal/2>>. Acesso em: 05 de maio de 2012.

FELDENS, Luciano. **Tutela Penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e crítica. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.



MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público**. São Paulo: Saraiva, 1996.

MOREIRA, Rômulo De Andrade. **Ministério Público e poder investigatório criminal**. 2000. Disponível em: <http://www.juspodivm.com.br/i/a/%7B0EF44DA1-B477-40A2-8BF3-4F3E40EA21D6%7D_045.pdf> Acesso em: 07 abr. 2012.

RANGEL, Paulo. **Investigação criminal direta pelo Ministério Público**: visão crítica. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. **Crime e Constituição**: A legitimidade da função investigatória do Ministério Público. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

THE INADMISSIBILITY OF PEC 37/11: AN ANALYSIS DEFENDING CRIMINAL PROSECUTOR INVESTIGATIVE POWERS

ABSTRACT

This article analyzes the inadmissibility of the Proposed Amendment to the Constitution 37/11. For that, it demonstrates that there is no constitutional impediment to the direct exercise of criminal powers investigation by members of the public prosecutor, by showing the consecration of the inherent powers doctrine in constitutional hermeneutics, and demonstrating the full compatibility of criminal investigations undertaken by the procedural system *Parquet* criminal indictment. Argues, therefore, the fullness of this prerogative to be exercised by prosecutors, even on an alternative way, which has been even reiterated in various judged the Supreme Court



and the Superior Court. From this perspective, it establishes the importance of the investigative power of prosecutors, especially in the context of “white collar’s crime”. Considering mainly facts and values at stake, and practical consequences that may result from approval of PEC 37/11, sees that inadmissibility its evident. It concludes, moreover, that this PEC violates the constitutional principle of social backlash.

Keywords: Prosecutor. Investigative power. PEC 37/11. Inadmissibility.

