

E- 6/04/2019

O Parecer foi aprovado por unanimidade na reunião ordinária de 11/04/2019.

João C. P. Castellar
Presidente da Comissão



INSTITUTOS DOS ADVOGADOS BRASILEIROS
COMISSÃO DE DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO
RIO DE JANEIRO RJ

PARECER

INDICAÇÃO Nº: 064/2017

INTERESSADO: Dr. João Carlos Castellar

EMENTA: Resolução n. 181/2017 com alterações da Resolução n. 183/2018. Instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Competência constitucional do Ministério Público para exercer a ação penal e o processo administrativo prévio. Competência constitucional do Conselho Superior do Ministério Público para exercer o poder-regulamentar permitindo a realização das finalidades institucionais mediante a garantia da unidade dos órgãos do Ministério Público e a independência funcional de seus membros. Inconstitucionalidade do exercício do poder-dever de regulamentação nas disposições que a título de regular o processo investigatório criminal do Ministério Público inova dispendo sobre o direito material e o exercício do *ius puniendi* em violação a ordem jurídico-constitucional. Violação dos princípios republicanos e federativo que atribuem ao Poder Legislativo, em específico, a União a competência para legislar sobre matéria penal e processual conforme artigo 22 inciso I da Constituição Federal. Violação ao princípio da legalidade do artigo 5 inciso II da Constituição Federal, pois só se institui direitos e obrigações aos cidadãos através de norma geral e abstrata fruto da deliberação majoritária de parlamento democraticamente eleito. Opinião pelo encaminhamento ao Congresso Nacional para que no exercício da competência do artigo 49 inciso V da Constituição Federal suste a resolução do Conselho Superior do Ministério Público no que tange as disposições que exorbitem o poder de regulamentar por violação dos artigos 22 inciso I e artigo 5 inciso II da Constituição Federal.

I. RELATÓRIO

Trata-se de designação feita pelo ilustre consorte Dr. João Carlos Castellar para manifestação sobre a resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público que dispõe sobre a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público.

Aponta suposta violação ao dever de regulamentação por inovar em matéria que seria de competência legislativa exclusiva da União conforme artigo 24 inciso XI da Constituição Federal, já que segundo o mesmo trataria de disposições de matéria de natureza de direito processual penal.

O tema é de difícil apreensão, pois o processo investigatório criminal embora se ligue ao direito sancionador e o exercício do *ius puniendi* estatal tem natureza de processo administrativo e, portanto, se sujeita igualmente as disposições do direito administrativo, bem como, se insere dentro das atribuições conferidas pela Constituição ao Ministério Público.

Torna-se, portanto, a análise da resolução um *hard case* uma vez que envolve distintas competências envolvidas o que demanda uma hermenêutica capaz de garantir a concretização dos bens e interesses constitucionais envolvidos de forma a atingir as finalidades e objetivos da Constituição.

É o que se analisa a seguir.

II. FUNDAMENTO

A Constituição Federal de 05 de outubro de 1988 buscando a concretização da justiça social determinou no que tange a independência e separação dos poderes, em especial, no que se refere à função jurisdicional formar um arco da Administração da Justiça com instrumentos de controle e a criação de órgãos que exerceriam os papéis de funções essenciais à justiça¹.

Neste viés amplia o papel do Ministério Público consagrando-o como um órgão constitucional de natureza permanente, que tem natureza essencial à função jurisdicional do Estado, cabendo a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis².

Como órgão constitucional autônomo aponta a literatura ele é caracterizado por sua permanência e essencialidade, cuja autonomia o retira da órbita estrutural e hierárquica dos

¹ Sobre o tema, vide: TAVARES, André Ramos. **Teoria da Justiça Constitucional**. São Paulo Saraiva, 2005.

² BRASIL, Constituição Federal de 05 de Outubro de 1988. Art. 127

três Poderes tradicionais, dando a ele status de instituição com relevância política e jurídica por exercer função essencial ao sistema de justiça.³

Atribui, portanto, ao órgão constitucional a função institucional para promover a ação penal pública⁴, o que abrange os atos preparatórios como o inquérito policial, bem como, promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos⁵.

Por um lado, tal autonomia institucional não será exercida sem observância ao princípio federativo e, por esta razão, se sujeita ao princípio da unidade, a saber, a sujeição de todos os órgãos do Ministério Público a uma orientação comum para o interesse público e bem comum, da nação *pro populo* e não do Estado *pro domo*.⁶

Por outro, essa independência funcional da instituição e dos seus membros resulta a sua não interferência no exercício de suas atribuições por nenhum outro órgão ou poder constitucional, exceto no que tange aos mecanismos de controle interno e externo, sem ignorar a própria sujeição ao controle da sociedade.⁷

Desta feita, erige o papel do Conselho Nacional do Ministério Público criado pela Emenda Constitucional n. 45 de 2014 como instrumento de garantia da unidade institucional mediante o controle dessa autonomia funcional com uma composição plural, que permite a participação da coletividade nessa fiscalização das atividades do Ministério Público⁸.

Assim, pretende tal órgão constitucional ser órgão de composição democrática plural, que tem por objetivo precípuo a proposição de medidas para o aperfeiçoamento e cumprimento da missão institucional do Ministério Público no Brasil, além de exercer a sua função correcional⁹.

Por esta razão, optou o Constituinte pela criação de uma instituição de controle administrativo, financeiro e disciplinar do Ministério Público dentro do sistema constitucional

³ Consulte-se, por todos: GARCIA, Emerson. **Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

⁴ BRASIL, Constituição Federal de 05 de Outubro de 1988. Art. 129 inciso I.

⁵ BRASIL, Constituição Federal de 05 de Outubro de 1988. Art. 129 inciso III.

⁶ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Das Funções Essenciais à Justiça: Do Ministério Público** in: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 3246 e ss.

⁷ INACARATO, Márcio A. **O Ministério Público na ordem jurídico-constitucional**. Revista de Informação Legislativa, v. 8, n. 29, p. 69 e ss., jan./mar., 1971.

⁸ SAMPAIO, José Adércio Leite. Op. cit. p. 3284.

⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. Op. cit. p. 3285.

de *checks and balances* devendo atuar com medidas administrativas ou normativas, porém, respeitando a atuação legislativa e sem inovar na ordem jurídica.¹⁰

Urge delimitar, portanto, se o Conselho Nacional do Ministério Público dentro da sua competência constitucional de zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, mediante a expedição de atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendação de providências¹¹ extrapolou as suas atribuições.

Note que, o poder-*dever* de regulamentar deste órgão constitucional está associado à concepção de que outras estruturas estatais de poder podem especificar, com imperatividade, as providências a serem adotadas para o aperfeiçoamento dos comandos legais postos pelo legislador democraticamente legitimado.¹²

Neste viés, embora o inquérito policial seja regulamentado pelo Código de Processo Penal não haveria impedimento houvesse a regulação do trâmite do processo administrativo preparatório no Ministério Público garantindo unidade dos seus órgãos e controle da autonomia funcional de seus membros no que tange a propositura da ação penal.

Todavia, a Resolução nº 181 de 2017 além da regulamentação da ação administrativa do Ministério Público prévia ao inquérito policial¹³ e do próprio processo administrativo no âmbito do Ministério Público¹⁴ garantindo o cumprimento da cláusula do devido processo administrativo e suas normas¹⁵ inova ao regular o próprio exercício do *ius puniendi*.

Isto porque, no que tange a regulamentação do processo administrativo de inquérito policial exercido no âmbito do Ministério Público há de se considerar que o Conselho

¹⁰ STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Os limites constitucionais das resoluções do CNJ e do CNMP**. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/publicacoes_artigos_mostra.php?id=5>. Acesso em 05 de Outubro de 2018.

¹¹ BRASIL, Constituição Federal de 05 de Outubro de 1988. Art. 130-A §2º inciso I.

¹² GARCIA, Emerson. **As Resoluções do CNMP e o seu necessário bazilamento**. Revista Eletrônica do CEAf. Porto Alegre - RS. Ministério Público do Estado do RS. Vol. 1, n. 1, out. 2011/jan. 2012 p. 3.

¹³ Como, por exemplo, Art. 2 da dita resolução “Em poder de quaisquer peças de informação, o membro do Ministério Público poderá: I – promover a ação penal cabível; II – instaurar procedimento investigatório criminal; III – encaminhar as peças para o Juizado Especial Criminal, caso a infração seja de menor potencial ofensivo; IV – promover fundamentadamente o respectivo arquivamento; V – requisitar a instauração de inquérito policial, indicando, sempre que possível, as diligências necessárias à elucidação dos fatos, sem prejuízo daquelas que vierem a ser realizadas por iniciativa da autoridade policial competente”

¹⁴ Como, por exemplo, Art. 13 da dita resolução “O procedimento investigatório criminal deverá ser concluído no prazo de 90 (noventa) dias, permitidas, por igual período, prorrogações sucessivas, por decisão fundamentada do membro do Ministério Público responsável pela sua condução”

¹⁵ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de Outubro de 1988. “Art. 5 LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”

Superior do Ministério Público atua na regulamentação das disposições da Lei Orgânica do Ministério Público, que nada dispõe sobre o procedimento pelo *parquet* no inquérito¹⁶.

Garante uniformidade na atuação dos órgãos com atribuição penal no Ministério Público ao determinar normas procedimentais, relativas à instauração, produção de prova, publicidade e prazo de duração do processo administrativo de antecipação da ação penal, que só foi produzida no âmbito da lei de processo administrativo federal de natureza não penal.¹⁷

Todavia, não esqueça que o exercício do direito sancionador é decorrente do *ius imperium* estatal, que é dotado de monopólio normativo ao qual no Estado Republicano Brasileiro é exercido pelo Poder Legislativo¹⁸ e na partilha de competência entre os entes federativos foi destinado à União legislar sobre matéria de direito penal e processual penal¹⁹.

Ademais, dentro do sistema de direitos e garantias fundamentais brasileiras a criação de direitos e deveres se sujeitam ao princípio da legalidade²⁰ e as regras e princípios da cláusula do *due process of law*²¹ razão pelo qual é direito público subjetivo do cidadão se sujeitar apenas a regras gerais e abstratas editadas conforme a lei por parlamento eleito.

Não se ignore, portanto, que embora o Ministério Público tenha atribuição constitucional de exercer a ação penal e o inquérito policial, bem como, o Conselho Nacional do Ministério Público de expedir atos normativos, tal poder-dever regulamentar não pode inovar na ordem jurídica ainda que a título de concretizar tais atribuições constitucionais.

Deste modo, a Resolução nº 181 de 2017 ultrapassa os limites do poder regulamentar ao sob o título de regulação da ação do Ministério Público no inquérito policial dispor sobre o direito material, ou seja, o *ius puniendi* estatal ao prever *e.g.* o acordo de não-persecução penal com criação de formas de atuação processual até do juiz criminal.²²

¹⁶ BRASIL, Lei Federal n. 8.625/1993. Art. 10 inciso IX “d” “e” e XI. Art. 25 inciso IV. Art. 26 inciso I, IV. Art. 29 VII Artigo 30. Art. 41 inciso VIII.

¹⁷ BRASIL, Lei Federal n. 9.784 de 29 de Janeiro de 1999.

¹⁸ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de Outubro de 1988. Art. 2.

¹⁹ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de Outubro de 1988. Art. 22 inciso I.

²⁰ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de Outubro de 1988. Art. 5 inciso II.

²¹ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de Outubro de 1988. Art. 5 inciso XXXV e ss.

²² Dispõe, o artigo 18, da dita resolução: Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente

III. CONCLUSÃO

Diante do exposto, opino que a resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público exorbita o poder-dever de regulamentação nas disposições que a título de regular o processo investigatório criminal do Ministério Público inova dispondo sobre o direito material e o exercício do *ius puniendi* em violação a ordem jurídico-constitucional.

Por esta razão, sugere-se o encaminhamento ao Congresso Nacional para que no exercício da competência do artigo 49 inciso V da Constituição Federal suste a resolução do Conselho Superior do Ministério Público por violação dos artigos 22 inciso I e artigo 5 inciso II da Constituição Federal.

É o parecer, ora submetido à douta apreciação do plenário.

Rio de Janeiro, 20 de Outubro de 2018.



Emerson Affonso da Costa Moura

Professor Adjunto da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro

Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Pesquisador registrado pelo CNPQ pela Universidade Federal Fluminense