



Excelentíssimo Senhor Presidente da Comissão Permanente de
Direito Penal do Instituto dos Advogados Brasileiros, Dr. Márcio
Barandier

PARECER

PALAVRAS-CHAVE: Ministério Público. Resolução nº. 181/2017. Procedimento Investigatório. Inconstitucionalidade. Processo Penal. Reserva de Lei Federal.

EMENTA: Resoluções do CNMP que inovam em matéria processual penal, usurpando competência privativa da União. Atos normativos que, ademais, disciplinam a investigação penal em franco descompasso com diversas garantias constitucionais. ADIs propostas no STF pelo CFOAB e pela AMB, questionando a constitucionalidade de tais normas. Parecer pela pertinência da habilitação do IAB como *Amicus Curiae* no curso da ADI proposta pelo CFOAB.

1. Versa o presente parecer sobre a Indicação número 64/2017, de autoria do Consócio Dr. João Carlos Castellar, sobre norma administrativa interna emitida pelo Conselho Nacional do Ministério Público (“**CNMP**”), com a finalidade de regulamentar procedimentos investigatórios criminais a serem instaurados pelos membros do *Parquet*.
2. Com efeito, em agosto de 2017, o CNMP editou Resolução nº. 181, de autoria do seu então Presidente, o ex-Procurador-Geral da

República Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, que invocou, para justificar a medida, “*a necessidade de permanente aprimoramento das investigações criminais levadas a cabo pelo Ministério Público*” e a “*a exigência de soluções alternativas no Processo Penal que proporcionem celeridade na resolução dos casos menos graves*”.

3. Parte da referida norma estava em franco descompasso com a Constituição Federal, seja porque inovava no ordenamento jurídico processual penal, usurpando, pois, competência legislativa privativa da União, seja porque tornava possível a atuação do Ministério Público na primeira fase da persecução penal sem a observância de garantias consagradas em dispositivos da Lei Maior.

4. Justamente por isso, após severas críticas de diversos setores de comunidade jurídica nacional, a Associação dos Magistrados do Brasil (“**AMB**”) e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (“**CFOAB**”) propuseram Ações Diretas de Inconstitucionalidade em face do referido ato normativo, distribuídas no Supremo Tribunal Federal sob os números 5.790 e 5.793, respectivamente, ambas sob a relatoria do Excelentíssimo Senhor Ministro Ricardo Lewandowski.

5. Em resposta aos questionamentos judiciais ao ato normativo em questão, promovidos tanto pela Advocacia como pela Magistratura, a Excelentíssima Procuradora-Geral da República, Dra. Raquel Elias Ferreira Dodge, sucessora do Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, houve por bem tentar reparar os equívocos cometidos por seu antecessor, elaborando nova resolução sobre o mesmo tema, editada

pelo CNMP em 24 de janeiro de 2018 sob o número 183, promovendo algumas alterações no ato normativo anterior com o objetivo de neutralizar as críticas cristalizadas nas referidas Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Na parte introdutória da Resolução número 183 de 2018, inclusive, Sua Excelência apontou, à título de motivação, “*as preocupações externadas pela Associação dos Magistrados Brasileiros e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, respectivamente, nos autos das ações diretas de inconstitucionalidade nos 5.790 e 5.793, em trâmite no Supremo Tribunal Federal sob relatoria do Exmo. Ministro Ricardo Lewandowski, bem assim pelas entidades que pleitearam ingresso nos referidos processos a título de amicus curiae*”.

6. O esforço de Sua Excelência, contudo, não foi suficiente para tornar a Resolução nº. 181 de 2017 compatível com a Constituição Federal que há 31 anos rege a República Federativa do Brasil.

7. Neste sentido, após a intervenção da atual Excelentíssima Procuradora-Geral da República, os artigos 1º, *caput*, e 2º, inciso V, da Resolução nº. 181/2017, preveem o seguinte:

“Art. 1º O procedimento investigatório criminal é instrumento sumário e desburocratizado de natureza administrativa e investigatória, instaurado e presidido pelo membro do Ministério Público com atribuição criminal, e terá como finalidade apurar a ocorrência de infrações penais de iniciativa pública, servindo como preparação e embasamento para o juízo de propositura, ou não, da respectiva ação penal.

Art. 2º Em poder de quaisquer peças de informação, o membro do Ministério Público poderá:

(...)

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.”

8. Já nesses primeiros dois artigos percebe-se uma grave incompatibilidade da norma administrativa do CNMP com a Constituição Federal, na medida em que a resolução confere ao Ministério Público a possibilidade de, a seu livre talante, instaurar o procedimento investigatório, sob a sua própria presidência, ou transferir esta tarefa à autoridade policial, a partir de requisição própria, mas **sem estabelecer qualquer critério para definir quando um ou outro caminho deverá ser seguido na prática.**

9. Por se tratar de apuração que, pela sua natureza, pode resultar em privação da liberdade ou óbice à livre fruição da propriedade privada, não se revela compatível com o princípio da impessoalidade da Administração Pública, consagrado no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, permitir que o Ministério Público possa simplesmente escolher, a seu gosto, quem ou o que desejará investigar, sem a observância de parâmetros objetivos.

10. Afinal, sob que circunstâncias seria dado ao *Parquet* promover diretamente a investigação penal, dispensando o inquérito policial? Quando bem entender, apenas por que determinado fato e/ou pessoa lhe interessa por uma ou outra razão, que, inclusive, sequer é obrigado a declinar?

11. Simultaneamente, as disposições em questão fazem tabula rasa da precípua missão dos diferentes órgãos de Polícia Judiciária, tal qual

estabelecida no artigo 144 da Constituição Federal, absolutamente esvaziado pelo CNPM, quer seja, *a apuração de infrações penais e exercício da segurança pública*.

12. Na atual quadra republicana, não deveria haver espaço para *investigações prediletas* do órgão de Acusação Pública, em que a autoridade policial é alijada da sua missão constitucional apenas porque assim quer um ou outro Promotor de Justiça ou Procurador da República, devendo a opção pela investigação direta ministerial, ao revés, sempre estar justificada em circunstâncias objetivas, previamente estipuladas e motivadas em cada caso concreto.

13. Não se pretende aqui retomar o superado debate em torno da possibilidade de o Ministério Público promover diretamente a investigação criminal. O que ora se sustenta é apenas a necessidade de se estabelecer critérios objetivos para tanto, externados motivadamente em cada caso concreto, a fim de que o cidadão investigado e a própria sociedade possam saber o que levou o órgão de Acusação Pública a dispensar pontualmente a caríssima estrutura especializada da Polícia na apuração do ilícito.

14. Assim, ao disciplinar a investigação direta do Ministério Público, sem a fixação de parâmetros objetivos para a exclusão da Polícia da apuração dos fatos, ao mesmo tempo em que não exige motivação para tanto, os artigos 1º, *caput* e 2º, inciso V, da resolução *sub examen* estão a merecer o devido questionamento pela via do controle concentrado de constitucionalidade.

15. Sem embargo das inconstitucionalidades ora apontadas, o ponto nevrálgico da Resolução de nº. 181/2017 se encontra no seu capítulo sétimo, intitulado “DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL”, que atualmente, após alteração dada pela Resolução nº. 183/2018, prevê o seguinte:

“Artigo 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:

I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público;

IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito;

V – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada.”

16. Trata-se, sem sombra de dúvidas, de inovação que implica em profunda modificação da própria estrutura do processo penal brasileiro, ao conferir ao Ministério Público a possibilidade de simplesmente dispor da ação penal pública em diversos casos não previstos na

legislação vigente, contrariando o tradicional princípio da obrigatoriedade que, à luz do que estabelecem os artigos 129, inciso I, da Constituição Federal e 24 do Código de Processo Penal (“**CPP**”), há muito serve de norte à atividade da Acusação Pública.

17. Não fosse esta inovação expressiva o suficiente por si só, o referido ato normativo, em sua primeira versão, ainda excluía o Poder Judiciário do controle da atividade do Ministério Público na etapa pré-processual quando houver a celebração do denominado “acordo de não-persecução penal”, ao prescrever, em sua dicção originária, no artigo 18, §8º, que, “*cumprido integralmente o acordo, o Ministério Público promoverá o arquivamento da investigação, sendo que esse pronunciamento, desde que esteja em conformidade com as leis e com esta resolução, vinculará toda a Instituição*”. Criava-se, deste modo, a figura do *arquivamento da investigação penal à margem do controle jurisdicional*, contrariando frontalmente o disposto nos artigos 18 e 28 do CPP, segundo os quais o encerramento da investigação depende de *requerimento* do *Parquet* e de *ordem* da autoridade judiciária.

18. E a escancarar a falta de sintonia estrutural entre a inovação do CNMP e o ordenamento em vigor em matéria processual penal, a própria resolução *sub examen* dispunha que, nas investigações criminais em que não houvesse acordo com o investigado, o arquivamento dos respectivos autos, uma vez “*promovido*” pelo Ministério Público, deveria ser “*apresentado*” ao Poder Judiciário (artigo 19, parágrafo único, em sua redação originária), como se não dependesse, *de lege lata*, *requerimento* prévio e de *ordem* de um magistrado competente.

19. Embora o ordenamento jurídico contemple exceções pontuais ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, como ocorre nos acordos celebrados entre o investigado e o Ministério Público no âmbito das Leis de números 9.099/95 e 12.850/2013, isto não permite que uma mera resolução, extrapolando o seu limitado escopo de regulamentação, possa ampliar largamente estas hipóteses, para permitir a sua aplicação ao processo penal em diversos outros casos, contrariando dispositivos que lhe são hierarquicamente superiores na escala normativa.

20. Em que pese tenha tentado suavizar o vício anterior ao elaborar a Resolução nº. 183/2018, a atual Procuradora-Geral da República, manteve a afronta à autoridade do Poder Judiciário, pois, apesar de ter estabelecido no artigo 18, §4º, que “*realizado o acordo, a vítima será comunicada por qualquer meio idôneo, e os autos serão submetidos à apreciação judicial*”, Sua Excelência definiu, no parágrafo 6º, que “*se o juiz considerar incabível o acordo*”, “*fará remessa dos autos ao procurador-geral ou órgão superior interno responsável por sua apreciação*” que, por sua vez, poderá “*manter o acordo de não persecução, que vinculará toda a Instituição*”. Observe-se:

“§4º Realizado o acordo, a vítima será comunicada por qualquer meio idôneo, e os autos serão submetidos à apreciação judicial.

§5º Se o juiz considerar o acordo cabível e as condições adequadas e suficientes, devolverá os autos ao Ministério Público para sua implementação.

§6º Se o juiz considerar incabível o acordo, bem como inadequadas ou insuficientes as condições celebradas, fará remessa dos autos ao procurador-geral ou órgão superior interno

responsável por sua apreciação, nos termos da legislação vigente, que poderá adotar as seguintes providências:

I – oferecer denúncia ou designar outro membro para oferecê-la;

II – complementar as investigações ou designar outro membro para complementá-la;

III – reformular a proposta de acordo de não persecução, para apreciação do investigado;

IV – manter o acordo de não persecução, que vinculará toda a Instituição.

21. Nestes termos, o controle judicial do acordo de não persecução se afigura meramente decorativo, na medida em que o Ministério Público pode “*manter o acordo de não persecução*” mesmo quando o magistrado reputá-lo incabível, o que importa em inequívoca usurpação da competência do Poder Judiciário para julgar e impor sanções aos seus jurisdicionados.

22. No ponto, não custa rememorar que o Ministério Público é o titular da *ação penal*, e não da *execução penal*, bem como é parte, assim como os réus, e não autoridade julgadora.

23. Ao ignorar tais conceitos na Resolução número 181, disciplinando com feição claramente inovatória matéria processual, o CNMP usurpou competência privativa da União, estabelecida no artigo 22, inciso I, da Constituição Federal, daí resultando a inconstitucionalidade do artigo 18 da Resolução sob exame, tal como, aliás, argumentado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil na inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade número 5.793.



24. Daí porque os dispositivos em questão devem ser harmonizados com a Lei Maior, para que reste expressamente estabelecida a necessidade de prévia intervenção do Poder Judiciário nas situações acima elencadas.

25. Por tais razões, diante da inconstitucionalidade da norma administrativa interna do Ministério Público sob exame, sugere-se ao Instituto dos Advogados Brasileiros que se digne a pleitear habilitação como *Amicus Curiae* no âmbito das Ações Diretas de Inconstitucionalidade de números 5.790 e 5.793, propostas pela Associação dos Magistrados do Brasil e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e perante o Supremo Tribunal Federal, respectivamente, para que sejam expurgados ou ao menos compatibilizados com a Constituição Federal os artigos 1º, *caput*, 2º, inciso V, e 18 da Resolução número 181 de 7 de agosto de 2017 do CNMP.

26. É o parecer.

Rio de Janeiro, 13 de setembro de 2019.



Thiago Guilherme Nolasco

Membro efetivo da Comissão Permanente de Direito Penal do
Instituto dos Advogados Brasileiros