

NOTA TÉCNICA Nº 08/2015/CONAMP

Proposição: PEC 89/2015-Câmara dos Deputados

Ementa: Proposta de Emenda Constitucional que visa criar o Juizado de Instrução e Garantias, remetendo ao juiz de instrução – cargos com inicial investidura pelo aproveitamento de delegados de polícia – o comando da investigação criminal. Inconstitucionalidade por ofensa aos princípios da imparcialidade do juiz, da vedação da prestação jurisdicional *ex officio*, do juiz natural, de estabelecimento de tribunais de exceção e do acesso a cargos públicos por concurso específico de provas e títulos. Proposta que relega ao Ministério Público papel secundário na investigação criminal, com ofensa a princípios de tratados internacionais e à própria Constituição da República.

A Associação Nacional dos Membros do Ministério Público

(CONAMP), entidade representativa de mais de 16 (dezesseis) mil Promotores e Procuradores de Justiça do Ministério Público brasileiro, membros do Ministério Público dos Estados, Militar e do Distrito Federal e Territórios, com o objetivo de colaborar para o bom evoluir do processo legislativo, vem externar o seu posicionamento a respeito das premissas equivocadas, da funcionalidade distorcida e da grave incoerência sistêmica inerentes à Proposta de Emenda à Constituição nº 89, de 2015, subscrita, dentre outros, pelo eminente Deputado Federal Hugo Legal, que acresce um novo artigo, 98-A, à Constituição da República, bem como dá nova redação aos seus artigos 129, inciso VIII, e 144, §§ 1º, 4º, 5º e 10º, além de dar nova redação aos artigos 101 e 102 de suas disposições transitórias, para criar o juizado de instrução e garantias, com investidura inicial de delegados de polícia por acesso, consoante a seguir exposto.

A proposta em comento tem por objetivo alterar as regras da investigação criminal no Brasil, criando a figura do Juizado de Instrução e Garantias, com seus quadros inicialmente providos mediante o aproveitamento de delegados de polícia, valendo-se de inconstitucional acesso – e não o seu provimento por concurso

público específico (como exige o art. 37, inciso II, da CF/1988), também olvidando da obrigatória participação da Ordem dos Advogados do Brasil (art. 93, inciso I, da CF/1988).

Enfim, a proposta de alteração normativa em questão subverte a essência da jurisdição ao conferir ao juiz de instrução o poder-dever de agir *ex officio*, relegando princípio basilar da atuação jurisdicional que é a ação do Estado-Juiz apenas mediante provocação das partes.

Significa isto dizer que o projeto transforma o juiz, na fase preliminar investigatória da persecução, em agente produtor de prova destinada a formar a *opinio delicti* do Ministério Público, rompendo, portanto, com o primado da imparcialidade do magistrado.

A exegese de sua justificativa aponta que teria a proposta se espelhado em sistemas processuais penais europeus e isto se demonstra com a remissão – e equivocada em sua conceituação – ao sistema de investigação Italiano¹, a outros sistemas correntes na Europa² e ao sistema francês³.

Descura o projeto, porém, em apontar que nos sistemas de investigação em curso na Europa Hemisférica Ocidental a instrução fica precipuamente a cargo do órgão do Ministério Público, e não da magistratura judicante, mesmo porque em alguns sistemas há única carreira entre Ministério Público e magistratura, com divisão de competências entre as funções típicas do *Parquet* e a de julgador.

Em verdade, a busca da inserção do Juizado de Instrução não se mostra inédita no Parlamento nacional. Cabe, a exemplo, referência ao Projeto de Lei 5047/2005-Câmara,⁴ de autoria do então Deputado Federal Gustavo Fruet, em que a atribuição da investigação era cometida mormente ao órgão do Ministério Público, aproximando-se do real sistema europeu, com atribuição supletiva da magistratura judicante.

¹ Vide pg. 05, em remição ao sistema Italiano referido por Ricardo Balestreli,

² Vide pg. 07, referência ao trabalho publicado pelo Ministro José Arnaldo da Fonseca, ali citado.

³ Vide pg. 08, em remição ao sistema Frances, referido por José Renato Nalini.

⁴ Projeto de Lei já arquivado, nos termos do artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

Insta aclarar que o Projeto de Lei 5047/2005-Câmara teve, em sua justificação, remissão integral ao trabalho do Ministro José Arnaldo da Fonseca,⁵ onde, em aprofundada análise de direito comparado, demonstra-se que, na maioria dos países da Europa ocidental, **a investigação criminal** é creditada precipuamente ao Ministério Público. *In verbis*:

“11 - Propende a proposta para atribuir ao Ministério Público, de ofício, ou provocado, a direção dos atos de investigação. É a orientação, atualmente, predominante, mesmo nos países que adotam o Sistema do Juizado de Instrução Criminal, por excelência, como a Espanha e a França. Na verdade, não prevalece mais um modelo puro, ou seja, instrução preliminar exclusivamente ao encargo do Ministério Público ou do Juiz. Há temperamentos. Sejam exemplos:

a) **Espanha** - “A instrução preliminar está estruturada em um complexo sistema, pois coexistem na atualidade três formas distintas: o sumário, as diligências prévias e a *instruction complementaria*”. (In Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal, Aury Lopes Jr. Ed. Lúmen Júris - RJ- 2ª ed. 2003, p. 220).

A LECrim (Código Processual Penal Espanhol) sofreu reforma pontual por meio da L07/88 e **embora a regra geral é a instrução a cargo do juiz instrutor, “criou uma instrução preliminar híbrida, pois o promotor é um investigador paralelo** que não tem poderes para decretar a prisão cautelar ou a liberdade provisória, mas pode citar suspeitos e testemunhas e inclusive deter o imputado que não atenda à citação cautelar; **tem amplos poderes para investigar**, mas a investigação do juiz instrutor é prioritário e preferente” (ob. cit. p. 230).

b) **França** - “Com relação ao órgão, **a instrução preliminar está a cargo do juiz ou do Ministério Público**, segundo o caso. **Devemos destacar que ambos pertencem ao Poder Judiciário e são considerados magistrados**, conforme estabelece o art. 65 da Constituição francesa. Existem os *magistrats du parquet* e os *magistrat du siège*, segundo pertençam à carreira judicial ou do MP” (ob. cit. p. 235).

c) Na **Itália** e em **Portugal**, **fica o Ministério Público incumbido de proceder à investigação preliminar e dado que ele integra a magistratura**, os atos praticados são tidos como procedimento judicial pré-processual. Mas, em um e outro país, junto ao Ministério Público, intervém o juiz para praticar alguns atos: investigação e garantia, controle da duração da investigação preliminar.

⁵ Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça.

d) **A Alemanha adota**, em relação ao órgão encarregado de investigação prévia, **o promotor investigador**. Reserva, contudo, para o juiz a realização de atos de apuração prévia que tenham caráter de urgência, que visem a assegurar os meios de prova e o controle de impulsos ministeriais que possam invadir a competência do órgão jurisdicional” (negritos não no original).⁶

O relatório da Comissão de Segurança Pública e Crime Organizado foi contrário à aprovação do PL 5047/2005, expondo a sua relatora, Deputada Denise Frossard, a incompatibilidade constitucional em se creditar ao juiz a atividade instrutória de fase preliminar:

“O digno autor justifica a proposição com a necessidade de aprimoramento e modernização da legislação processual brasileira. **Apoia-se em fundamentos expedidos pelo Ministro José Arnaldo da Fonseca, do Superior Tribunal de Justiça, sobre a adoção, no Brasil, do Juizado de Instrução Criminal, nos moldes europeus (Espanha, França, Itália e Alemanha) onde o juiz e o promotor são encarregados da investigação prévia...** O pretendido Juizado de Instrução Criminal, modelo que tem a minha simpatia há muitos anos, não se compadece, contudo, com o nosso ordenamento jurídico, ainda que copiado parcialmente do modelo europeu. **Autorizar o acesso a dados protegidos pelo sigilo constitucional não é o mesmo que acessá-los. Distinguem-se as duas funções: a deliberativa, que compete ao Judiciário, e a operacional, que compete ao Executivo. Isso reflete o modelo presidencialista de governo, adotado pelo Brasil, diferente do modelo parlamentarista adotado na Europa**, embora ambos sejam democráticos. No Brasil, a função de polícia judiciária está reservada aos órgãos de segurança pública que integram o Poder Executivo (CF 144). **Aos juizes, está reservada a função jurisdicional que inclui, via controle da constitucionalidade e da legalidade, o controle da função policial, mas, não o seu exercício. Os poderes instrumentais do juiz no processo penal não se confundem com os poderes de investigação do delegado no inquérito policial.**”⁷ (negritos não no original).

⁶ Vide pgs. 09/11 do P.L. 5047/2005.

⁷ De se gizar que o modelo constitucional brasileiro não traz reserva da investigação criminal para a Polícia Judiciária, **reconhecendo o Supremo Tribunal Federal, e com repercussão geral, a legitimidade da investigação criminal realizada pelo Ministério Público** (Recurso Extraordinário 593.727), uniformizando o entendimento da Corte que, de longaeva, já vinha assim decidindo. Afastando, de antes, a exclusividade da polícia judiciária para a investigação criminal: **STF**: 1ª T., HC nº 96.638/BA, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 02/12/2010, DJ de 01/02/2011; 2ª T., HC nº 77.371/SP, rel. Min. Nelson Jobim, j. em 1º/09/1998, in Revista de Direito do MPRJ nº 9/409; 1ª T., HC nº 96.617/MG, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. em 23/11/2010, DJ de 13/12/2010; Pleno, AP nº 396/RO, rel. Min. Cármen Lúcia, j. em 28/10/2010, DJ de 28/04/2011; 2ª T., RE nº 468.523/SC, rel. Min. Ellen Gracie, j. em 01/12/2009, DJ de 19/02/2010; 2ª T., RE nº 449.206/PR, rel. Min. Carlos Velloso, j. em 18/10/2005, DJ de 25/11/2005; 2ª T., HC nº 97.969/RS, rel. Min. Ayres Britto, j. em 01/02/2011, DJ de 23/05/2011; 2ª T., HC nº 93.930/RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 07/12/2010, DJ de 03/02/2011; 2ª T., HC nº 94.127/BA, rel.

Vê-se, pois, que a PEC 89 desfigura o sistema de investigação vigente em países europeus, criando Juizado de Instrução sob comando do Estado-Juiz, que deveria primar pela imparcialidade e pela vedação de atuação de ofício e não sob o comando direto do Ministério Público, como ocorre primordialmente nos citados países, distanciando-se do disposto no 8º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, que preconiza, em seu item 15, que “os magistrados do Ministério Público obrigam-se em especial a encetar investigações criminais no caso de delitos cometidos por agentes do Estado, nomeadamente atos de corrupção, de abuso de poder, de violações graves dos direitos do homem e outras infrações reconhecidas pelo direito internacional e, quando a lei ou a prática nacionais a isso os autoriza, a iniciar procedimento criminal por tais infrações”.

Demais, olvidou também a proposta de emenda da premissa estatuída no Estatuto de Roma, ratificado pelo Brasil pelo Decreto 4.388/02 - e instituidor do Tribunal Penal Internacional -, instrumento que impõe ao Ministério Público o comando das investigações prévias dos fatos a serem por ele submetidos à Corte.

Não é de se descurar que, na órbita interna, o Congresso Nacional reconheceu a capacidade de investigação do Ministério Público, rejeitando a Câmara dos Deputados a PEC 37 por 430 votos contra nove. O Supremo Tribunal

Min. Celso de Mello, j. em 27/10/2009, DJ de 27/11/2009; 2ª T., HC nº 87.610/SC, rel. Min. Celso de Mello, j. em 27/10/2009, DJ de 04/12/2009; 2ª T., HC nº 90.099/RS, rel. Min. Celso de Mello, j. em 27/10/2009, DJ de 04/12/2009; e 2ª T., HC nº 89.837/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. em 20/10/2009, DJ de 20/11/2009; **STJ**: 6ª T., RHC nº 11.670/RS, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 3/11/2001, DJU de 04/02/2002, p. 551; 5ª T., HC nº 33.462/DF, rel. Min. Laurita Vaz, j. em 27/09/2005, DJU de 07/11/2005, p. 316; 5ª T., HC nº 41.875/SC, rel. Min. Laurita Vaz, j. em 06/09/2005, DJU de 03/10/2005, p. 296; 6ª T., REsp. nº 494.320/RJ, rel. p/ o acórdão Min. Nilson Naves, j. em 28/10/2004; 5ª T., HC nº 34.151/SP, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. em 27/04/2004, DJU de 24/05/2002, p. 321; 5ª T., HC nº 25.238/GO, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. em 02/03/2004, DJU de 24/05/2004, p. 298; 5ª T., HC nº 18.060/PR, rel. Min. Jorge Scartezzini, j. em 07/02/2002, DJU de 26/08/2002, p. 271; 6ª T., RHC nº 11.637/SC, rel. Min. Vicente Leal, j. em 06/12/2001, DJU de 18/02/2002, p. 499; 6ª T., RHC nº 11.670/RS, rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 13/11/2001, DJU de 04/02/2002, p. 551; 5ª T., RHC nº 10.111/DF, rel. Min. Edson Vidigal, j. em 06/09/2001, DJU de 08/10/2001, p. 223; 5ª T., HC nº 12.685/MA, rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 11/06/2001, p. 240; 5ª T., RHC nº 8.106/DF, rel. Min. Gilson Dipp, j. em 03/04/2001, DJU de 04/06/2001, p. 186, p. 186, RT 793/538; 5ª T., HC nº 13.368/DF, rel. Min. Gilson Dipp, j. em 03/04/2001, DJU de 04/06/2001, p. 194; 5ª T., RHC nº 10.403/DF, rel. Min. Felix Fischer, j. em 20/02/2001, DJU de 26/03/2001, p. 436; 5ª T., RHC nº 9.922/DF, rel. Min. Felix Fischer, j. em 13/12/2000, DJU de 05/02/2001, p. 114; 5ª T., RHC nº 10.725/PB, rel. Min. Gilson Dipp, j. em 03/02/2000, DJU de 08/03/2000, p. 137; 5ª T., HC nº 7.445/RJ, rel. Min. Gilson Dipp, j. em 1º/12/1998, DJU de 1º/02/1999, p. 218, RT 764/507; e 6ª T., RHC nº 8.025/PR, rel. Min. Vicente Leal, j. em 1º/12/1998, DJU de 18/12/1998, p. 416.

Federal igualmente vaticinou, em definitivo, a capacidade de investigação do Ministério Público,⁸ o que, na proposta em comento, contém apenas tímida referência relegada à regulamentação por lei complementar,⁹ sem que traçadas pela PEC 89 as balizas da investigação ministerial. Isto demonstra que a própria investigação do *Parquet* – própria garantia da sociedade em caso de inércia dos demais órgãos de investigação – não recebeu na proposta a mesma importância que creditou ao Juizado de Instrução e Garantias, ali tratado em minúcias, ainda que tisonando o arcabouço constitucional.

Noutro vértice, a proposta em análise subverte a eficácia da produção de prova destinada à oferta da ação penal, relegando ao Ministério Público – destinatário da prova a ser formada na investigação, para formação de sua *opinio delicti* – a posição de mero requerente e espectador de provas, sujeitando-se, por isto, a não conseguir formar sua convicção para desencadear a ação penal em hipótese de indeferimento de provas lícitas e necessárias.

Também peca por não disciplinar a atuação dos juizados de instrução nas hipóteses de competência originária dos Tribunais, de forma a deslocar para a primeira instância o controle da investigação sobre titulares de cargos públicos processados originariamente nas Cortes de Justiça.

Impende ressaltar que a PEC 89 pode fazer transparecer ao corpo social intenção de ofensa ao princípio da impessoalidade da norma, porquanto sua aprovação implicaria em alteração de competência para investigação de fatos importantes para o País, como a exemplo na denominada Operação *Lava Jato*, com criação de juízo posterior a fatos hoje já investigados à contento e de forma absolutamente republicana, deslocando-se essa competência para novel juízo, com vislumbrada ofensa aos princípios do juiz natural e da criação de juízos/tribunais de exceção pós-fato (art. 5º, incisos LIII e XXXVII, da CF/1988).

Cria, ainda, injustificável divisão constitucional entre classes de juízes, buscando estabelecer, no corpo da Constituição, competências que são próprias das normas de organização judiciária.

⁸ Vide referência na nota de rodapé nº 7.

⁹ Vide seu art. 1º.

É de se ressaltar que está em trâmite perante o Congresso Nacional Projeto de Lei para alteração do Código de Processo Penal (PLS 156/09),¹⁰ que prevê a criação não do Juizado de Instrução e Garantias, mas da figura do Juiz de Garantias, remetendo-lhe competência para decidir sobre medidas assecuratórias, restrição de liberdade e quebra de sigilos legais/constitucionais, o que em nada afronta à imparcialidade, pressuposto da jurisdição, não vertendo o juiz em investigador de ofício, remetendo às normas de organização judiciária a designação do Juiz de Garantias, sem criar – como pretende a PEC 89 – duas carreiras distintas de magistrados.

No que tange à forma de investidura inicial do Juizado de Instrução e Garantias, propõe a PEC 89 a imediata assunção dos delegados de polícia em função jurisdicional, em afronta à norma constitucional pelo vedado acesso a cargo público específico sem concurso de provas (art. 37, II, da CF/1988). Concurso que, para a Magistratura Nacional, deve ter obrigatória participação da Ordem dos Advogados do Brasil (art. 93, inciso I, da CF/1988).

Remansosa a jurisprudência da Suprema Corte em relação à vedação ao acesso a cargos públicos sem específico concurso,¹¹ trazendo a proposta ofensa à Constituição Federal em matéria já sumulada pelo *Pretorio Excelso*: **“É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido”** (Súmula 685) e **“É inconstitucional toda modalidade de provimento que propicie ao servidor investir-se, sem prévia aprovação em concurso público destinado ao seu provimento, em cargo que não integra a carreira na qual anteriormente investido”** (Súmula Vinculante 43, aprovada em 08/04/2015).

¹⁰ Já aprovado pelo Senado Federal, com tramitação revisora na Câmara dos Deputados sob número PL 8.045/10.

¹¹ STF: [ADI 308 MC](#), PUBLICAÇÕES: DJ DE 17/8/1990, RTJ 139/424; [ADI 368 MC](#), PUBLICAÇÕES: DJ DE 16/11/1990, RTJ 138/722; [ADI 231](#), PUBLICAÇÕES: DJ DE 13/11/1992, RTJ 144/24; [ADI 245](#), PUBLICAÇÕES: DJ DE 13/11/1992, RTJ 143/391; [ADI 785 MC](#), PUBLICAÇÕES: DJ DE 27/11/1992, RTJ 145/503, [ADI 837 MC](#), PUBLICAÇÕES: DJ DE 23/4/1993; RTJ 149/419; [MS 21420](#), PUBLICAÇÃO: DJ DE 18/6/1993; [ADI 266](#), PUBLICAÇÕES: DJ DE 6/8/1993, RTJ 150/26; [ADI 308](#), PUBLICAÇÕES: DJ DE 10/9/1993, RTJ 152/361; [RE 129943](#), PUBLICAÇÕES: DJ DE 4/2/1994, RTJ 155/571; [ADI 248](#), PUBLICAÇÕES: DJ DE 8/4/1994, RTJ 152/341; [ADI 970 MC](#), PUBLICAÇÃO: DJ DE 26/5/1995; [ADI 186](#), PUBLICAÇÃO: DJ DE 15/9/1995; [MS 22148](#), PUBLICAÇÃO: DJ DE 8/3/1996; [RE 150453](#), PUBLICAÇÃO: DJ DE 11/4/1997; [ADI 1150](#), PUBLICAÇÕES: DJ DE 17/4/1998, RTJ 167/376; [RE 173357](#), PUBLICAÇÕES: DJ DE 5/2/1999, RTJ 169/626; [ADI 837](#), PUBLICAÇÕES: DJ DE 25/6/1999, RTJ 170/11; [ADI 242](#), PUBLICAÇÃO: DJ DE 23/3/2001.

Em conclusão dessas breves considerações, que expõem os vícios que atingem a PEC nº 89, de 2015, espera a **Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP)** que seja ela rejeitada e, ao final, arquivada.

Brasília, 20 de agosto de 2015.



NORMA ANGÉLICA REIS CARDOSO CAVALCANTI
Presidente da **CONAMP**