

Alexandre Amaral
GAVRONSKI

Andrey Borges
DE MENDONÇA

Manual do
**PROCURADOR
DA REPÚBLICA**
**TEORIA
E PRÁTICA**

4ª Edição
Revista, atualizada e ampliada

2022

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

CAPÍTULO I

O CARGO E A CARREIRA DE PROCURADOR DA REPÚBLICA

1. O CARGO E A CARREIRA: CONFIGURAÇÃO ATUAL

Procurador da República é o membro do Ministério Público Federal no primeiro nível da respectiva carreira, constituída ainda dos cargos de Procurador Regional da República (segundo nível) e Subprocurador-Geral da República (último nível), conforme estabelece o art. 44 da LC 75. O Ministério Público Federal é um dos ramos do Ministério Público da União, como veremos nos próximos capítulos.

Apesar da semelhança no nome dos cargos, ensejadora de frequentes confusões, não existe qualquer relação funcional, na atualidade, entre o cargo de Procurador da República e os de Procurador da Fazenda, Procurador Federal ou Procurador do Estado. Enquanto o primeiro integra o Ministério Público, instituição com configuração constitucional própria que será objeto de análise nesta obra, os três últimos integram carreiras da Advocacia Pública, estando, assim, incumbidos da representação judicial de entes públicos (União, entidades da administração indireta da União e Estados, respectivamente).

Funcionalmente, as atribuições de um Procurador da República assemelham-se muito às de um Promotor de Justiça, um e outro membros do Ministério Público, aquele do Federal, este dos Estaduais, cada qual com atribuições de regra vinculadas às competências das Justiças perante as quais oficiam.¹ O retrospecto histórico objeto do próximo tópico ajudará a explicar a confusão terminológica dos cargos e, assim, facilitará sua superação.

Enquanto **os Procuradores da República oficiam junto aos Juízes Federais (primeira instância da Justiça Federal)** e aos Tribunais Regionais Eleitorais onde não há sede de Procuradoria Regional da República² (art. 70 da LC 75), os Procuradores Regionais da República oficiam junto aos Tribunais Regionais Federais (art. 68) e aos demais Tribunais Regionais Eleitorais, oficiando os Subprocuradores-Gerais junto ao Supremo Tribunal Federal, ao Tribunal Superior Eleitoral e ao Superior Tribunal de Justiça, atuando nos dois primeiros por delegação do Procurador-

1 Nos capítulo III da parte II (Criminal) e no primeiro capítulo da parte III (Cível) deste Manual analisaremos mais detidamente as atribuições dos Procuradores da República, permitindo uma melhor compreensão da repartição de responsabilidades entre estes, os Promotores de Justiça e os membros dos demais ramos do Ministério Público.

2 Há sedes de Procuradorias Regionais da República em todas as Capitais que sediam Tribunais Regionais Federais (Brasília, Rio de Janeiro, São Paulo, Porto Alegre e Recife, respectivamente 1ª a 5ª Regiões). Em junho de 2013, foi promulgada pelo Congresso Nacional a Emenda Constitucional n. 73, criando mais quatro Tribunais Regionais Federais, com sede em Curitiba (6ª Região), Belo Horizonte (7ª), Salvador (8ª) e Manaus (9ª). Até julho de 2014, contudo, ainda pendiam de instalação.

-Geral da República (art. 66). Os dispositivos legais referidos entre parênteses ainda facultam ao Conselho Superior do Ministério Público Federal competência para autorizar os membros de todos os níveis a atuar em órgãos jurisdicionais diversos dos previstos para a categoria, hipótese aplicável especialmente nos casos de maior relevância e que demandam trabalho em equipe ou diferenciada experiência.

O ingresso na carreira do Ministério Público faz-se mediante concurso público de provas e títulos, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica,³ e observando-se nas nomeações a ordem de classificação (art. 129, §3º, CF). Sobre o concurso discorreremos adiante.

As promoções na carreira observam, no que couber, os critérios aplicáveis à magistratura (art. 129, §4º, c/c art. 93 da CF), verificando-se alternadamente por antiguidade e merecimento (art. 199, LC 75), sendo este apurado mediante critérios de ordem objetiva fixados em regulamento elaborado pelo Conselho Superior do Ministério Público Federal (art. 200, LC 75).⁴

Não há no Ministério Público Federal, seguindo o modelo da Justiça Federal, escalonamento da carreira em entrâncias, próprias das carreiras da magistratura estadual e do Ministério Público dos Estados. Destarte, a lotação em capitais não depende de promoção, mas tão-só da existência de vaga e de antiguidade na carreira suficiente a lograr obtê-la por meio de concurso interno de remoção, alteração de lotação no mesmo nível da carreira.⁵ No Ministério Público Federal também não há o cargo de Procurador da República *substituto*, como ocorre com outras carreiras (magistratura federal, por exemplo). O ingresso, desde o início, ocorre em “titularidade”. Eventuais substituições dos Procuradores da República, temporárias ou permanentes, são feitas por membros da mesma ou de outras unidades, por colegas do mesmo nível da carreira, mediante critérios próprios.

O Ministério Público Federal é chefiado pelo Procurador-Geral da República (art. 45, LC 75), cuja escolha cabe ao Presidente da República, que o nomeia

3 Conforme decidiu o STF, MS 27.609, Rel. Min. Carmen Lúcia, Pleno, j. em 19.02.2009: “1. Nos termos da decisão do Supremo Tribunal (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.460), o triênio constitucionalmente exigido de atividade jurídica há que ser demonstrado no ato de inscrição definitiva no concurso. 2. Atividade jurídica é aquela que, desempenhada pelo bacharel em direito, tem como objeto a exclusividade ou a comprovada preponderância do conhecimento jurídico. Cargo que não é exclusivo de bacharel em direito não revela o atendimento da exigência constitucional do art. 129, § 3º, da Constituição da República (...)”. Segundo o regulamento vigente editado pelo CSMFP (Res. 135/2012), a inscrição definitiva nos concursos de procurador da República é requerida após aprovação nas provas escritas (art. 45).

4 Atualmente, a promoção no Ministério Público Federal é disciplinada pelas Resoluções 86 e 101 do CSMFP. Esta última fixa como itens a serem considerados na aferição do merecimento a eficiência, a produtividade, a presteza e a dedicação no desempenho das funções do membro; a permanência na sede de seu escritório e a assiduidade; o exercício de cargos, funções e atividades consideradas relevantes; e a frequência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento. Estabelece, ainda, os critérios que devem ser considerados para avaliação de cada um desses itens. Atualmente, o procedimento para promoção está disciplinado nos artigos 57 a 60 da Resolução 168 do CSMFP, de 2 de agosto de 2016.

5 Sobre a remoção, v. o tópico das “Disposições estatutárias especiais”.

dentre os integrantes da carreira maiores de trinta e cinco anos, após a aprovação de seu nome pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal, para mandato de dois anos, permitida a recondução (art. 128, §1º, da CF). Não há, pois, o limite de uma recondução existente para os procuradores-gerais de Justiça, chefes dos Ministérios Públicos estaduais (art. 128, §3º, CF), embora esse limite venha sendo observado desde 2003.

Ao Procurador-Geral da República, além da Chefia do Ministério Público Federal (art. 45, LC 75) e do Ministério Público da União (art. 128, §1º, CF), incumbe exercer as funções do Ministério Público junto ao Supremo Tribunal Federal e ao Tribunal Superior Eleitoral, na qual exerce a função de Procurador-Geral Eleitoral. Cabe-lhe, ainda, designar os Subprocuradores-Gerais da República que atuarão no Supremo Tribunal Federal e no Tribunal Superior Eleitoral, dentre estes o Vice-Procurador-Geral Eleitoral.

2. BREVE RETROSPECTIVA HISTÓRICA DO CARGO E DA CARREIRA⁶

A origem do cargo e da carreira de Procurador da República está indissociavelmente ligada à adoção da República como forma de governo no Brasil e a toda a reorganização da estrutura do Estado dela decorrente. Funcionalmente, contudo, pode-se relacionar sua origem, no Brasil, ao cargo de Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda, que teve suas funções definidas em 1609 com a criação do Tribunal de Relação da Bahia.⁷

Constam do Decreto n. 848, de 1890, que criou e regulamentou a Justiça Federal no Brasil, num capítulo destinado especificamente ao Ministério Público,⁸ **as primeiras referências normativas aos cargos de Procurador-Geral da Repú-**

6 Como o título do tópico indica, não se inclui dentre seus objetivos uma retrospectiva histórica do Ministério Público brasileiro, embora em um ou outro ponto referências pertinentes se façam necessárias. Para um estudo mais aprofundado do histórico da Instituição, cf. MACEDO Jr, Ronaldo Porto. *Evolução Institucional do Ministério Público Brasileiro*, in FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo (Coord). *Ministério Público: Instituição e Processo*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 36-65 e SALLES, Carlos Alberto de. *Entre a Razão e a Utopia: a Formação Histórica do Ministério Público*, in VIGLIAR, José Marcelo Menezes e MACEDO Jr, Ronaldo Porto Macedo (Coord). *Ministério Público II: Democracia*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 13-43. A evolução institucional do Ministério Público brasileiro e do Ministério Público Federal serão parcialmente retomadas no terceiro capítulo.

7 Lia-se no regimento desse tribunal: "Art. 54. O Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda deve ser muito diligente, e saber particularmente de todas as cousas que tocarem à Coroa e à Fazenda, para requerer nelas tudo o que fizer a bem de minha justiça; para o que será sempre presente a todas as audiências que fizer dos feitos da coroa e da fazenda, por minhas Ordenações e extravagantes. Art. 55. Servirá outrossim o dito Procurador da Coroa e dos feitos da Fazenda de Procurador do Fisco e de Promotor de justiça; e usará de todo o regimento, que por minhas Ordenações é dado ao Promotor de Justiça da Casa da Suplicação e ao Procurador do Fisco". *Apud* Ronaldo Porto Macedo Jr, *op. cit.*, p. 39-40.

8 Então, havia apenas 16 anos que um texto normativo fizera referência ao Ministério Público no Brasil: o Decreto 5.618, de 1874 ("Art. 18. O Procurador da Coroa é o Órgão do Ministério Público perante a Relação"), que dava novo regulamento às "relações" do Império, como eram conhecidos os tribunais de segunda instância, por direta influência do sistema judicial português. Antes desse decreto, no Código Processual Penal do Império, de 1832, havia referência às funções, atribuições e requisitos para nomeação do "promotor da ação penal".

blica e de Procurador da República. Sobre a Instituição, o então Ministro da Justiça Campos Salles, responsável pela elaboração do decreto, fizera constar na respectiva exposição de motivos que “o Ministério Público, instituição necessária em toda a organização democrática e imposta pelas boas normas de justiça, está representado nas duas esferas da Justiça Federal”. A criação da Justiça Federal, convém lembrar, foi ela própria uma decorrência da adoção da forma federativa de Estado que acompanhou a implantação da República no país, havendo então explícita preocupação com um sistema judicial que assegurasse alguma uniformidade ao menos no que respeita à legislação federal em sua coexistência com a estadual e atentasse aos interesses da União, não os submetendo aos dos Estados.

O Decreto, que também disciplinava a composição e funcionamento do Supremo Tribunal Federal, estabelecia que dentre os membros deste um deveria ser nomeado Procurador-Geral da República e gozaria de vitaliciedade no cargo (art. 21).⁹

As competências do Procurador Geral da República estabelecidas pelo Decreto 848 incluíam funções tipicamente de Ministério Público, como promover a ação penal pública nas causas de competência do Supremo Tribunal Federal e velar pela execução das leis, decretos e regulamentos, e uma função atípica que distinguiria, por cerca de cem anos, a atuação do Ministério Público Federal da de muitos Ministérios Públicos estaduais: a de representante da União.

Foi também o Decreto 848/1890 que criou o cargo de Procurador da República, estabelecendo a existência de um para cada seção da Justiça Federal, cada uma coincidente com o território de um Estado,¹⁰ de livre nomeação pelo Presidente da República por período de quatro anos durante os quais não poderia ser removido, salvo se o requeresse (art. 23). A indicação pelo Presidente da República reproduzia por aqui o modelo norte-americano,¹¹ de sabida influência na estruturação de nossa “República dos Estados Unidos do Brasil”, como a denominou sua primeira Constituição.

As competências dos Procuradores da República (art. 24) reproduziam, em nível seccional, as do Procurador-Geral da República: promover a ação penal pública sob jurisdição da Justiça Federal e “promover o bem dos direitos e interesses da União”, dentre outras. Em relação a eles, entretanto, constava expressa determinação para “cumprir as ordens do Governo da República relativa ao exercício de suas funções”,

9 Segundo Ronaldo Porto Macedo Jr, *op. cit.*, p. 40, o exercício das funções de Ministério Público em superior instância por membro do Poder Judiciário reproduziu tradição vinda das Ordenações Filipinas.

10 Ainda hoje, a divisão territorial da Justiça Federal se dá por seções judiciárias, com área coincidente com a dos Estados da Federação, cf. art. 110, CF, e nas suas subdivisões em subseções judiciárias. Não há, assim, comarcas como na Justiça Estadual.

11 Até os dias de hoje, nos Estados Unidos, os *Federal Prosecutors* ou *US District Attorney*, com atribuições semelhantes, especialmente na área criminal, aos Procuradores da República em nosso país, são indicados pelo Presidente da República e confirmados pelo Senado, para um mandato de quatro anos, embora demissíveis pelo Presidente, que também pode reconduzi-los ilimitadamente. Cf. Unites States. Department of State. Bureau of International Information Programs. *Outline of the US Legal System*. Washington: 2001, p. 78.

relativizando de modo significativo a independência de atuação a que aparentemente se destinava a bastante frágil garantia da inamovibilidade por quatro anos.

O Ministério Público Federal só viria a perder definitivamente a função atípica de representante da União com a criação da Advocacia Geral da União por meio da respectiva lei orgânica (LC 73/93) e a subsequente promulgação da Lei Orgânica do Ministério Público da União – LOMPU (LC 75/93), quase cinco anos após a Constituição Federal de 1988 vedar expressamente o Ministério Público de exercer a representação judicial de entidades públicas (art. 129, IX). Por força da Constituição e da LC 75, essa função atípica foi substituída pelas funções de *ombudsman* (art. 129, II) e de legitimado coletivo (art. 129, III), funções típicas do Ministério Público brasileiro emergente do novo modelo constitucional e absolutamente incompatíveis com a de representante da União,¹² dado que, não raras vezes, impõem uma oposição do Ministério Público Federal à União, fazendo daquele o que deve ser: um advogado da sociedade. Voltaremos ao tema algumas vezes neste manual.

Neste ponto da obra, de evolução histórica, importa apenas destacar que qualquer análise crítica do perfil institucional do Ministério Público Federal e das dificuldades que enfrenta para superar os complexos desafios que se lhe apresentam no século XXI não pode desconsiderar os efeitos causados por mais de cem anos de atuação como representante da União e que há apenas vinte anos a Instituição perdeu essa função. Numa tal análise, importará considerar, por exemplo, que em 2013 todos os Subprocuradores-Gerais da República em atividade – toda a cúpula da Instituição, portanto – ingressaram na Instituição com essas atribuições e que, durante o processo constituinte, houve fortes resistências internas à perda dessa função.¹³

A Constituição de 1891 não fez referência expressa ao Ministério Público, tratando tão somente da escolha do Procurador-Geral da República em termos similares aos dispostos no Decreto 848/1890: escolha pelo Presidente da República, dentre os membros do Supremo Tribunal Federal.

A primeira referência ao Ministério Público em uma Constituição apareceu na de 1934, que a ele dedicou uma seção no capítulo dos “órgãos de cooperação nas atividades governamentais”. Dela constaram também as primeiras referências ao Ministério Público Federal, cujos membros deveriam ser nomeados mediante con-

12 Nesse sentido, Hugo Mazzilli, que cita posicionamento do Supremo Tribunal Federal em questão de ordem levantada em 1972 pelo então Procurador-Geral da República, José Carlos Moreira Alves (RTJ 62: 139), para afirmar que “interesse e fiscalização não se conciliam, pois, quando o procurador-geral é advogado da Fazenda, deixa de ser Ministério Público” in MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime Jurídico do Ministério Público*. 6ª ed. Saraiva: São Paulo, 2007, p. 344.

13 Como relata em entrevista concedida ao Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União por ocasião dos 10 anos da LC 75, o Subprocurador-Geral da República aposentado Álvaro Augusto Ribeiro Costa, membro de destacada importância nas articulações institucionais durante o processo constituinte, tendo sido integrante da primeira Comissão constituída em 1985 pelo então Procurador-Geral da República José Paulo Sepúlveda Pertence (1985-1989) para esboçar uma lei orgânica para o MPU, e presidente da Associação Nacional dos Procuradores da República entre 1985-87. Foi o primeiro Procurador Federal dos Direitos do Cidadão.

curso e só perderiam os cargos, nos termos da lei, por sentença judiciária, ou processo administrativo, no qual lhes seria assegurada ampla defesa (art. 95, §3º). O Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente da República após aprovação do Senado Federal, passava a ser demissível *ad nutum*. Sujeito aos mesmos requisitos pessoais para nomeação de Ministro do Supremo Tribunal Federal, fazia jus a igual remuneração.

A Constituição Federal de 1937 – Constituição autoritária e outorgada, relembre-se – não dispensou maior atenção ao Ministério Público significando, na verdade, um claro retrocesso, ao retirar, por exemplo, a exigência de concurso para ingresso na carreira e a previsão de vitaliciedade (perda do cargo condicionada à sentença). Limitou-se a estabelecer que o Procurador-Geral da República seria o chefe do Ministério Público Federal e de livre nomeação e demissão do Presidente da República, devendo sua escolha recair em pessoa que reunisse os mesmos requisitos exigidos para Ministro do Supremo Tribunal Federal (art. 99).

Na Constituição de 1946, o Ministério Público mereceu título próprio, na sequência aos dedicados à Organização Federal e à Justiça dos Estados, portanto sem vinculação aos três poderes da República, prevendo expressamente que lei organizaria o Ministério Público da União, junto a Justiça Comum, a Militar, a Eleitoral e a do Trabalho (art. 125), distinguindo-o do Ministério Público dos Estados, referido em outro dispositivo (art. 128). A representação da União em juízo pelos Procuradores da República constava expressamente do texto constitucional, admitindo que a lei cometesse esse encargo, nas comarcas do interior, ao Ministério Público local (art. 126, parágrafo único). Sem alterações relevantes na disciplina constitucional relativa ao Procurador-Geral da República.

Em 1951 foi promulgada a Lei 1341, a primeira Lei Orgânica do Ministério Público da União, que disciplinou o concurso de provas e títulos para o ingresso na carreira e a estruturou, na disciplina específica do Ministério Público Federal, em Procurador da República de terceira, segunda e primeira categoria¹⁴ e Subprocurador-geral da República. Atribuiu aos Procuradores da República expressamente a função de advogados da União, incumbidos da defesa dos interesses desta em todas as instâncias, perante justiça dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios (art. 37), e com atuação apenas subsidiária em matéria criminal, dado que podiam promover e acompanhar as ações penais de interesse da União quando não o fizesse o Promotor de Justiça (art. 38, XIX). A lei previa a possibilidade de Promotores de Justiça dos Estados e dos Territórios representarem em juízo a Fazenda Nacional (art. 26). Deu disciplina específica também ao Ministério Público da União junto à Justiça Militar e do Trabalho.

14 Essa informação histórica ajuda a compreender as inúmeras referências, na LC 75, à *categoria* em referência aos *níveis* da carreira (arts. 57, XIII; 66, §2º; 68 e 70, nos respectivos parágrafos únicos). Parece-nos, contudo, que *nível* seja mais apropriado, tanto por ser o utilizado no artigo que trata especificamente da carreira (art. 44), seja pela diferenciação que se impõe ante a carreira estruturada pela Lei 1341/51 e a LC 75, na qual havia, de fato, categorias num mesmo nível. As categorias, na Lei 1341/51, observavam, em âmbito nacional, uma lógica similar às entrâncias da Justiça Estadual.

CAPÍTULO II

LEI DE REGÊNCIA DA CARREIRA E ESTRUTURA INSTITUCIONAL

1. VISÃO GERAL DA LEI ORGÂNICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO – LC 75/93

Uma das garantias institucionais do Ministério Público, como visto, é o poder de iniciativa do Procurador-Geral para apresentar, diretamente ao Congresso Nacional, projeto de lei complementar que discipline as regras sobre organização, atribuições e estatuto da Instituição, ou seja, da respectiva lei orgânica (art. 128, §5º, CF).

Foi o que fez o Procurador-Geral da República Aristides Junqueira Alvarenga, em 31 de março de 1989. Após quatro anos de muitos debates no Congresso Nacional, inúmeras tentativas (frustradas, felizmente) de completa descaracterização do projeto original e de enfraquecimento da Instituição, e, também, de alguns aprimoramentos cuja necessidade o tempo e o debate evidenciaram,¹ em 20 de maio de 1993 foi finalmente promulgada a Lei Complementar n. 75, a Lei Orgânica do Ministério Público da União.

A lei, como revela sua denominação, não dispõe apenas sobre a organização, atribuições e estatuto do Ministério Público Federal, mas também dos demais ramos do Ministério Público da União: o Ministério Público do Trabalho, o Militar e o do Distrito Federal e Territórios. Enquanto o primeiro título é destinado às disposições gerais, aplicáveis aos quatro ramos, o segundo, em capítulos, estabelece as peculiaridades de cada um. O terceiro título é destinado às disposições estatutárias próprias dos membros do Ministério Público da União, aos quais se aplicam apenas subsidiariamente as disposições gerais referentes aos servidores públicos civis da União, previstas na Lei 8.112/90 (art. 287).

O “Estatuto do Ministério Público Federal”² é, assim, o conjunto de normas da LC 75 que lhe são aplicáveis, isto é, o somatório das disposições gerais a todos os ramos e das especiais, constantes do Capítulo I do Título II.

Conquanto seja incompatível com os objetivos deste Manual um exame minucioso da LC 75, algumas observações sobre dispositivos especialmente relevantes da disciplina aplicável ao Ministério Público Federal são úteis à compreensão de sua

1 Relatos valiosos dos bastidores da elaboração e tramitação do projeto de lei podem ser conferidos na edição do Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União comemorativa aos 10 anos da Lei Complementar 75, em especial no texto de Affonso Henriques Prates Correia, Vice-Procurador-Geral quando do encaminhamento do projeto ao Congresso, e de Álvaro Augusto Ribeiro da Costa, cuja posição de destaque foi anteriormente referida.

2 Ponto do programa do concurso para procurador da República, inserido na disciplina de Direito Administrativo (12.a).

estrutura e funcionamento. Muitos deles merecerão referência em tópicos próprios, tendo lugar agora apenas uma visão geral.

1.1. Das disposições gerais a todos os ramos do MPU

O Título I, “Das Disposições Gerais”, inicia com as **definições, princípios e funções institucionais** (Capítulo I), merecendo destaque, dentre estas, as principais novidades trazidas pela Constituição Federal. A de *ombudsman* (art. 129, II), recebe tratamento logo no art. 2^o³ e nos incisos II, IV e V do art. 5^o⁴, e a de controle externo da atividade policial (art. 129, VII), no art. 3^o⁵. A função de legitimado coletivo (art. 129, III), de que o Ministério Público já fora incumbido desde a edição da Lei da Ação Civil Pública, em 1985, aparece no inciso III do art. 5^o⁶. A análise de todas essas funções será retomada nos tópicos próprios. Curiosamente, a mais tradicional das funções do Ministério Público, a de titular da ação penal, que na Constituição Federal inaugura o artigo que trata das suas funções (art. 129, I), é omitida nesses artigos iniciais. Omissão de tal gravidade só se pode compreender no contexto histórico do Ministério Público da União: por anos incumbido de exercer a advocacia da União e renascendo da Constituição como uma nova Instituição, a lei orgânica representou a oportunidade normativa para destaque e reafirmação das novas funções.

O Capítulo II dispõe sobre os **instrumentos de atuação** do Ministério Público da União, tratando como tal a ação direta de inconstitucionalidade, a ação penal pública, o inquérito civil e a ação civil pública, a ação coletiva, a recomendação, dentre vários outros (art. 6^o). O art. 7^o trata dos instrumentos acessórios, relacionados às funções investigatórias do Ministério Público da União, especificando os poderes de instaurar inquérito civil (inc. I), requisitar diligências e a instauração de inquérito policial (inc. II) e de outros procedimentos administrativos, ressalvados os de natureza disciplinar (inc. III). O art. 8^o estabelece a disciplina em lei complementar requerida pelo inciso VI do art. 129 da CF e especifica o poder de requisitar diligências investigatórias que lhe foi atribuído pelo inciso VIII do mesmo dispositivo constitucional, dispondo sobre os poderes instrutórios do Ministério Público da União:

-
- 3 Art. 2^o Incumbem ao Ministério Público as medidas necessárias para garantir o respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados pela Constituição Federal.
 - 4 Art. 5^o São funções institucionais do Ministério Público da União: II - zelar pela observância dos princípios constitucionais relativos: (...) IV - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos da União, dos serviços de relevância pública e dos meios de comunicação social aos princípios, garantias, condições, direitos, deveres e vedações previstos na Constituição Federal e na lei, relativos à comunicação social; V - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos da União e dos serviços de relevância pública quanto: (...)
 - 5 Art. 3^o O Ministério Público da União exercerá o controle externo da atividade policial tendo em vista: (...)
 - 6 Art. 5^o. (...) III - a defesa dos seguintes bens e interesses: a) o patrimônio nacional; b) o patrimônio público e social; c) o patrimônio cultural brasileiro; d) o meio ambiente; e) os direitos e interesses coletivos, especialmente das comunidades indígenas, da família, da criança, do adolescente e do idoso.

notificar testemunhas e requisitar sua condução coercitiva; requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades públicas e informações e documentos de entidades privadas; requisitar serviços temporários da Administração (como análise de documentos por auditores ou transporte aéreo para áreas inacessíveis aos meios convencionais, por exemplo); realizar inspeções e diligências investigatórias; ter livre acesso a qualquer lugar público ou privado, respeitadas as normas constitucionais pertinentes à inviolabilidade do domicílio; expedir notificações e intimações necessárias aos procedimentos e inquéritos que instaurar; ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública; e requisitar auxílio de força policial. Retomaremos todos esses instrumentos e poderes de instrução do Ministério Público Federal nos tópicos próprios da II e III partes desta obra.

Os parágrafos do art. 8º contêm relevantes disposições sobre a **responsabilidade do membro do MPU** pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar (§1º); da inoponibilidade, por autoridade pública, da exceção de sigilo, com a ressalva da subsistência do caráter sigiloso da informação (§2º); da responsabilização pelo descumprimento injustificado das requisições do Ministério Público (§3º); da especificação das altas autoridades da República para quem somente o Procurador-Geral da República poderá destinar correspondências, notificações, requisições e intimações (§4º)⁷ e da disciplina quanto aos prazos “razoáveis” para atendimento das requisições do Ministério Público, “de até dez dias úteis, prorrogável mediante solicitação justificada” (§5º). Todas essas disposições legais serão retomadas nos tópicos pertinentes da atuação criminal e cível.

Os Capítulos III e IV dão disciplina mais detalhada ao controle externo da atividade policial e à defesa constitucional dos direitos do cidadão, e serão analisados nos tópicos próprios.

O Capítulo V dispõe sobre as garantias e as prerrogativas, analisadas no capítulo anterior, que também tratou da autonomia institucional, objeto do Capítulo VI.

Os Capítulos VII, VIII, IX e X tratam, respectivamente, da estrutura do Ministério Público da União, do Procurador-Geral da República como seu chefe, do respectivo Conselho de Assessoramento Superior, das carreiras dos diferentes ramos (independentes entre si, cf. art. 32) e dos serviços auxiliares: a Secretaria Geral e o Quadro de Pessoal. Tais disposições merecerão breve análise quando tratarmos do Ministério Público da União no tópico dedicado à organização do Ministério Público brasileiro, constante do último capítulo desta parte.

7 O §8º do art. 9º da Res. CSMPF n. 87 (que disciplina o inquérito civil), incluído pela Res. CSMPF n. 106 para reproduzir, em essência, a disciplina contida na Res. CNMP n. 23/2006, estabelece que nesses casos, as correspondências, notificações, requisições e intimações são elaboradas pelos procuradores responsáveis pela apuração, devendo ser fundamentadas e acompanhadas de cópia da portaria que instaurou o procedimento, “não cabendo à chefia institucional a valoração do conteúdo do ofício, podendo deixar de encaminhar aquelas que não contenham os requisitos legais ou não empreguem o tratamento protocolar devido ao destinatário”.

1.2. Das disposições estatutárias especiais

O Título III da LC 75, que trata das disposições estatutárias especiais, estabelece um regime jurídico estatutário próprio aos membros do MPU e se divide em três capítulos: da carreira, dos direitos e da disciplina, previstos neste último os deveres, vedações, impedimentos e suspeições dos membros.

Sobre a estruturação da carreira e as promoções tratamos no início do primeiro capítulo. As garantias e vedações, o estágio probatório e a disciplina do concurso público foram objeto do segundo tópico do primeiro capítulo, por terem base constitucional. Resta-nos abordar alguns outros aspectos específicos do regime jurídico estatutário do Procurador da República estabelecido na LC 75.

1.2.1. DOS DIREITOS

O capítulo dos direitos principia detalhando as garantias da vitaliciedade e da inamovibilidade, já vistas nesta obra. Naquela oportunidade, contudo, não tratamos da remoção por pedido ou permuta, previstas, respectivamente, nos arts. 212 e 213.

A remoção é a alteração de unidade de lotação no mesmo nível da carreira. São unidades de lotação as Procuradorias da República nos Estados (localizadas nas respectivas capitais), no Distrito Federal ou nos Municípios do interior onde houver sede de Justiça Federal, as chamadas PRMs (Procuradorias da República em Município), como estabelece o art. 81 da LC 75. A remoção é a alternativa que se apresenta ao Procurador da República para mudança da cidade onde desempenha suas funções, não servindo ao mesmo fim a promoção como ocorre nos Ministérios Públicos estaduais, pois, como visto no primeiro capítulo, a carreira do Ministério Público Federal não se escalona em entrâncias.

A **remoção a pedido** deve observar a conveniência do serviço (art. 212), não podendo, por isso, restar desatendida a Procuradoria do membro removido, pelo que o oferecimento de vagas para remoção tem precedido a lotação de novos Procuradores da República aprovados em concurso e a sua concretização só tem ocorrido quando do efetivo exercício do novo membro. Sempre que nos concursos não forem aprovados candidatos que preencham todas as vagas existentes (a regra), cabe ao CSM PF indicar quais devem ser providas inicialmente (art. 194, §1º), que são oferecidas em concurso de remoção aos membros que já se encontram em atividade antes de o serem aos aprovados no concurso. Havendo mais de um candidato para determinada vaga oferecida em remoção, é removido o de maior antiguidade (§2º do art. 212), a qual observa o tempo de serviço na carreira e, como critério de desempate, a classificação no concurso (art. 202, §3º).

Outro direito estatuído na LC 75 que caracteriza o regime jurídico próprio é o de férias de 60 dias por ano, em dois períodos iguais (art. 220), o mesmo período a que fazem jus os magistrados e os membros dos Ministérios Públicos dos Estados.

As **licenças** a que fazem jus os procuradores da República previstas na LC 75 (art. 222) são basicamente as mesmas previstas para os servidores civis da União na Lei 8.112/90: por motivo de doença em pessoa da família (sem prejuízo dos

vencimentos por 90 dias, prorrogáveis uma única vez), por motivo de afastamento de cônjuge ou companheiro (sem remuneração salvo se o membro puder ser lotado provisoriamente no local para onde se deslocou o cônjuge), para tratar de assuntos particulares (limitada a 2 anos e sem remuneração) e para desempenho de mandato classista (no caso, para cargo de direção da Associação Nacional dos Procuradores da República, até o limite de três membros afastados). Há, também, as de caráter previdenciário (art. 223): para tratar da saúde, por acidente de trabalho, licença-gestante (120 dias acrescidos dos 60 dias de que trata a Lei 11.770/08),⁸ paternidade (5 dias consecutivos) e pela adoção ou obtenção de guarda judicial de criança de até 1 ano de idade (30 dias).

A principal diferença, no que respeita a licenças, entre o regime dos servidores públicos e o dos membros do Ministério Público Federal, é o direito destes à licença-prêmio de três meses atendido o mesmo requisito temporal exigidos para a concessão de licença-capacitação aos servidores civis: 5 anos de exercício ininterrupto de serviço, e desde que o membro não tenha sofrido no período penalidade de suspensão nem usufruído das licenças por motivo de doença em pessoa da família ou para tratar de interesses particulares.

Praticamente toda a disciplina constante da LC 75 sobre vencimentos e vantagens remuneratórias foi revogada pelas emendas constitucionais que estabeleceram a remuneração dos membros exclusivamente por subsídio, parcela única, incompatível com o recebimento de adicionais, gratificações, abonos, prêmios, verbas de representação ou qualquer outra de natureza remuneratória, como dispõe o art. 39, §4º, da CF⁹). Essa disciplina permite apenas a percepção cumulativa de vantagens de natureza indenizatória, que tem sido reconhecida no auxílio moradia e na gratificação por substituição.¹⁰

O mesmo ocorreu com a **aposentadoria**, disciplinada essencialmente pelo art. 40 da CF, na redação dada pelas EC 20/98, 41/2003, 47/2005 e, por último, pela grande reforma operada pela EC n. 10 /2019. Esse dispositivo é aplicável aos membros do Ministério Público por força da combinação dos art. 93, VI, CF com o art. 129, §4º, ambos da CF. Essas várias reformas criaram no âmbito da carreira regimes diferenciados de aposentadoria para os membros, havendo os que, por terem ingressado antes delas, foram autorizados a permanecer no chamado Regime Próprio de Previdência Social da União, e aqueles outros, mais novos ou que, mesmo mais antigos, optaram, nos termos da legislação vigente (Lei 12.618/2012, em especial), pelo Regime Geral da Previdência Social, passando a adotar estratégias pessoais

8 Aplicável à Administração Pública em geral por força do respectivo art. 2º.

9 Aplicável ao Ministério Público por força do art. 128, §5º, I, c.

10 O auxílio moradia está previsto no art. 227, VIII, LC 75, para “os casos de lotação em local cujas condições de moradia sejam particularmente difíceis ou onerosas”, e regulamentado pela Portaria PGR n. 71/2014, que exclui da percepção, basicamente, os membros aposentados e os que residem em imóvel funcional. A gratificação por substituição foi instituída pela Lei 13.024/2014, é devida pelo exercício cumulativo de cargos e corresponde a 1/3 do subsídio para cada 30 dias de substituição.

para o complemento de aposentadoria, geralmente por meio da chamada previdência complementar.

A propósito dessas alterações, interessa apenas lembrar que a jurisprudência brasileira consolidou o entendimento de não haver direito adquirido a regime jurí-dico,¹¹ pelo que não dependiam de alteração constitucional. Não poderiam, contudo, terem sido promovidas por lei ordinária, mas tão só por lei complementar, não apenas em razão da hierarquia normativa da LC 75, mas especialmente porque a Constituição Federal expressamente prevê que o estatuto do MPU deve ser estabelecido por lei complementar.

Por fim, importa ainda consignar que se aplicam subsidiariamente aos membros do Ministério Público da União as disposições gerais referentes aos servidores públicos, respeitadas, quando for o caso, as normas especiais contidas na LC 75, cujo regime jurídico não pode ser restringido nem se sujeitar a condições com ele incompatíveis, sendo admitida a percepção de vantagens concedidas em caráter geral aos servidores públicos da União (art. 287).¹²

1.2.2. DOS DEVERES E DO REGIME DISCIPLINAR

Do capítulo da disciplina interessa destacar que são **deveres dos membros**, previstos no art. 236 da LC 75, observando-se as normas que regem seu exercício e especialmente: cumprir os prazos processuais; guardar segredo sobre assunto de caráter sigiloso que conheça em razão do cargo ou função; velar por suas prerrogativas institucionais e processuais; prestar informações aos órgãos da administração superior do Ministério Público, quando requisitadas; atender ao expediente forense e participar dos atos judiciais, quando for obrigatória a sua presença, ou assistir a outros, quando conveniente ao interesse do serviço; declarar-se suspeito ou impedido, nos termos da lei; adotar as providências cabíveis em face das irregularidades de que tiver conhecimento ou que ocorrerem nos serviços a seu cargo; tratar com urbanidade as pessoas com as quais se relacione em razão do serviço; desempenhar com zelo e probidade as suas funções e guardar decore pessoal.

Não há regulamentação de horário fixo de trabalho. O regulamento da Corregedoria-Geral editado pelo CSMPF¹³ considera assiduidade o comparecimento aos compromissos internos (expediente no gabinete, reuniões e audiências na Procuradoria) e externos (audiências, sessões, reuniões, visitas e inspeções). A responsabilidade do Procurador da República se estabelece com o adequado e eficiente encaminhamento dos feitos extraprocessuais e processuais sob sua responsabilidade,

11 Cf., por exemplo, REsp 415.691/DF, Rel. Ministro Paulo Medina, Rel. p/ Acórdão Ministro Hélio Quaglia Barbosa, 6ª, j. em 13/09/2005, DJ 24/10/2005.

12 É com base nesse dispositivo que se entende cabível o pagamento a membros do Ministério Público Federal da Gratificação Especial de Localidade prevista no art. 17 da Lei 8.270/91, vantagem de caráter indenizatório devida a qualquer servidor da União que estiver em exercício em zona de fronteira. Nesse sentido: REsp 584.774/DF, Rel. Ministra Laurita Vaz, 5ª T, j. em 30/05/2008, DJe 30/06/2008.

13 Res. CSMPF n. 100/2009, art.23, §2º.

CAPÍTULO I

DA ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL DO PROCURADOR DA REPÚBLICA

1. INTRODUÇÃO – FINALIDADE DO PROCESSO PENAL

Na doutrina, em geral afirma-se que há **três grandes** posições sobre qual seria a **finalidade do processo penal**. A primeira seria impedir a punição sem prévio exercício do direito de defesa e do devido processo legal, privilegiando-se os interesses do acusado. A segunda entende que seu fim seria punir os autores de crimes, dando preponderância à atuação dos órgãos de persecução. Por fim, há quem entenda que a finalidade do processo penal seria a de assegurar resultado justo e equilibrado, atendendo interesses do acusado e dos órgãos de persecução.¹ Segundo nos parece, o processo penal deve ser visto como **instrumento equilibrado de aplicação de justiça**, servindo aos interesses do Estado na persecução do crime e do acusado na defesa de sua liberdade.²

Assim, uma finalidade precípua do processo penal é certamente garantir o imputado contra decisões arbitrárias e protegê-lo contra violações aos seus direitos fundamentais, permitindo que exerça suas garantias ao longo de toda a persecução penal. Mas não somente. Deve-se lembrar que os valores envolvidos na persecução representam interesses da sociedade, apresentados pelo MP. Assim como os direitos individuais, também não podem ser desconsiderados os interesses da sociedade e da vítima na repressão do delito. O processo penal não deve ser visto apenas como instrumento para proteção do imputado – visão essa que foi importante na afirmação dos direitos em face do Estado, mas que hoje se encontra superada. Deve-se extrair do ordenamento jurídico quais são as diretrizes fundamentais, a partir da CF, que permite o equilíbrio entre segurança social e liberdade individual a partir do próprio *caput* do art. 5º.

Sobretudo no tocante a violações aos direitos humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já asseverou que uma persecução penal eficiente é garantia de proteção dos próprios direitos fundamentais. Inclusive, ao condenar o Brasil no caso Ximenes Lopes, afirmou expressamente que “a obrigação de garantir os direitos humanos consagrados na Convenção não se esgota na existência de uma ordem normativa destinada a tornar possível o cumprimento desta obrigação, mas compreende a necessidade de uma conduta governamental que assegure a existência,

1 FERNANDES, Antonio Scarance. Efetividade, processo penal e dignidade humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 528.

2 Idem, p. 541.

na realidade, de uma eficaz garantia do livre e pleno exercício dos direitos humanos. Nesse sentido, uma dessas condições para garantir efetivamente o direito à vida e à integridade pessoal é o cumprimento do dever de investigar as afetações a eles, o que decorre do art. 1.1 da Convenção em conjunto com o direito substantivo que deve ser amparado, protegido ou garantido. Em virtude do acima exposto, o Estado tem o dever de iniciar *ex officio* e sem demora uma investigação séria, imparcial e efetiva, que não se empreenda como uma mera formalidade condenada de antemão a ser infrutífera. Esta investigação deve ser realizada por todos os meios legais disponíveis e orientada à determinação da verdade e à investigação, ajuizamento e punição de todos os responsáveis pelos fatos, especialmente quando estejam ou possam estar implicados agentes estatais”.³

Dentro da ideia de busca de um processo penal eficiente, a análise da atuação do Procurador da República será feita buscando-se, sempre, os chamados **fatores de eficiência**, ou seja, “os fatores que servem para garantir a eficiência ou para superar ineficiências do sistema”,⁴ permitindo que o processo penal alcance sua finalidade.

2. AS PRINCIPAIS FUNÇÕES NA ÁREA CRIMINAL

As principais atribuições do MP na área criminal dizem respeito ao acompanhamento da persecução penal pública e o controle externo da atividade policial. Não apenas durante a fase judicial, mas desde a notícia da prática delitiva o MP atua na persecução penal. Inclusive, o MP é o titular exclusivo da ação penal pública. Vale destacar, desde logo, que o art. 257 do CPP, além de ressaltar a titularidade exclusiva da ação penal pública, assevera que o MP deve, ainda, fiscalizar a execução da lei. Assim, o Procurador da República não pode jamais transmudar-se em um acusador a qualquer custo. Deve atuar, sempre, com objetividade na condução da persecução penal.

As atribuições do MP na persecução penal são bastante amplas. Visando facilitar a análise, vejamos separadamente.

2.1. Titular exclusivo da ação penal pública. Sistema acusatório

A Constituição de 1988 estabeleceu expressamente, no seu art. 129, inc. I, que é função institucional do Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei. Significa mais do que propor a ação penal, mas sim que a **promoção da ação penal pública**, de seu início ao final, é de incumbência do MP.⁵

3 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006, §§ 147 e 148.

4 FERNANDES, Antonio Scarance. Efetividade, processo penal e dignidade humana. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Tratado luso-brasileiro da dignidade humana*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 533.

5 De qualquer sorte, como uma forma de controle, previu-se, ao mesmo tempo, a ação privada subsidiária da pública como direito fundamental, como uma garantia, em geral para a vítima ou seus sucessores (há outros legitimados previstos em lei), que podem agir em caso de inércia do titular da ação pública, nos

Assim, o art. 129, inc. I, é demonstração inequívoca da adoção, pelo Constituinte, de um sistema acusatório. Trata-se de um ideal a ser perseguido, pois nos sistemas acusatórios se nota maior sensibilidade com as exigências de liberdade do cidadão.⁶ Embora não se possa falar em sistemas puros, a característica básica e mais marcante do sistema acusatório é a separação entre as funções de acusar, julgar e defender, que são atribuídas a órgãos diferentes e autônomos.

Justamente por isto, no sistema acusatório é essencial a existência de uma acusação, formulada por órgão distinto daquele que irá julgar o feito. Como dito, a Constituição adotou referido princípio, ao dispor que somente o Ministério Público poderá propor a ação penal pública. Em outras palavras, hoje incumbe ao Ministério Público, com exclusividade, definir se é o caso ou não de propor a ação penal pública. **Não pode ser, em hipótese alguma, forçado a oferecer ação penal pública, seja de maneira direta ou indireta.** Mesmo quando o juiz discorde da promoção de arquivamento do Ministério Público, aplicando a redação tradicional do art. 28 do CPP, ainda em vigor, estará apenas exercendo uma função anômala de fiscal do princípio da obrigatoriedade da ação penal. Nesta situação, a palavra final será sempre do Ministério Público, seja pelo Procurador Geral de Justiça – no âmbito estadual – seja pela Câmara de Coordenação e Revisão respectiva, no caso do Ministério Público Federal. Conforme já asseverou o Pleno do STF, o Ministério Público é o árbitro exclusivo, no curso do inquérito, da base empírica necessária ao oferecimento da denúncia.⁷ Isso foi reforçado pelo Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019), que alterou a redação do art. 28 do CPP para excluir o magistrado até mesmo do exercício desta função atípica de estímulo à atividade ministerial de acusar. Embora a nova redação do art. 28 tenha sido suspensa em medida cautelar pelo STF nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6.298, 6299, 6300 e 6305 (rel. Min. Luiz Fux, j. em 22.1.2020), o certo é que essa alteração caminha no reforço ao sistema acusatório e preserva a imparcialidade do juiz.

Outra decorrência do sistema acusatório é que **somente o MP, na ação penal pública, pode delimitar o objeto da prestação jurisdicional.** O Poder Judiciário está bitolado pelo pedido e pela causa de pedir formulados pelo MP – sobretudo pela descrição dos fatos. Não pode o Poder Judiciário, em hipótese alguma, ampliar o objeto do processo penal para incluir fatos que o MP não incluiu. **Não se pode mais admitir, assim, a *mutatio libelli* sem aditamento,** conforme ainda era pre-

seguintes termos: “art. 5º, inc. LIX, da CF – será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal”.

6 MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão preventiva na Lei 12.403/2011: análise de acordo com modelos estrangeiros e com a Convenção Americana de Direitos Humanos*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 364; FERNANDES, Antonio Scarance. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: RT, 2002 p. 19/22. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da Prova no Processo Penal*. São Paulo: RT, 2003, p. 102.

7 STF. Plenário. Questão de ordem no inquérito 1.604/AL. Rel.: Min. Sepúlveda Pertence, 13/11/2002, un. DJ, seção 1, 13 dez. 2002, p. 60.

visto até 2008. Na ação penal pública, a limitação do objeto do processo penal, bem como sua ampliação, são atribuições exclusivas do Ministério Público.

Neste sentido, qualquer processo iniciado de ofício pelo juiz ou pela autoridade policial – como o antigo procedimento judicialiforme, ainda previsto no art. 26 do CPP⁸ – é incompatível com a Constituição de 1988.⁹ Da mesma forma, qualquer procedimento em que o Poder Judiciário amplie o *thema decidendum* afronta a Constituição.

Em síntese, portanto, o “se”, o “quando”, o “como”, “o que”, o “contra quem” denunciar são todos **juízos privativos do MP**, em decorrência do disposto no art. 129, inc. I, da Constituição da República, não podendo o magistrado interferir, direta ou indiretamente, nesta decisão.¹⁰

Mas surge a dúvida: diante do sistema acusatório, poderia o juiz atuar de ofício? Embora haja quem defenda um sistema acusatório puro, em que o juiz deva atuar de maneira totalmente distante, a depender de provocação sempre, entende-se majoritariamente que, **em hipóteses excepcionais e desde que iniciada a ação penal**, pode o juiz decretar algumas medidas de ofício. Assim, somente se houver algum interesse público relevante e justificado poderia o magistrado atuar de ofício e sem provocação. Mas isto apenas deve ser admissível em hipóteses excepcionais, após já ter sido instaurada a ação penal e se não houver vedação legal. Primeiro, porque o destinatário principal do inquérito policial na ação penal pública é o Ministério Público e, portanto, esta instituição deve perquirir da necessidade e oportunidade de diligências e cautelares neste momento. Ademais, na fase das investigações, não é ainda certo que haverá realmente uma acusação, tudo a depender das provas a serem produzidas e da *opinio delicti* do Ministério Público. Se o magistrado determinar de ofício medidas cautelares, ainda na fase das investigações, estará fazendo um juízo antecipado, no mínimo, de que há *fumus bonis iuris* e, assim, externando seu julgamento, antes que o próprio titular da ação penal tenha afirmado se é o caso ou não de oferecimento da ação penal. Portanto, não pode o magistrado violar a sua inércia, atuando como verdadeiro juiz inquisidor, na fase do inquérito.

8 “Art. 26. A ação penal, nas contravenções, será iniciada com o auto de prisão em flagrante ou por meio de portaria expedida pela autoridade judiciária ou policial.”

9 No entanto, em junho de 2020, no chamado inquérito sobre fake news (Inq. 4781, instaurado com o objetivo de investigar a existência de notícias fraudulentas – fake news –, denúncias caluniosas e ameaças contra o STF, seus ministros e familiares) –, o Plenário do STF entendeu que seria possível a instauração de inquérito de ofício, com base em portaria do presidente do STF, a ser conduzido por ministro do STF, escolhido pelo seu Presidente (ADPF 572). Entendeu-se que o STF teria a função extraordinária e atípica de apurar qualquer lesão real ou potencial a sua independência, autorizada com base no art. 43 do Regimento Interno do STF. Esse dispositivo admitiria essa possibilidade em caso de infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição. Ademais, entendeu-se que o Regimento do STF, no tocante à matéria processual, teria sido recepcionado pela CF com status de lei ordinária. Por fim, afirmou-se que o sistema processual penal não confere às polícias exclusividade na investigação criminal. No entanto, frisou-se que, embora o STF possa investigar por autoridade própria, o resultado de qualquer investigação, para se tornar ação penal, depende de iniciativa do MP, em razão do sistema acusatório.

10 MENDONÇA, Andrey Borges de. *Prisão preventiva na Lei 12.403/2011*, p. 366.

Neste sentido, vale relembrar que o STF declarou, na ADIn 1.570-2, inconstitucional o art. 3º da Lei 9.034/1995, que permitia ao magistrado a realização de investigações pessoais. Na ementa da referida decisão constou: “Juiz de instrução. Realização de diligências pessoalmente. Competência para investigar. Inobservância do devido processo legal. Imparcialidade do magistrado. Ofensa. Funções de investigar e inquirir. Mitigação das atribuições do Ministério Público e das Polícias Federal e Civil (...).”¹¹ A *ratio* nos parece a mesma em relação às demais medidas cautelares, sejam pessoais ou reais. Não pode o magistrado determinar antes da ação penal, de ofício, medidas cautelares sob pena de se antecipar à formação da *opinio delicti* do titular da ação penal. Haveria, em síntese, o risco de o magistrado formular um juízo antecipado sobre a *opinio delicti*, usurpando atribuições que são constitucionalmente asseguradas ao Ministério Público, na ação penal pública. Haveria, ademais, prejuízo para sua imparcialidade, um dos elementos da garantia de um processo penal equo ou justo.¹² Isso foi reforçado com o art. 3º-A, incluído pelo Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019), ao determinar que o “processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”. Embora com a eficácia suspensa pelo STF, esse dispositivo aponta para uma concepção mais restritiva quanto à iniciativa do juiz, que é reforçada pela nova redação do art. 282, § 2º, dada também pelo Pacote Anticrime, ao determinar que as “medidas cautelares serão decretadas pelo juiz a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público”. Por sua vez, o Pacote também alterou o art. 311, para determinar que em “qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial”. Veda-se, assim, a decretação da prisão de ofício pelo juiz, seja na investigação, seja na fase judicial. No tocante às provas, no entanto, o magistrado pode determinar, no curso do processo, provas para esclarecer dúvida sobre ponto relevante, nos termos do art. 156, inc. II, de maneira subsidiária, desde que isso não signifique a substituição da atuação probatória do órgão de acusação, conforme deflui do art. 3º-A.

Ademais, outra consequência da titularidade exclusiva da ação penal privada é a impossibilidade de a autoridade policial representar diretamente ao juízo. Sobre esse tema, trataremos em tópico próprio.

11 STF, Plenário, Rel. Maurício Corrêa, j. em 12.4.2004.

12 Assim, parece-nos claro que o magistrado não pode determinar qualquer medida cautelar pessoal ou real na fase do inquérito sem que seja anteriormente provocado. Isto ficou claro, no tocante às medidas cautelares pessoais, com a alteração do art. 282, § 2º, ao determinar que “As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público.”

2.1.1. REPRESENTAÇÃO DA AUTORIDADE POLICIAL E LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Poderia a autoridade policial representar diretamente ao juiz, sem intervenção do MP, seja para decretar medidas cautelares ou para a decretação de medidas judiciais?

Pela dicção legal, o delegado poderia representar pela decretação de medidas cautelares diretamente ao juiz, sem necessidade de intermediação do Ministério Público. O mesmo em relação aos pedidos de quebra de sigilo bancário, fiscal, interceptação telefônica, entre outras.

Esta praxe é comum e, muitas vezes, aceita pelo Poder Judiciário, em que se admite a interceptação telefônica por representação do Delegado, sem necessidade de oitiva prévia do Ministério Público.¹³ Assim, em outras palavras, o que se extrai deste entendimento é que a autoridade policial possuiria capacidade postulatória independente do Ministério Público.

Porém, com o respeito a estas posições e sem desconsiderar a importância da polícia na função de Polícia Judiciária, a questão deve ser repensada à luz do sistema acusatório. Realmente, se o Ministério Público é o titular exclusivo da ação penal pública, somente ele poderá decidir se haverá ou não o processo penal condenatório. Somente o Ministério Público poderá promover a ação penal condenatória e as medidas correlatas. Jamais o Poder Judiciário – nem mesmo o STF – poderá impor ao Ministério Público o oferecimento da ação penal. A decisão final sobre o oferecimento ou não da ação penal pública caberá ao Ministério Público, por se tratar do titular exclusivo da ação penal e em razão do sistema acusatório adotado pela CF. Inclusive, se o Procurador-Geral da República promover o arquivamento de investigação, o STF nada pode fazer a respeito, a não ser arquivar o feito.¹⁴

Nesta senda, se a decisão acerca da existência ou não do processo condenatório é única e exclusivamente do Ministério Público, parece sem razão admitir que qualquer medida cautelar – que é instrumento a serviço da ação principal – seja deferida sem a sua concordância. Em outras palavras, se o Ministério Público não concordar com a medida cautelar na fase de investigações, não deve esta ser deferida. Como possui a prerrogativa de decidir sobre o início da ação penal principal, com muito maior razão deve possuir legitimidade para decidir se é o caso ou não de requerimento das medidas cautelares na fase das investigações.

Imagine a seguinte hipótese: delegado de polícia representa diretamente ao juiz pela prisão cautelar do investigado, o que é deferido. Após, o Ministério Público,

13 Veja, neste sentido, aceitando a possibilidade de ciência posterior ao MP: STF, HC 83.515, Rel. Min. Nelson Jobim, Tribunal Pleno, *j.* em 16.9.2004, *DJ* de 4.3.2005.

14 Veja, neste sentido: STF, Inquérito 1.884, Rel. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 5.5.2004, *DJ* de 27.8.2004. Destaque-se que, no caso do Procurador Geral da República, não há possibilidade de revisão do ato pelas Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, de sorte que é inaplicável o art. 28 do CPP. Tampouco há qualquer outra forma de controle na LC 75.

analisando os elementos informativos, entende que não é o caso de oferecimento da denúncia. Ora, se ao MP incumbe dar a última palavra sobre o início da ação principal, é temerário permitir que medidas cautelares – não somente as pessoais, mas também as probatórias – sejam deferidas sem a sua concordância.

No exemplo dado, a medida cautelar acabou sendo uma restrição indevida, pois não havia ação principal – ao menos na visão do Ministério Público – a tutelar. Como o MP é titular exclusivo para a ação principal, deve sê-lo também para as ações e medidas cautelares, instrumentos para a tutela daquela. Na mesma linha, afirma Wellington Cabral Saraiva: “Seria incongruente, nessa perspectiva, que pudesse haver autores distintos legitimados para a ação penal condenatória e para a ação cautelar, dado o caráter finalisticamente orientado da segunda, que é processualmente autônoma, mas voltada à preservação da utilidade da ação dita principal.”¹⁵

Em verdade, quando o magistrado defere medida cautelar em razão de representação do delegado, *durante o inquérito*, sem manifestação do Ministério Público ou com manifestação contrária deste, está, em verdade, agindo de ofício,¹⁶ pois o delegado não possui verdadeira capacidade postulatória autônoma. Como bem lembra Wellington Saraiva, a autoridade policial possui como função típica investigar a infração penal e sua autoria, visando fornecer elementos para a formação da *opinio delicti* do Ministério Público, no caso da ação pública.¹⁷ A polícia, portanto, não deve ir além desta finalidade para requerer, sem consentimento do *dominus litis*, medidas cautelares. Se o fizer e houver deferimento pelo magistrado, estar-se-á diante de atuação *ex officio* do magistrado,¹⁸ vedada durante as investigações. Tanto é verdade que a polícia não possui capacidade postulatória que não poderá recorrer em caso de indeferimento do pleito, como lembra Vladimir Aras.¹⁹

Assim, deflui do art. 129, inc. I, da CF – ao se asseverar que é função institucional do Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública – não apenas a propositura da ação penal condenatória, mas também das providências cautelares. Todas as representações da autoridade policial, portanto, devem ser dirigidas ao Ministério Público, que, caso concorde, as proporá ao Juízo. Caso discorde da medida cautelar pleiteada, o Ministério Público deixará de enviar os autos ao Juízo,

15 SARAIVA, Wellington Cabral. Legitimidade exclusiva do Ministério Público para o Processo Penal Cautelar.

16 LIMA, Marcellus Polastri. *A Tutela Cautelar no Processo Penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 244.

17 SARAIVA, Wellington Cabral. Legitimidade exclusiva do Ministério Público para o Processo Penal Cautelar. In: CALABRICH, Bruno, FISHER, Douglas e PELELLA, Eduardo. *Garantismo Penal Integral*. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 164.

18 DE BARROS, Antonio Milton. *As Medidas Cautelares e os Projetos de Reforma do Código de Processo Penal*. Disponível na internet: www.ibccrim.com.br. Acesso em 4.6.2011.

19 ARAS, Vladimir. Técnicas especiais de investigação. In: DE CARLI, Carla Veríssimo (org). *Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011, p. 443.

devolvendo ao Delegado,²⁰ ou deverá ser necessariamente indeferida pelo juiz. O deferimento da medida cautelar, mesmo contra o entendimento do *dominus litis*, levará à nulidade da medida. Neste sentido decidiu a 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público,²¹ um dos órgãos que delibera, em última análise, sobre o oferecimento ou não da denúncia no âmbito do Ministério Público Federal, nos termos do art. 28 do CPP c.c. art. 62, inc. IV, da LC 75/1993.

Porém, conceder a **legitimidade exclusiva ao Ministério Público** para solicitar as medidas cautelares durante o inquérito exige, por outro lado, **que haja a possibilidade de controle e revisão sobre tal ato ministerial**. A sindicabilidade é imprescindível nesse tema e jamais se pode admitir a existência de poderes absolutos, que não sejam passíveis de controle. Imagine-se a hipótese em que o delegado entende imprescindível a prisão temporária ou preventiva, mas há a discordância do Ministério Público. Neste caso, deve haver controle, pois não pode a decisão do promotor ou procurador da República ficar imune a qualquer controle. Justamente por isto, entendemos que deve ser aplicado por analogia o art. 28 do CPP. O delegado e/ou magistrado, em caso de discordância do membro do *parquet*, deve devolver a questão ao órgão superior do Ministério Público – seja o Procurador-Geral de Justiça, seja a 2ª, 4ª, 5ª ou 7ª Câmara de Coordenação e Revisão, a depender da matéria – para que dê a última palavra.

Questão similar vinha sendo discutida no tocante à **possibilidade ou não de Delegado de Polícia firmar acordo de colaboração premiada**, nos termos da Lei 12.850. Sobre o tema, houve propositura da ADIN 5.508 pelo PGR em face da redação do artigo 4º, parágrafos 2º e 6º da referida lei, asseverando que referidos dispositivos são inconstitucionais por violarem o sistema acusatório, o devido processo legal e a titularidade exclusiva da ação penal conferida ao Ministério Público.²² O STF, no entanto, entendeu que a previsão é constitucional, confirmando a possibilidade de a Polícia firmar acordo e o MP se manifestar, sem caráter vinculante e de maneira prévia, à homologação. Entendeu o STF que a medida não afronta a titularidade da ação penal e, ainda, desburocratiza o instituto, além de evitar concentração de poder no órgão ministerial (STF, ADI 5508/DF, j. em 20.6.2018).

Por fim, questão que toca o tema é o declínio de atribuições em inquérito, feito com base em representação do Delegado de Polícia diretamente ao Juízo. A 2ª CCR expediu a **orientação nº 22**, em 22 de junho de 2015, para que os membros recorram de decisões baseadas em representação da autoridade policial feita ao Juiz dire-

20 Naqueles casos em que há tramitação direta do inquérito policial entre a Polícia e o Ministério Público, sem necessidade de intermediação do Poder Judiciário, nos termos da Resolução 63 do Conselho da Justiça Federal (publicada no *D O U* de 30.6.2009, seção 1, p. 132).

21 Voto 1.008/2010, Procedimento 1.00.001.000095/2010-86, Rel. Douglas Fischer, j. em 6.12.2010.

22 O inteiro teor da ADIN pode ser visto em <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=5508&processo=5508>. Acesso em 19.10.2016.