

**MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA 2.833 SÃO PAULO**

<b>RELATORA</b>	<b>: MIN. ROSA WEBER</b>
<b>AUTOR(A/S)(ES)</b>	<b>: LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: CRISTIANO ZANIN MARTINS</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: ROBERTO TEIXEIRA</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: NILO BATISTA</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: ANDRÉ NASCIMENTO</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: RAFAEL BORGES</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: MARIA LUIZA GORGA</b>
<b>RÉU(É)(S)</b>	<b>: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA</b>
<b>RÉU(É)(S)</b>	<b>: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO</b>

**Vistos etc.**

1. Cuida-se, nos termos da inicial, de ação - autuada nesta Suprema Corte como **ação cível originária** -, em que suscita, o autor, **conflito positivo de atribuições** entre o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Estado de São Paulo, com pedido de liminar para a imediata suspensão do Procedimento Investigatório Criminal (PIC) de nº 1.25.00.003350/2015-98, instaurado pelo Ministério Público Federal, e do Procedimento Investigatório Criminal (PIC) nº 94.0002.0007273/2015-6, instaurado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, bem como de qualquer ato neles embasado, até final julgamento. Funda-se, a pretensão, no entendimento de que tais procedimentos investigatórios contêm igual objeto e versam “sobre os mesmos fatos”, inclusive com o “compartilhamento de provas”, em afronta aos princípios do *non bis in idem* e do promotor natural. Pontua-se, nesse contexto, que instaurados tanto o PIC nº 1.25.00.003350/2015-98 quanto o PIC nº 94.0002.0007273/2015-6 com o escopo de apurar “(i) Quem é o proprietário do apartamento 164A, do Edifício Solaris, no Município do Guarujá (SP)?; (ii) Houve reformas no apartamento 164A, do Edifício Solaris, no Município do Guarujá (SP)?;” (iii) Quem é o proprietário do

**ACO 2833 MC / SP**

‘Sítio Santa Bárbara’, no Município de Atibaia (SP); (iv) Houve reformas no ‘Sítio Santa Bárbara’, no Município de Atibaia (SP)?”, fatos a refugirem ao interesse da União. No mérito, pugna-se pela resolução do conflito com o reconhecimento de que cabe ao Ministério Público do Estado de São Paulo a atribuição de conduzir o procedimento investigatório.

Espontaneamente encaminhadas informações em 29.02.16, com documentos (Petição 8.521/2016/STF), pelo Procurador-Geral da República, abri vista ao autor, que se manifestou em 1º.3.16 (Petição 8783/2016/STF). Reiterado nesta data o pedido de liminar (Petição 9529/2016/STF).

**É o breve relato.**

**2. EXAMINO, de início pelo prisma da competência.**

Há que perquirir, preliminarmente, se detém o Supremo Tribunal Federal competência originária para o julgamento do invocado conflito positivo de atribuições entre os Ministérios Públicos Federal e Estadual.

Sempre encampei o entendimento de que a **competência**, enquanto pressuposto processual, se define *in status assertionis*, vale dizer, **à luz das balizas da peça de ingresso quanto ao pedido e causa de pedir**. Outra não é a diretriz que extraio do art. 87 do CPC, *verbis*: “*Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta. São irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia*”.

Na mesma linha o magistério de Ovídio Baptista da Silva, para quem a “*competência é determinada com base na demanda proposta na petição inicial, mesmo que tal formulação não seja depois acolhida pela sentença. O preceito determina que a competência seja determinada com base exclusivamente na demanda formulada pelo autor, sem que ao juiz seja lícito, nessa oportunidade, averiguar a sua procedência.*” (Comentários ao Código de Processo Civil, v. 1, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, pp. 400-1). Também a lição de Cândido Rangel Dinamarco: a “*determinação da competência faz-se sempre a partir do modo como a demanda foi concretamente concebida – quer se*

**ACO 2833 MC / SP**

*trate de impor critérios colhidos nos elementos da demanda (partes, causa de pedir, pedido), quer relacionados com o processo (tutelas diferenciadas: mandado de segurança, processo dos juizados especiais cíveis etc.), quer se esteja na busca do órgão competente originariamente ou para os recursos". (Instituições de Direito Processual Civil, volume I, 6ª edição, Malheiros, 2009, p. 433).*

Assim, aprecia-se a competência para o julgamento da lide em momento primeiro, em exame que independe, em regra, da presença das condições da ação – *legitimatío ad causam*, possibilidade jurídica do pedido e interesse de agir –, e, ainda, de qualquer juízo prévio quanto ao êxito da demanda (mérito), pena de indevida, e já superada, vinculação do abstrato direito de ação ao direito material. Nessa linha, assevera Cândido Rangel Dinamarco que “*não importa se o demandante postulou adequadamente ou não, se indicou para figurar como réu a pessoa adequada ou não (parte legítima ou ilegítima), se poderia ou deveria ter pedido coisa diferente da que pediu etc. Questões como essas não influem na determinação da competência e, se algum erro dessa ordem houver sido cometido, a consequência jurídica será outra e não a incompetência. Esta afere-se invariavelmente pela natureza do processo concretamente instaurado e pelos elementos da demanda proposta, in status assertionis*”. (Instituições de Direito Processual Civil, volume I, 6ª edição, Malheiros, 2009, p. 438).

**3. Firmada a compreensão de que a competência se define *in status assertionis*, aprecio se conflito de atribuições - veiculado em ação nos moldes da proposta -, se insere na competência originária desta Suprema Corte.**

Em 2002, ao julgamento da **Petição 1.503**, da relatoria do Ministro Maurício Corrêa, o Tribunal Pleno deste Supremo Tribunal Federal, à unanimidade, debruçado sobre a problemática do **conflito negativo de atribuições** entre o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, suscitado pelo Procurador-Geral daquela unidade da Federação, dele não conheceu, à **míngua de competência do STF** para o seu julgamento.

Em tal assentada, reputou-se necessário **reservar a competência**

ACO 2833 MC / SP

**originária deste STF aos conflitos com potencial para comprometer a harmonia do pacto federativo.** Assim, em hermenêutica sistemático-teleológica do art. 102, I, “f”, da Lei Maior, esta Suprema Corte decidiu pela sua **incompetência para o julgamento de conflitos de atribuições** entre Ministérios Públicos Federal e Estadual, considerados os demais entes federados. Eis o teor da ementa:

“EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÕES. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E ESTADUAL. DENÚNCIA. FALSIFICAÇÃO DE GUIAS DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AUSÊNCIA DE CONFLITO FEDERATIVO. INCOMPETÊNCIA DESTA CORTE. 1. **Conflito de atribuições entre o Ministério Público Federal e o Estadual.** Empresa privada. Falsificação de guias de recolhimento de contribuições previdenciárias devidas à autarquia federal. Apuração do fato delituoso. Dissenso quanto ao órgão do *Parquet* competente para apresentar denúncia. 2. **A competência originária do Supremo Tribunal Federal, a que alude a letra “f” do inciso I do artigo 102 da Constituição, restringe-se aos conflitos de atribuições entre entes federados que possam, potencialmente, comprometer a harmonia do pacto federativo.** Exegese restritiva do preceito ditada pela jurisprudência da Corte. Ausência, no caso concreto, de divergência capaz de promover o desequilíbrio do sistema federal. 3. Presença de virtual conflito de jurisdição entre os juízos federal e estadual perante os quais funcionam os órgãos do *Parquet* em dissensão. Interpretação analógica do artigo 105, I, “d”, da Carta da República, para fixar a competência do Superior Tribunal de Justiça a fim de que julgue a controvérsia. Conflito de atribuições não conhecido.” (Pet 1.503, Relator Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 03.10.2002, DJ 14.11.2002 - destaquei)

4. E, embora tenha se **declarado incompetente**, esta Suprema Corte, a fim de evitar anômalo vácuo jurídico, ainda ao exame da Petição 1.503, **interpretou ampliativamente** a previsão contida no art. 105, I, “d”, da

**ACO 2833 MC / SP**

Constituição da República, desde logo fixando a **competência do Superior Tribunal de Justiça** para o julgamento de conflitos de atribuições suscitado entre Ministérios Públicos.

Observo que, quando do julgamento da Petição 1.503, já se **encontrava pacificado** no âmbito do Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que, à luz do art. 105, I, “g”, da Lei Maior, **não detinha aquele Tribunal Superior competência para o julgamento de conflito de atribuições** de tal natureza, consoante exemplifica a decisão da Terceira Seção do STJ no conflito de atribuições 55, em que relator para o acórdão o Ministro Fernando Gonçalves, cujo teor foi publicado no DJ 04.8.1997.

E o **posicionamento do STJ** quanto à sua incompetência para o julgamento de conflitos de atribuições **se manteve inalterado** mesmo após a decisão proferida por este STF na Petição 1.503, gerando “instabilidade jurisprudencial sobre a matéria”, a ponto de, “diante do vácuo jurídico criado pela discordância estabelecida entre as duas Cortes citadas, num determinado momento [passar] a Procuradoria-Geral da República (particularmente Cláudio Lemos Fonteles) a admitir a tese de que a competência para dirimir tal conflito seria do respectivo Procurador-Geral”, fenômeno evidenciado por Luiz Flávio Gomes (Conflito de Atribuições entre o MP Federal e MP Estadual: de Quem é a Competência para Dirimi-lo? Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal, Ano II, nº 9 – Dez-Jan/2006, Em Evidência, pp. 83-5).

5. Decisões posteriores ao julgamento da Petição 1.503 continuaram a ser proferidas pelo STJ, não somente **ratificando a original compreensão da Corte Superior** de que incompetente para o julgamento de conflitos de atribuições entre Ministérios Públicos, com base na alínea “g” do inciso I do art. 105 da CF, como também **explicitando a discordância com a tese deste STF** pela interpretação analógica da alínea “d” daquele mesmo preceito constitucional, *v.g.* a decisão no CAAt 154, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Seção, DJ 18.4.2005; e nos EDcl no CAAt 155, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, Terceira Seção, DJ 21.02.2005.

6. Nesse ambiente nebuloso **quanto à competência** para o julgamento do conflito de atribuições entre Ministérios Públicos, esta

**ACO 2833 MC / SP**

Suprema Corte, em 2005, **ao exame da Petição 3.528**, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, reconhecendo ausente “virtual” conflito de jurisdição, porquanto não havida a participação do Estado Juiz – premissa distintiva do caso em relação à moldura delineada na Petição 1.503 - **reputou necessário revisitar o tema.**

7. Assim, em 28.9.2005, ao julgamento da **Pet 3.528**, **alterou-se o entendimento** até então firmado. Naquela ocasião, este Supremo Tribunal Federal afirmou a sua própria competência, com base no **art. 102, I, “f”, da Constituição da República**, em decisão assim ementada:

“COMPETÊNCIA - CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES - MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL *VERSUS* MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. **Compete ao Supremo a solução de conflito de atribuições a envolver o Ministério Público Federal e o Ministério Público Estadual.** CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÕES - MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL *VERSUS* MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL - ROUBO E DESCAMINHO. Define-se o conflito considerado o crime de que cuida o processo. A circunstância de, no roubo, tratar-se de mercadoria alvo de contrabando não desloca a atribuição, para denunciar, do Ministério Público Estadual para o Federal.” (Pet. 3.528, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ 03.3.2006 – destaquei)

Afastou-se a competência do Superior Tribunal de Justiça, por não assimilável, a hipótese, ao disposto no **art. 105, I, “d”, da Lei Maior**, bem como o entendimento de o Procurador-Geral da República pudesse resolver conflitos de atribuições entre os Ministérios Públicos, porquanto atuação não autorizada à luz do princípio federativo e do art. 128, § 1º, da Lei Maior.

**Ao julgamento da Petição 3.528**, portanto, **fixada a competência desta Suprema Corte para o julgamento de conflitos de atribuições** como este de que, a teor da petição inicial, ora se cuida.

8. Desde então, ainda que com vozes dissonantes, o STF tem-se declarado competente para julgar conflitos de atribuições – negativos e

**ACO 2833 MC / SP**

positivos – entre Ministérios Públicos. É o que evidenciam, dentre outros, os seguintes julgados: ACO 853, Relator Ministro Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJe 27.4.2007; ACO 889, Relatora Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJe 28.11.2008; ACO 1281, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 14.12.2010; ACO 1445/MG, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 25.5.2011; e ACO 1953-AgR, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe 19.02.2014.

9. A matéria, contudo, está longe de pacífica, especialmente à compreensão de que **adstritos tais conflitos** de atribuições entre Ministérios Públicos **ao âmbito interna corporis**, a par de não contemplarem magnitude suficiente a configurar o conflito federativo atrativo da competência prevista no art. 102, I, “f”, da Lei Maior, observada a premissa de que de direito estrito a competência originária da Suprema Corte.

10. Nesse cenário, **o Plenário** deste Supremo Tribunal Federal, **na sessão de 23.5.2013**, ao exame da **ACO 924**, **reabriu a discussão**, cujo desfecho ainda não se operou, nos moldes do que também se verifica em relação à ACO 1.394.

Naquela assentada, após os votos dos Ministros Luiz Fux - Relator, Marco Aurélio e Teori Zavascki não conhecendo do conflito de atribuições em razão da incompetência do STF, pediu vista dos autos o Ministro Joaquim Barbosa, então Presidente desta Casa.

Devolvido o feito a julgamento, em 03.7.2014, os Ministros Joaquim Barbosa e Roberto Barroso também votaram pelo não conhecimento do conflito de atribuições, porque **não alcançado pela competência originária** deste STF, **linha de entendimento que igualmente adotei em meu voto**, após o que o Ministro Dias Toffoli pediu vista, tendo sido devolvidos os autos para prosseguimento em 1º.7.2015.

11. Mesmo assim, **enquanto não encerrado** o julgamento da ACO 924, que poderá levar à consagração de entendimento diverso daquele firmado ao exame da Petição 3.528, **permaneço decidindo pelo reconhecimento da competência do STF** para o julgamento de conflitos de atribuições entre Ministérios Públicos, **em estrito respeito aos**

**ACO 2833 MC / SP**

**precedentes desta Corte**, dentre os quais se encontram as ACOs 1.395, 1.643, 1.675 e 1.765, todas de minha relatoria, decididas nos anos 2012 e 2013. Vale consignar, nessa linha, trecho do voto proferido pelo eminente Ministro Roberto Barroso, em que bem explicita o entendimento adotado pela 1ª Turma desta Suprema Corte, *verbis*:

“1. De início, esclareço que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal apontava ser do Superior Tribunal de Justiça a competência para dirimir os conflitos de atribuições entre órgãos do Ministério Público Federal e dos estados (cf. Pet 1.503, Rel. Min. Maurício Corrêa; CC 7.117, Rel. Min. Sydney Sanches; Pet 3.005, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Ellen Gracie; entre outros). Essa orientação foi posteriormente modificada, concluindo-se pela competência desta Corte para resolver tais conflitos, nos termos do art. 102, I, *f*, da Constituição. Nesse sentido: Pet 3.258, Rel. Min. Marco Aurélio; Pet 3.631, Rel. Min. Cezar Peluso; ACO 889, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> Ellen Gracie; ACO 853, Rel. Min. Cezar Peluso.

2. Recentemente, contudo, o Plenário retomou a discussão sobre esse tema nos autos da ACO 1.394, Rel. Min. Marco Aurélio. Na oportunidade, consignei, em síntese, que a competência do Supremo Tribunal Federal, por ser de direito estrito, não poderia ser ampliada. Menos ainda, em conflito tipicamente administrativo, que poderia ser resolvido intrainstitucionalmente pelo Conselho Nacional do Ministério Público (art. 130-A, § 2º, da CF). O julgamento foi suspenso, ante o pedido de vista do Ministro Dias Toffoli.

3. Nada obstante isso, temos adotado aqui na Turma a orientação predominante, conhecendo de conflitos dessa natureza, especialmente para que a jurisdição não fique paralisada em matérias já pacificadas na jurisprudência da Corte. Esse foi o caso, por exemplo, da Pet nº 5.075, da relatoria do Ministro Marco Aurélio (julgada pela Primeira Turma na Sessão de 23/09/2014 – acórdão pendente de publicação).” (ACO 1213 AgR, Relator Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 30.10.2014)

**ACO 2833 MC / SP**

Essa a razão pela qual, ao menos **neste juízo de delibação**, e **ressalvado meu entendimento pessoal** quanto ao tema, assento a competência originária desta Suprema Corte para julgamento do nominado **conflito positivo de atribuições** entre o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Estado de São Paulo.

**12. Passo ao exame do pedido liminar** de que seja **sustada a tramitação dos procedimentos investigatórios indicados**.

Consabido que a concessão da **tutela de urgência** exige a presença concomitante de dois requisitos, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

Como já destaquei, segundo narra a exordial, o autor figura como investigado em Procedimento Investigatório Criminal (PIC) instaurado pelo Ministério Público estadual para apuração de supostos delitos de que teriam sido vítimas cooperados da Cooperativa Habitacional dos Bancários (BANCOOP). Nesse procedimento há atos de investigação tendo por objeto a propriedade de apartamento localizado no Município de Guarujá (SP) e de sítio localizado no Município de Atibaia (SP), bem como benfeitorias neles realizadas, elementos também investigados, consoante alegado pelo autor, no âmbito de Procedimento Investigatório Criminal (PIC) instaurado pelo Ministério Público Federal.

O conteúdo do conflito ventilado diz com o alcance da atuação de órgãos do Ministério Público no desempenho de atividades que lhes são próprias na investigação dos fatos apontados. Vale destacar, a propósito, que procedimentos investigatórios supostamente conflitantes, enquanto debruçados sobre os mesmos fatos, podem, em tese, ensejar a propositura de ações judiciais distintas por diferentes órgãos do Ministério Público. Tanto que, ao julgamento da ACO 1.109, versando sobre conflito de atribuições entre os Ministérios Públicos Federal e do Estado de São Paulo, em investigação centrada sobre os mesmos fatos relacionados a supostas fraudes no âmbito do FUNDEF, o Tribunal Pleno desta Casa decidiu por atribuir “ao órgão de atuação do Ministério Público Federal” a averiguação de “*eventual ocorrência de ilícito penal*”, e ao

**ACO 2833 MC / SP**

Ministério Público do Estado de São Paulo “*de eventual improbidade administrativa, sem prejuízo de posterior deslocamento de competência à Justiça Federal, caso haja intervenção da União ou diante do reconhecimento ulterior de lesão ao patrimônio nacional nessa última hipótese*” (Ementa. Relator p/acórdão Min. Luiz Fux, DJe 07.3.2012).

Por outro lado, afastadas eventuais **situações teratológicas**, em princípio ao encerramento das investigações, quando bem delineados e esclarecidos os fatos, é que possível identificar a existência de conteúdos conflitantes. Nesse sentido, destaco excerto de decisão monocrática do Ministro Teori Zavascki:

“A partir do resultado da investigação é que o Ministério Público, no exercício da sua função institucional de *dominus litis*, tanto da ação penal, quanto da ação civil pública para tutela do patrimônio público (CF, art. 129, I e III), terá elementos probatórios que lhe permitirão avaliar se promove ou não alguma ação judicial, e em caso positivo, se ação penal ou ação civil, ou ambas, indicando e identificando, em cada caso, os termos da sua propositura, os demandados, os fundamentos da demanda e o pedido correspondente. **Somente depois de efetivamente tomadas essas providências – que, convém enfatizar, se inserem no âmbito exclusivo e indelegável do juízo e da iniciativa do Ministério Público - é que será possível, se for o caso, identificar o órgão judiciário competente para processar e julgar eventual demanda, bem como avaliar se o representante do Ministério Público que a propôs está ou não investido de atribuições institucionais para officiar perante esse órgão judiciário.**” (ACO 2.079, decisão monocrática, DJe 1º.7.2014 - destaquei)

**13.** Feitos tais registros, assento não visualizar presente a **fumaça do bom direito**.

**14.** De início, a insurgência **carece do elemento subjetivo do conflito**, a saber, o próprio reconhecimento da sua existência pelos órgãos

**ACO 2833 MC / SP**

ora abstratamente tidos como conflitantes. No julgamento do conflito de competência 7.929-AgR (Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJe 26.10.2015), restou assentada a exigência, para o próprio cabimento da medida originariamente perante o STF (**art. 102, I, “f”, da Lei Maior**), de *“expressa manifestação do conflito de atribuição, positivo ou negativo, entre os órgãos conflitantes, ou seja (...), verdadeiro conflito suscitado a partir de manifestação do chefe do Ministério Público Federal ou do chefe de Ministério Público Estadual”*. Entendeu-se, no julgado, que **“não cabe à eventual parte interessada provocar a competência originária desta Corte Suprema** para que, sem que exista conflito de competência entre órgãos judicantes (art. 102, I, ‘o’, da CRFB/88) ou de atribuições entre Ministérios Públicos autônomos (art. 102, I, ‘f’, da CRFB/88), decida sobre suposto conflito suscitado arbitrariamente” (destaquei).

Registro, *mutatis mutandis*, que a jurisprudência desta Casa, para fins de inaugurar a competência originária prevista no art. 102, I, “n”, da Magna Carta - que versa sobre impedimento ou suspeição de membros de determinado Tribunal -, igualmente exige manifestação expressa dos magistrados que integram o Colegiado que se entende por impedido ou suspeito (Precedentes deste STF: AO 1798 AgR, Relator Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 13.02.2015; Rcl 10843 AgR, Relator Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, DJe 10.9.2014; Rcl 12808 AgR, Relator Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 1º.7.2014; e Rcl 1186, Relator Min. Menezes Direito, Tribunal Pleno, DJe 30.4.2008).

**15. Sob o ângulo objetivo, carece de plausibilidade a própria tese de que efetivamente configurado o conflito positivo de atribuições** entre os Ministérios Públicos apontados na exordial.

Os documentos que instruem a presente ação informam que o próprio Ministério Público do Estado de São Paulo declinou da investigação quanto a fatos eventualmente relacionados aos elementos colhidos no bojo da “Operação Lava Jato”, tendo sido remetido o procedimento investigatório ao Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, que igualmente declinou para o Procurador-Geral da

**ACO 2833 MC / SP**

República, autoridade a quem coube, na condição de Chefe do Ministério Público da União, definir o espectro de atuação do Ministério Público Federal.

Reputo que os crimes em apuração no procedimento instaurado pelo Ministério Público Federal, **aparentemente**, não se confundem com o objeto da investigação do Ministério Público do Estado de São Paulo. Ainda que de qualquer **modo interseccionados** e que, no curso ambas as investigações, tenham sido suscitadas questões pertinentes aos mesmos imóveis, vislumbro contemplarem objetivos distintos. Concluir, com exatidão, em um ou em outro sentido, **é tarefa somente passível de se realizar**, consoante já afirmado e na esteira da jurisprudência desta Suprema Corte, **encerradas as investigações**.

Conforme já assentou o Plenário desta Suprema Corte, em acórdão lavrado pelo Ministro Dias Toffoli, versando sobre caso análogo, “*o aprimoramento dos mecanismos de controle da administração pública sempre se demonstra benéfico, sendo dotado de cada órgão ministerial de independência suficiente para conduzir as apurações da forma que melhor lhe aprouver, sem que tal situação gere interferência indevida entre ambos*” (ACO 1.436-AgR, Tribunal Pleno, DJe 1º.02.2012).

**16.** Nesse sentido, rememoro, por oportuno, que esta Suprema Corte recentemente concluiu **juízo histórico** no RE nº 593.727, fixando a seguinte **tese de repercussão geral** a respeito da constitucionalidade da promoção de investigações de natureza penal por parte do Ministério Público:

“O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado

**ACO 2833 MC / SP**

democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição.”

Dada a relevância do tema – em estrita conexão com a controvérsia dos autos – transcrevo excertos do voto por mim proferido à ocasião:

“Constitucionalmente, o Ministério Público é o titular da ação penal pública (art. 129, I, da Constituição Federal). Tal atribuição constitucional compreende, apesar de não expresso o texto, os meios necessários à sua execução.

Socorre tal afirmação a conhecida doutrina constitucional dos poderes implícitos, com origem no antigo precedente da Suprema Corte norte-americana *McCulloch v. Maryland*, 17 US (4 *Wheat.*) 316, 4 *L.Ed.* 579 (1819). Nesse célebre precedente, discutia-se se o Governo Federal tinha o poder de constituir um banco federal, inexistente previsão específica a respeito na Constituição Federal norte-americana. Subjacente ao debate, encontrava-se o embate político norte-americano, então dividido entre os assim denominados “federalistas”, que defendiam o fortalecimento dos poderes federais, e os “republicanos” (sem relação com o atual Partido Republicano), que buscavam a afirmação da soberania dos estados federados.

A Suprema Corte dos Estados Unidos da América, liderada pelo *Chief Justice* John Marshall (a ela indicado pelo ex-Presidente John Adams, federalista), para afirmar a validade da constituição de um banco federal, cunhou a doutrina dos poderes implícitos.

Extraiu-a da assim denominada “*necessary and proper clause*” da Constituição norte-americana (artigo 1, seção 8, cláusula 18), que atribui ao Congresso o poder de editar qualquer lei necessária e apropriada para execução dos poderes concedidos ao Governo Federal pela Constituição.

Segundo Marshall, a Constituição não pretende ser exaustiva e desnecessário que os poderes por ela atribuídos contenham a explicitação dos meios necessários a sua execução:

ACO 2833 MC / SP

*“Uma Constituição, para que contivesse em acurado detalhamento todas as subdivisões dos grandes poderes que admitisse, ou todos os meios através dos quais esses poderes poderiam ser executados, iria compartilhar a prolixidade de um Código e não poderia, salvo escassamente, ser abraçada pela mente humana. Ela provavelmente nunca seria entendida pelo público. Sua natureza, portanto, exige que somente suas grandes diretrizes seja traçadas, seus objetivos importantes designados, e que os ingredientes menores que compõem esses objetivos sejam deduzidos da natureza dos próprios objetivos. Na consideração dessa questão, então, nós não devemos nunca esquecer que é uma Constituição que estamos interpretando (em inglês, a célebre parte final “In considering this question, then, we must never forget that it is a Constitution we are expounding”).”*

Por outro lado, incoerente seria interpretar o texto constitucional como a vedar o emprego dos meios necessários à execução dos poderes atribuídos pela própria Constituição. Em suas palavras expressas:

*“Sendo dado o poder, é do interesse da Nação facilitar sua execução. Não pode nunca ser de seu interesse e não se pode presumir que foi sua intenção barrar e embaraçar sua execução proibindo os meios mais apropriados.”*

E a título de conclusão:

*“Se o fim é legítimo, se se encontra dentro do escopo da Constituição, todos os meios que forem apropriados, que estiverem adaptados a este fim e que não sejam proibidos, mas que sejam consistentes com a letra e o espírito da Constituição, são constitucionais.” (Em inglês, a célebre conclusão: “Let the end be legitimate, let it be within the scope of the Constitution, and all means which are appropriate, which are plainly adapted*

**ACO 2833 MC / SP**

*to that end, which are not prohibited, but consist with the letter and spirit of the Constitution, are Constitutional".)*

(...)

Assim, se a Constituição atribuiu ao Ministério Público a persecução penal, implicitamente lhe conferiu os meios para desempenhá-la a contento, o que inclui a colheita de elementos informativos necessários à configuração da justa causa para a ação penal".

17. A questão, portanto, se desloca da constitucionalidade dos poderes investigatórios do Ministério Público para o **modo** como estes são exercidos em determinado caso. No mesmo voto, ressaltei que a matéria envolve, de um lado, a **preservação dos direitos e garantias inerentes à condição de investigado** e, de outro, a **eficácia do procedimento persecutório**, a partir da óbvia constatação de que a investigação serve a determinado fim – formar a convicção do órgão ministerial para que este venha (*ou não*) a oferecer denúncia.

A **presente controvérsia** se reporta a tais termos, na perspectiva do ajuste necessário entre direitos e garantias individuais e interesse da investigação.

Quanto ao primeiro vetor a ser considerado (direitos e garantias do investigado), muito não é necessário dizer, pois *a tese de repercussão geral supracitada é definitiva em seus próprios termos*. De qualquer modo, tomadas as alegações da inicial de forma precisa, considero mais importante destacar que a irresignação não se dirige exatamente a eventual violação do exercício de prerrogativas relacionadas à ampla defesa, e sim ao exercício simultâneo de poderes investigatórios, estes concretamente considerados a partir das peculiaridades da hipótese, por dois ramos diversos do Ministério Público. A demanda, portanto, se concentra na necessidade de formação de juízo, neste momento processual ainda provisório, **a respeito das atividades efetivamente desempenhadas** pelo Ministério Público do Estado de São Paulo e pelo Ministério Público Federal.

**ACO 2833 MC / SP**

É preciso, então, estabelecer as **bases teóricas** referentes à atividade persecutória, para depois confrontá-la com a atuação concreta dos Ministérios Públicos envolvidos.

18. Início com lição clássica de J. Canuto Mendes de Almeida que, desmistificando a atividade inquisitorial, nela via também uma garantia ao investigado, uma **função preservadora**, além da mais difundida função preparatória. Dizia o mestre:

“A justiça cumpre seu dever graças à instrução preliminar, atingindo apenas os fatos qualificados crimes pela lei; se faz luzir aos olhos do culpado a certeza da pena, preserva o inocente até contra injustas prevenções; e funciona sem atraso e precipitação. As queixas e denúncias podem ser verificadas antes de julgadas procedentes e as imputações temerárias e levianas não vingam. A instrução preliminar é uma ‘instituição indispensável à justiça penal’. Seu primeiro benefício é ‘*proteger o inculpado*’. Dá à defesa a faculdade de dissipar as suspeitas, de combater os indícios, de explicar os fatos e de destruir a prevenção no nascedouro; propicia-lhe meios de desvendar prontamente a mentira e de evitar a escandalosa publicidade do julgamento. Todas as pesquisas, investigações, testemunhos e diligências são submetidas a sério exame para, de antemão, se rejeitar tudo o que não gera graves presunções” (ALMEIDA, J. Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: RT, 1973, p. 11).

Mas o foco principal aqui recai, realmente, sobre a **função preparatória**. A respeito, outro *autor canônico* do nosso processo penal, José Frederico Marques, leciona:

“A investigação é atividade estatal da *persecutio criminis* destinada a ação penal. Daí apresentar caráter preparatório e informativo, visto que seu objetivo é o de levar aos órgãos da ação penal os elementos necessários para a dedução da pretensão punitiva em juízo: *inquisitio nihil est quam informatio*

**ACO 2833 MC / SP**

*delicti*” (MARQUES, José Frederico. Elementos de Direito Processual Penal – volume I. Campinas: Millenium Editora, 3ª atualização por Eduardo Reale Ferrari e Guilherme Madeira Dezem, 2009, p. 115).

E complementa Fernando da Costa Tourinho Filho que a condenação penal a ser imposta pelo Estado exige

“(…) intensa atividade que se denomina *persecutio criminis in judicio*, por meio do órgão do Ministério Público, por ele criado para, preferencialmente, exercer tal função, personificando o interesse da sociedade na repressão às infrações penais. Assim, é o órgão do Ministério Público quem leva ao conhecimento do Juiz, por meio da denúncia, o fato que se reveste de aparência delituosa, apontando seu autor, a fim de que o Juiz possa verificar ‘*se ricorrono le condizioni di legge per condannarlo o per assoverlo*’.” (Sabatini, Instituzioni di diritto processuale penale, 1939, p. 9)” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 25ª edição, 2013, p. 224).

O artigo 41 do Código de Processo Penal requer, para oferecimento da denúncia ou queixa, “*a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas*”. É assim que o Ministério Público cumpre a missão constitucional a que Tourinho Filho se refere. A investigação que antecede a denúncia – de praxe consubstanciada em inquérito policial, mas não necessariamente, como hoje se afirma de modo pacífico diante do julgamento do RE nº 593.727/MG, se por mais não fosse – **precisa fornecer tais bases em toda extensão requerida, ou é inútil.**

Essa *relação instrumental* entre investigação e denúncia torna insuperável a dificuldade prática decorrente da pretensão de se estabelecer, *a priori*, limitações severas à atividade investigativa que não decorram, claramente, de direitos e garantias individuais associados ao

**ACO 2833 MC / SP**

*status* de investigado. Se os contornos do fato e da autoria já estão estabelecidos, a investigação é desnecessária – e nada impede que se ofereça, de pronto, a denúncia (art. 12 do CPP). Se ao menos um desses fatores ainda é impreciso, se torna impossível, de antemão, delimitar precisamente o que deve ou não ser analisado, a não ser em hipóteses bastante óbvias. **A liberdade de investigação deve ser assegurada, dentro dos limites constitucionais. Investigar corretamente é também assegurar a devida proteção ao cidadão** apontado como autor de fato delituoso; diz mais uma vez Tourinho Filho:

“O que não se compreende, na sistemática processual penal brasileira, é a propositura de ação penal sem o indispensável suporte fático. Estando em jogo a liberdade individual, será rematada violência a instauração de processo-crime contra alguém sem que a peça acusatória esteja amparada, arrimada em elementos sérios, indicando ter havido a infração e que o acusado foi o seu autor.

O processo criminal, diz, com acerto, Ada P. Grinover, representa, por si só, um dos maiores dramas para a pessoa humana; por isso é que um mínimo de ‘fumo do bom direito’ há de exigir-se, para que se leve adiante o processo (cf. *As condições da ação penal*, Bushatsky, 1977, p. 129). Para a instauração de um processo não são necessárias provas capazes de gerar um juízo de certeza da veracidade da imputação; basta que tornem verossímil a acusação. O que não se concebe é uma acusação carente de elementos de convicção” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 25ª edição, 2013, p. 241).

**20. Em resumo,** é de se esperar da atividade de investigação o surgimento de uma ‘base sólida’ do Processo Penal:

“Uma base sólida significa ser, ao mesmo tempo, objetivo e direcionado às comprovações dos fatos e da(s) autoria(s), o que também significa que essa base terá maior credibilidade.

**ACO 2833 MC / SP**

Em outras palavras, ser rápido e ter evidências e provas técnicas, atestadas pelas ciências auxiliares da Justiça – o quanto possível; pois assim tornam-se, na maioria das vezes, indiscutíveis no aspecto da sua verdade formal. A tarefa do Promotor é, em termos gerais, seletividade, priorização dos indícios/evidências ou base das provas” (MENDRONI, Marcelo Batlouni. Curso de investigação criminal. São Paulo: Atlas, 3ª edição, 2013, pp. 328-9).

**21.** Voltando o olhar, mais uma vez, à peça de ingresso da presente ACO, verifico a alegação de que o Procedimento de Investigação Criminal (PIC) nº 94.0002.0007273/2015-6 foi instaurado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo para investigar supostos delitos sofridos pelos cooperados da Cooperativa Habitacional dos Bancários (BANCOOP). No curso do procedimento, porém, o MP bandeirante se concentrou em *“hipotéticos atos ilícitos envolvendo a propriedade e supostas benfeitorias realizadas no âmbito de um apartamento 164A (que a imprensa trata por ‘triplex’), no Edifício Solaris, situado no Município do Guarujá (SP) e, ainda, do ‘Sítio Santa Bárbara’, situado no Município de Atibaia (SP)”* (inicial, fl. 5). Vários dos atos persecutórios praticados desde então pelo *Parquet* estadual diriam respeito não mais ao suposto prejuízo sofrido pelos cooperados da BANCOOP, mas à aventada titularidade dominial do requerente sobre imóvel rural situado na cidade de Atibaia, no interior paulista.

De modo **correlato**, os membros do Ministério Público Federal atuantes na Força-Tarefa Lava Jato teriam instaurado, *“nesse interregno”* (inicial, fl. 6), o Procedimento Investigatório Criminal nº 1.25.00.003350/2015-98, com objeto declarado de apurar a *“propriedade e a realização de benfeitorias no âmbito de um apartamento ‘triplex’, no Edifício Solaris, situado no Município do Guarujá (SP) e, ainda, do ‘Sítio Santa Bárbara’, situado no Município de Atibaia (SP)”* (inicial, fl. 6). **Em 24.01.2016**, ainda segundo a inicial, teria havido pedido de compartilhamento formulado pelo MPF ao MP/SP, com **fornecimento de cópias** do PIC estadual.

**ACO 2833 MC / SP**

A análise do parco material probatório coligido aos autos, porém, **não sustenta integralmente essa descrição**, ao menos em juízo perfuntório típico do exame das medidas liminares.

**22.** Resta demonstrado nos autos que, em despacho de 07.01.2016, o Ministério Público Estadual delimitou mais de trinta providências no PIC nº 94.0002.0007273/2015-6. Nem todas esclarecem a que se referem; a maioria (como é típico nesses casos) simplesmente se limita a determinar a realização de atos, como notificar testemunhas ou requerer documentos a repartições públicas. As que permitem alguma identificação parecem se encaixar, efetivamente, em dois grandes blocos: o relativo à investigação dos **eventos relacionados ao Edifício Solaris**, na cidade litorânea do Guarujá, naquele Estado (itens 7, 11 e 12, ao menos), e o referente à investigação mais ampla, em que se trata da **situação geral da BANCOOP**, presentes os nomes de outros empreendimentos imobiliários (itens 17, 18, 22, 23, 25, 26, 27, 28, 29, 33 e 34, ao menos). Há uma única referência à cidade de Atibaia no item 30 do despacho, *verbis*:

“30. A fim de demonstrar o liame entre os investigados, proceda-se através do site *Google Maps* a extração de imagens, se possível colorida, do imóvel situado a rua Professora Sandália Monzon 210, Santa Cândida, Atibaia”; (item 30, doc. 7, fl. 6).

Destaco que, diferentemente do que se alega, não encontro no despacho de 07.01.2016 a afirmação de que o imóvel ali citado (qual seja, o situado à rua Professora Sandália Monzon 210, Santa Cândida, Atibaia) “pertenceria à família” do requerente, conforme evidencia a transcrição *supra*.

Em 27.01.2016, o Ministério Público Federal solicitou o compartilhamento “*de provas do PIC nº 94.0002.7273/2015-6 a partir das fls. 405*” (doc. 9, fl. 1). No dia seguinte, **um novo despacho** no PIC nº 94.0002.0007273/2015-6, em trâmite no Ministério Público estadual, determinou uma série de medidas, dentre as quais, para citar apenas as de relevo para a presente hipótese: (i) juntada o ofício recebido no dia

**ACO 2833 MC / SP**

anterior; (ii) juntada de documentos referentes à aquisição de móveis de cozinha junto à empresa Kitchens para o sítio de Atibaia; e (iii) obtenção, via *Google Maps*, de “*imagens do sítio Santa Bárbara localizado na rua Aníbal Paulo Nascimento, estrada clube da Montanha, que, supostamente, pertenceria à família do Ex-Presidente, Luiz Inácio Lula da Silva*” (doc. 8, fl. 2). Sobreleva, porém, o disposto no **item 18** do despacho (doc. 8, fls. 2-3), que transcrevo na íntegra:

“Em homenagem a elucidação fática integral com todos os seus desdobramentos e ao princípio magno do processo penal, ou seja, o da verdade real dos fatos, o Ministério Público Estadual registra que está reunindo informações em relação ao sítio Santa Bárbara situado na rua Aníbal Paulo Nascimento, estrada clube da Montanha, Atibaia, com o objetivo de eventualmente traçar mais elementos acerca do liame subjetivo havido entre a OAS representada pelo senhor Léo Pinheiro e o Ex-Presidente da República, que não ficou circunscrito apenas a eventual recebimento de triplex no Guarujá e objeto da primogênita portaria. Desta feita a razão das diligências é reforçar eventual incidência do artigo 29 do CP (concurso de pessoas). Por esse motivo determina em aditamento complementar mais uma alínea na portaria de fls. 2/12, qual seja, considerando que é possível que a relação subjetiva havida entre Léo Pinheiro, OAS e o Ex-Presidente da República, tenha possivelmente extrapolado dos limites do triplex em Guarujá, mas enveredado também em sítio em Atibaia, com a participação da OAS na realização da fase de reforma atinente a construção civil e compra de materiais de construção proceda-se a realização de investigações no referido sítio com o fulcro de coligir elementos de convicção que possam sintetizar possível relação entre a OAS e o Ex-Presidente da República juntando-se as provas já coligidas. Enfim, objetiva-se determinar o vínculo subjetivo entre investigados. Esclarece-se, ainda, que a ampla defesa está preservada já que a primeira etapa de interrogatórios está marcada para o dia 17 de fevereiro de 2016 e a investigação está amplamente franqueada para todos não

ACO 2833 MC / SP

mais subsistindo qualquer sigilo”.

**De modo seguro**, é possível delinear, em relação ao substrato fático, que: **(i)** existem dois PICs, um federal e um estadual, no âmbito dos respectivos Ministérios Públicos; **(ii)** o PIC estadual teve início em 2015, a partir da necessidade de investigação a respeito de possíveis prejuízos sofridos **por cooperados da BANCOOP**; **(iii)** pelo menos até 07.01.2016, *não há como afirmar com certeza* que as investigações estaduais haviam se afastado desse objetivo (pois o imóvel localizado no Guarujá faz parte do passivo da Cooperativa); **(iv)** em 27.01.2016, o Ministério Público Federal tomou a iniciativa de solicitar dados referentes à investigação estadual, sem contudo especificar o motivo da solicitação, deferida no dia seguinte; **(v)** na mesma ocasião, em 28.01.2016, efetivamente foram adotadas medidas persecutórias em relação ao sítio de Atibaia, ocasião em que o Ministério Público Estadual **(v.i)** *aditou a portaria inicial* para incluir essa circunstância no bojo das investigações, e **(v.ii)** apresentou suas razões, relacionadas essencialmente à intenção de *“coligir elementos de convicção que possam sintetizar possível relação entre a OAS e o Ex-Presidente da República”*, de modo a *“determinar o vínculo subjetivo entre investigados”*.

A rigor, **em termos documentais**, há portanto **um pedido de compartilhamento** de dados originado da esfera federal e um **aditamento de Portaria** na esfera estadual, esta justificada pela possibilidade de demonstrar, no que diz com o objeto do PIC ali em trâmite, elementos de convicção aptos a reforçar o liame subjetivo entre os investigados.

**23.** Entre dois fictícios inquéritos policiais tramitando perante a Polícia Civil de determinado Estado para investigação de um homicídio, recaindo as suspeitas sobre um único autor, há, realmente, grandes chances de duplicidade. Mas tal exemplo é tão simples que, na prática, sequer geraria dificuldades. **A realidade dos autos, porém, é muito mais complexa.** *Trata-se de investigações de grande porte, envolvendo quantidade considerável de pessoas e uma miríade de fatos de intrincada ramificação.* Isso é algo que pode ser afirmado, com segurança, tanto em relação à investigação focada na situação da BANCOOP, quanto à investigação conduzida pelo Ministério Público Federal. A afirmação teórica de que

**ACO 2833 MC / SP**

bastaria identificar similitude entre dois fatos para reconhecer duplicidade de investigações pode ser válida em determinadas situações, mas não garante, *por si*, o resultado pretendido **em toda e qualquer hipótese**.

Levando-se em conta o *estágio ainda prematuro* das investigações, é preciso dar sentido efetivo à possibilidade de que os dois Ministérios Públicos envolvidos estejam trabalhando *a mesma realidade em perspectivas diferentes*. Embora por demais óbvio, não custa lembrar que o Ministério Público Federal, atuando perante a Justiça Federal, é o *dominus litis* de ações penais relacionadas a crimes de competência atribuída a esta Justiça; e com o Ministério Público Estadual ocorre exatamente o mesmo, em vista dos crimes atribuídos à Justiça penal comum. Um conflito de atribuição típico entre MPF e MP estadual, a rigor, envolve também, *em segundo grau*, uma definição sobre competências. Vista a questão sob perspectiva temporal, *do tempo do processo*, conflitos de atribuições assim delineados são semelhantes à *instauração prematura* de conflitos de competência.

Portanto, é possível recolocar o problema a partir de outra questão: no momento, diante dos dados consolidados, é possível assegurar que os fatos, sejam quais forem, estão plenamente identificados como referentes, ou relevantes em alguma medida, tão somente a crimes tipificados como de competência de apenas uma das Justiças às quais se ligam os Ministérios Públicos?

Retomo os dados. O Ministério Público Estadual instaurou procedimento para investigar possível lesão a interesses e direitos de cooperados do **BANCOOP**, diante de certas operações ali realizadas. *A investigação diz respeito à gestão do passivo da cooperativa*. Tudo o que se refere a operações envolvendo tal passivo, à evidência, pode interessar à investigação. Assim, em tese, está contido nesse objeto **qualquer fato de reputado interesse sobre qualquer imóvel repassado pela Cooperativa, nisso incluída a unidade 164-A do Edifício Solaris**. Se a persecução recai sobre atos de gestão, parece razoável supor que o esclarecimento de eventuais favorecimentos seja visto como ponto de interesse

ACO 2833 MC / SP

investigativo, pois, muitas vezes, **o prejuízo de terceiros se demonstra justamente pela comprovação do benefício de alguns.**

*Nesse juízo perfunctório, portanto, não parece haver desvirtuamento da investigação estadual, no tocante à análise da situação da unidade 164-A do Edifício Solaris. É preciso lembrar que da investigação não se retira, necessariamente, imputação certa de crime a todos os investigados. Também não é certo que todo o material coligido, ao final dos trabalhos, dirá respeito a crimes de competência da justiça comum. De qualquer sorte, não é possível inverter a ordem das coisas. **Primeiro se investiga, depois se denuncia, se for o caso.***

24. A investigação federal trabalha, basicamente, sob o enfoque relativo a *suspeitas de corrupção ativa e passiva, no âmbito de ofensas alegadamente praticadas em desfavor da União*. Note-se o importante deslocamento ocorrido; não se trata mais de investigar prejuízos sofridos pelos cooperados da BANCOOP, e suas circunstâncias. O que passa a interessar, aqui, são elementos de convicção dentro de um amplo espectro investigativo incidente sobre supostos conluíus, em torno de possíveis interesses escusos, de agentes públicos e empresas privadas.

Se, a partir de evidências iniciais, alguma **coincidência circunstancial** puder ser vislumbrada, *v.g.*, entre sujeitos e *modi operandi*, **parece natural que isso desperte interesse mútuo**. O compartilhamento de informações iniciais, portanto, não aparenta ser medida desarrazoada. O compartilhamento parece estar focado em circunstâncias que, genericamente, têm potencial para vir a dizer sobre o ‘como’, e não propriamente sobre o ‘quem’ ou sobre ‘o que’.

Valho-me de outro clássico de nossas letras jurídicas para aclarar o ponto. Dizia Tornaghi:

“No terreno do Direito punitivo, a circunstância por si só não determina a punibilidade, exatamente porque não-essencial. Mas a consideração dela permite uma retribuição jurídica mais perfeita, porque adequada à gravidade do delito.

As circunstâncias estão admiravelmente resumidas no verso latino da Lei áurea de Raymundo Lulio:

**ACO 2833 MC / SP**

*'Quis? Quid? Ubi? Quibus auxiliis? Cur? Quomodo? Quando?'*

A primeira, *Quis*, 'quem', refere-se à pessoa do agente, seus antecedentes e personalidade. A segunda, *Quid*, 'que causa', diz respeito aos acidentes do evento (lato sensu), do acontecimento histórico. A terceira relaciona-se ao lugar, *Ubi*, 'onde'. *Quibus auxiliis*, a quarta, relaciona-se aos partícipes e aos instrumentos. A quinta, *Cur*, 'porque', alude à razão do crime. *Quomodo*, 'de que maneira', a sexta, reporta-se à forma de execução e, finalmente, a última, *Quando*, 'quando', considera o tempo em que foi cometida a infração" (TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal – 2º Volume*. São Paulo: Saraiva, 2ª edição, 1977, pp. 259-60).

Relembro que o Ministério Público Estadual se manifestou nesse sentido, ao declinar os motivos de investigação da situação que envolve o sítio de Atibaia. Conforme ali explicitado, para eventualmente reforçar o **liame subjetivo** em relação aos envolvidos nos fatos relacionados à BANCOOP, pode ser útil investigar, *v.g.*, o 'porque', o 'de que maneira', o 'quando' dos eventos relativos à propriedade rural. *Não é por isso que a investigação original deixaria de manter seu prumo.*

**25. Historicamente**, o *ne bis in idem* está associado "(...) à proibição de que um Estado imponha a um indivíduo uma dupla sanção ou um duplo processo (*ne bis*) em razão da prática de um mesmo crime (*idem*)". É uma das mais antigas regras da *Common Law* inglesa (proibição do *double jeopardy*) e, nos sistemas continentais de direito, encontrou "sua primeira formulação positiva no corpo da Constituição francesa de setembro de 1791, cujo art. 9º assegurava diversas garantias no âmbito criminal" (MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do *ne bis in idem* e a Constituição Brasileira de 1988. *In*: Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União. Ano 4, nº 16, jul/set. 2005, p. 27).

**Em nossos dias**, o princípio tem sido revisto e rediscutido, por exemplo, à luz das relações entre direito penal e direito administrativo, questionando-se a viabilidade de manutenção do dogma da separação rigorosa entre tais instâncias quando, a rigor, tem-se o surgimento de "um

**ACO 2833 MC / SP**

*Direito Administrativo Sancionador que poderá desempenhar importante papel na conciliação entre as necessidades de responsabilização pelo ilícito e de contenção do avanço injustificado de um determinado modelo de Direito Penal com tendências totalitárias” (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; GOMES JÚNIOR, João Florêncio de Salles. Direito Penal, Direito Administrativo Sancionador e a questão do *ne bis in idem*: o parâmetro da jurisprudência internacional. In: Direito Administrativo Sancionador. Org.: Luiz Mauricio Souza Blazeck e Laerte I. Marzagão Júnior. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 290).*

26. Não há dúvida de que o **idem** da fórmula latina se refere a **fatos**. Nesse sentido é que se entende a invocação do brocardo pela inicial, levando-se em conta a existência de múltiplas investigações. A questão, porém, *reside na necessidade de estipulação de critérios* para a identificação de duplicidades, em paralelismo com a abordagem desenvolvida no tópico anterior, quando foram definidos os elementos que perfazem as circunstâncias de investigação.

Nesse sentido, em obra doutrinária específica sobre o tema, já se afirmou que:

“(...) por mais que se entenda que o conceito de ‘mesmos fatos’ relaciona-se aos elementos nucleares de determinado comportamento imputado ao acusado, na sua expressão material mais simples, tais como a morte, a subtração, o constrangimento, entre outros, independentemente de sua qualificação jurídica, título, grau ou circunstâncias, não se pode esquecer que esse acontecimento somente é relevante, ainda que hipoteticamente, ‘como e enquanto violador dos valores protegidos pelas normas jurídico-penais’.

Por isso, conquanto constitua afirmação recorrente de que, para a apreciação da proibição do princípio do *ne bis in idem*, deve-se entender o termo ‘mesmos fatos’ como fatos reais e históricos, delimitados por um mesmo contexto de tempo e espaço, não há de negar a relevância da perspectiva normativa do objeto do processo. É que a identidade de um fato não é determinável de um modo matemático, até porque o que se leva ao conhecimento do tribunal é um problema jurídico-punitivo”

**ACO 2833 MC / SP**

(SABOYA, Keity. *Ne Bis in Idem*: história, teoria e perspectivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, pp. 180-1).

Essas considerações, ainda que tomadas em caráter perfunctório e não exauriente, levam à conclusão de que **não basta comparar eventos em perspectiva puramente naturalística**. *A persecução penal é um fenômeno jurídico, e assim precisa ser tratada*. Interessa, inclusive, esquadrihar qual é a **proteção jurídica** envolvida na perspectiva dos bens jurídicos em jogo, fator que aparenta demonstrar grande importância no exame do presente caso, conforme já delineado a partir das considerações que unem os Ministérios Públicos a certas competências jurisdicionais específicas.

**27. Em síntese, diante das premissas expostas, não há, seja pela ótica formal, seja pela material, elementos de convicção hábeis a justificar a concessão de medida liminar, neste juízo deliberatório.** A imposição de óbice à atividade persecutória, mormente dentro dos **limites estreitos de cognição** relacionados ao exame de provimentos liminares, demanda o reconhecimento de ilegalidade irrefutável, patente e de imediata compreensão, sob pena de indevida ingerência em prerrogativa constitucional titularizada pelo Ministério Público em nome da sociedade. Não é o que se verifica, na hipótese, valendo ainda o registro de que a manifestação hoje apresentada (doc. 30) desborda dos limites fáticos ensejadores do conflito invocado, nos termos da inicial.

**28. Reitero, todavia, e nos termos da jurisprudência desta Suprema Corte, a qual já assinalei acima (RE nº 593.727), que quaisquer investigações** devem ser pautadas pela **estrita observância das garantias individuais** asseguradas pela Lei Maior a todo e qualquer investigado, termos em que, à luz do art. 5º, XXXV, da Constituição, e *observada a adequação do instrumento processual, toda lesão ou ameaça de lesão a direito é passível de apreciação pelo Poder Judiciário*.

**29. Diante do exposto, indefiro a liminar.**

O Ministério Público Federal já apresentou informações (doc. 27). **Ouça-se** o Ministério Público do Estado de São Paulo, em 10 (dez) dias (RISTF, art. 167). Após, **dê-se vista** dos autos ao Procurador-Geral da

**ACO 2833 MC / SP**

República, para parecer (RISTF, art. 168).

Publique-se.

Brasília, 04 de março de 2016.

Ministra Rosa Weber  
Relatora