



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
15ª Câmara Criminal
Habeas Corpus nº 993.08.042790-9
(1.220.466-3/3-00)

Voto nº 14.297

**IMPETRANTE: O ADV. JOSÉ LUIZ TOLOZA OLIVEIRA
COSTA**

PACIENTE: JOSÉ GAINO

**COMARCA: 2ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE SÃO
CAETANO DO SUL**

Preliminar – Arguição de prevenção da 8ª Câmara Criminal, que primeiro conheceu de habeas corpus impetrado pelo co-réu – Hipótese em que referida câmara é incompetente para apreciar o presente “writ”, em razão da matéria (licitação pública) – Resolução nº. 393/2007– Preliminar Afastada.

Habeas Corpus – Nulidade de ação penal – Contesta a investigação criminal conduzida pelo Ministério Público – Hipótese em que o “Parquet” não solicitou a instauração do inquérito policial – Ofensa a garantia constitucional da ampla defesa - Necessidade de investigação pela Polícia Judiciária — Reunião dos procedimentos investigatórios – Reforma do despacho que recebeu a denúncia - Ordem concedida para este fim.

Trata-se de *Habeas-Corpus* impetrado pelo advogado **JOSÉ LUIZ TOLOZA OLIVEIRA COSTA**, em favor de **JOSÉ GAINO**, alegando que este sofre constrangimento ilegal por parte



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
15ª Câmara Criminal
***Habeas Corpus* nº 993.08.042790-9**
(1.220.466-3/3-00)

Voto nº 14.297

do MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de São Caetano, fundado em nulidade processual, porquanto a denúncia foi recebida com base em procedimento investigatório criminal realizado pelos promotores do GAERCO/ABC.

A liminar restou deferida, suspendendo-se o interrogatório do paciente. Prestadas as informações pela autoridade apontada como coatora, opinou a douta Procuradoria de Justiça, preliminarmente, pela retificação da distribuição ao “juiz certo” e, no mérito, pela denegação da ordem.

É o relatório.

Segundo consta, o paciente está sendo processado por infração ao artigo 297, § 1º do Código Penal (três vezes) e artigo 89, *caput* da Lei nº 8.666/93 (três vezes), c.c. os artigos 69 e 29, ambos do Código Penal.

Sustenta o impetrante, em breve síntese, que a atuação dos membros do *Parquet* na fase preliminar à ação penal, instaurando e conduzindo a investigação criminal para, ao final, oferecer a denúncia em juízo, extrapolou as suas funções especificadas



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
15ª Câmara Criminal
***Habeas Corpus* nº 993.08.042790-9**
(1.220.466-3/3-00)

Voto nº 14.297

na Carta Constitucional de 1988, avocando indevidamente as atividades inerentes a Polícia Judiciária, vale dizer, a instauração do inquérito policial para apurações de infrações penais.

Assim, pleiteia que seja declarada nula a decisão que recebeu a vestibular, ante a ilicitude das provas obtidas no procedimento de apuração criminal *sui generis*.

Ab initio, cumpre abordar a preliminar argüida pelo ilustre Promotor de Justiça Convocado, Dr. Ricardo Prado Pires de Campos, que em seu parecer protesta pela retificação da distribuição desta impetração.

Alega o e. parecerista que diante da distribuição, anteriormente a este *habeas corpus*, do writ de nº 1.203.152.3/6, impetrado pelo co-réu Cláudio Demambro, acerca dos mesmos fatos e com idêntico objeto aqui aduzido, deveria ter sido obedecido o critério da prevenção.

De fato, em consulta ao “*sistema informatizado de andamento processual*”, verificou-se constar a distribuição do feito acima citado ao e. Des. Louri Barbiero, integrante da Colenda 8ª



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
15ª Câmara Criminal
***Habeas Corpus* nº 993.08.042790-9**
(1.220.466-3/3-00)

Voto nº 14.297

Câmara Criminal, em 18 de março de 2008, o qual após indeferir a liminar perseguida, homologou o pedido de desistência do processo, com fundamento nos artigos 202, inciso V e 360, ambos do Regimento Interno.

Com efeito, versam os presentes autos sobre crimes contra as licitações públicas (art. 89, *caput*, da Lei 8.666/93), cuja competência originária é desta C. Câmara Julgadora, nos termos da Resolução nº 393/2007, de 5 de setembro de 2007, *in verbis*:

*Art. 1º - É criada a 15ª Câmara Criminal com competência originária para julgamento das infrações penais atribuídas a Prefeitos Municipais (art. 29, X, da Constituição Federal) e competência recursal preferencial para crimes de responsabilidade e funcionais praticados por ex-prefeitos (Dec. Lei nº 201/67), crimes contra a Administração Pública (arts. 312 a 327 e 359-A a 359-H do Código Penal), crimes de abuso de autoridade (Lei nº 4.898/65) e **crimes contra licitações públicas (Lei nº 8.666/93)**.*

(Artigo 1º com redação dada pela Resolução nº 426/2007)
(grifo nosso).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
15ª Câmara Criminal
***Habeas Corpus* nº 993.08.042790-9**
(1.220.466-3/3-00)

Voto nº 14.297

Trata-se de competência *ratione materiae*, de natureza absoluta, vale dizer, improrrogável, não admitindo qualquer modificação, ainda que pelo fenômeno da prevenção.

Nestes moldes, reconhecendo-se a incompetência recursal da C. 8ª Câmara Criminal para conhecer e julgar o presente remédio heróico impetrado, afasta-se a preliminar suscitada.

O tema em destaque, vale dizer, “poder investigatório criminal realizado pelos membros do *Parquet*”, é uma questão tormentosa, acirrada no meio doutrinário e jurisprudencial.

Inicialmente, cumpre anotar que, segundo dispõem os artigos 127 e 129 da Constituição Federal, cabe ao Ministério Público a “*defesa da ordem jurídica e do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*”; competindo-lhe o controle externo da atividade policial, incumbindo-lhe ainda, *expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial*:



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
15ª Câmara Criminal
Habeas Corpus nº 993.08.042790-9
(1.220.466-3/3-00)

Voto nº 14.297

Diz o art. 129 da Constituição Federal que são funções do Ministério Público, dentre outras:

Art. 129.

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
15ª Câmara Criminal
Habeas Corpus nº 993.08.042790-9
(1.220.466-3/3-00)

Voto nº 14.297

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas. (grifo nosso)

A Lei Orgânica do Ministério Público (Lei nº 8.625/93), no seu artigo 26 preconiza que cabe ao Ministério Público:

Art. 26.

I - instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los:(omissis);

II - requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que oficie;

V - praticar atos administrativos executórios, de caráter preparatório;

Essa mesma lei, no artigo 27, § único, inciso I, estabelece que compete, ainda, ao Ministério Público: “receber notícias de irregularidades, petições ou reclamações de qualquer natureza, promover as apurações cabíveis que lhes sejam próprias e dar-lhes as soluções adequadas”.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
15ª Câmara Criminal
***Habeas Corpus* nº 993.08.042790-9**
(1.220.466-3/3-00)

Voto nº 14.297

O artigo 80 da LONMP assim dispõe: “*Aplicam-se aos Ministérios Públicos dos Estados, subsidiariamente, as normas da Lei Orgânica do Ministério Público da União*”.

Por sua vez, a Lei Complementar nº 75 de 20 maio de 1993 – Estatuto do Ministério Público da União, dispendo sobre a sua organização e suas atribuições regulamentou:

Art. 8º - Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência:

I - notificar testemunhas e requisitar sua condução coercitiva, no caso de ausência injustificada;

V - realizar inspeções e diligências investigatórias;

VII - expedir notificações e intimações necessárias aos procedimentos e inquéritos que instaurar; (grifo nosso)

Por fim, a Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo, LC nº 734, de 26 de novembro de 1993, reproduziu, no artigo 103, incisos VI e XIII, as disposições dos incisos I e VI do artigo 129 da Constituição Federal.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
15ª Câmara Criminal
***Habeas Corpus* nº 993.08.042790-9**
(1.220.466-3/3-00)

Voto nº 14.297

A Carta Magna incumbiu o poder investigatório criminal a outros órgãos, que não a polícia: Lei de Falências, artigos 103 e seguintes, as Comissões Parlamentares de Inquérito (artigo 58, parágrafo 3º) e do Congresso Nacional (artigo 71), etc.

A esse respeito escreveu Mirabete: *"Os atos de investigação destinados à elucidação dos crimes, entretanto, não são exclusivos da polícia judiciária, ressalvando expressamente a lei a atribuição concedida legalmente a outras autoridades administrativas (art. 4º, do CPP). Não ficou estabelecido na Constituição, aliás, a exclusividade de investigação e de funções da Polícia Judiciária em relação às polícias civis estaduais. Tem o Ministério Público legitimidade para proceder investigações e diligências, conforme determinarem as leis orgânicas estaduais. (Processo Penal, Ed, Atlas, 1997, p. 77).*

Neste contexto, o art. 4º do Código de Processo Penal permite a apuração de infrações penais e da sua autoria à autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
15ª Câmara Criminal
Habeas Corpus nº 993.08.042790-9
(1.220.466-3/3-00)

Voto nº 14.297

Já o artigo. 40, do Código de Processo Penal dispõe: *“Quando, em autos ou papéis de que conhecerem, os juízes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia.”*

Corroborando este entendimento vem o artigo 46, §1º, do mesmo *Codex*: *“Quando o Ministério Público dispensar o inquérito policial, o prazo para o oferecimento da denúncia contar-se-á da data em que tiver recebido as peças de informações ou a representação”*.

E ainda, o artigo 27, da lei processual penal: *“Qualquer pessoa do povo poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, nos casos em que caiba a ação pública, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e a autoria e indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção”*.

Também sobre o tema, o artigo 39 do Código de Processo Penal, discorre: *“O direito de representação poderá ser exercido, pessoalmente ou por procurador com poderes especiais,*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
15ª Câmara Criminal
Habeas Corpus nº 993.08.042790-9
(1.220.466-3/3-00)

Voto nº 14.297

mediante declaração, escrita ou oral, feita ao juiz, ao órgão do Ministério Público, ou à autoridade policial”. Parágrafo 5º: “ O órgão do Ministério Público dispensará o inquérito, se com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal, e, neste caso, oferecerá a denúncia no prazo de quinze dias”.

A questão também vem sendo enfrentada nas nossas Cortes de Justiça. Cite-se os julgados abaixo:

Nelson Hungria, em aresto, ensinava: “... *O IP é peça destinada à elucidação do Órgão do Ministério Público ou da Acusação e não do juiz. Se o órgão da Acusação, independentemente do inquérito tem elementos que o convençam da veracidade do fato criminoso e sua autoria, como quando, tendo ouvido particularmente testemunhas, não deixem nestas, dúvidas a respeito da procedência da acusação....*(RF 197/298).

Do Superior Tribunal de Justiça: HC 7.445/RJ – 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 1.2.1999, pág. 218; RHC



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
15ª Câmara Criminal
Habeas Corpus nº 993.08.042790-9
(1.220.466-3/3-00)

Voto nº 14.297

8.025/PR, 6ª Turma, Rel. Min. Vicente Leal, DJU de 18.12.1998, pág. 416, reproduz-se: *“Para a propositura da ação penal pública, o Ministério Público pode efetuar diligências, colher depoimentos e investigar os fatos, para o fim de poder oferecer denúncia pelo verdadeiramente ocorrido”*.

“Tem-se como válidos os atos investigatórios realizados pelo Ministério Público, que pode requisitar esclarecimentos ou diligenciar diretamente, visando à instrução de seus procedimentos administrativos, para fins de oferecimento de peça acusatória”. (RMS 17.884-SC – 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, 19.12.2005).

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 1517 (figurando como requerente a ADEPOL – Associação dos Delegados de Polícia do Brasil), tendo como Relator o Ministro Maurício Corrêa, consignou que *“competindo ao Judiciário a tutela dos direitos e garantias individuais previstos na Constituição, não há como imaginar-se ser-lhe vedado agir, direta ou indiretamente, em busca da verdade material mediante o desempenho das tarefas de investigação criminal,*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
15ª Câmara Criminal
Habeas Corpus nº 993.08.042790-9
(1.220.466-3/3-00)

Voto nº 14.297

até porque estas não constituem monopólio do exercício das atividades de polícia judiciária."

Quanto à prescindibilidade da peça inquisitorial, o Supremo Tribunal Federal perfilhou: *"A inexistência de inquérito policial não impede a denúncia, se a Promotoria dispõe de elementos suficientes para a formulação da demanda penal – Existência, no caso, de indícios suficientes para afastar a alegação de falta de justa causa para a denúncia. Habeas Corpus indeferido."* (Habeas Corpus n.º 70.991-5, Rel. Min. Moreira Alves).

Eis o entendimento esposado no brilhante voto da lavra do Min. Celso de Mello, proferido nos autos da Medida Cautelar em *Habeas Corpus* nº 89.837-8 – Distrito Federal: *Cabe salientar, finalmente, sem prejuízo do exame oportuno da questão pertinente à legitimidade constitucional do poder investigatório do Ministério Público, que o "Parquet" não depende, para efeito de instauração da persecução penal em juízo, da preexistência de inquérito policial, eis que lhe assiste a faculdade de apoiar a formulação da "opinio delicti" em elementos de informação constantes de outras peças existentes "aliunde". Esse entendimento*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
15ª Câmara Criminal
Habeas Corpus nº 993.08.042790-9
(1.220.466-3/3-00)

Voto nº 14.297

— que se apóia no magistério da doutrina (DAMÁSIO E. DE JESUS, “Código de Processo Penal Anotado”, p. 07, 17ª ed., 2000, Saraiva; FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO, “Código de Processo Penal Comentado”, vol. I/111, 4ª ed., 1999, Saraiva; JULIO FABBRINI MIRABETE, “Código de Processo Penal Interpretado”, p. 111, item n. 12.1, 7ª ed., 2000, Atlas; EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, “Código de Processo Penal Brasileiro Anotado”, vol. I/288, 2000, Bookseller, v.g.) – tem, igualmente, o beneplácito da jurisprudência dos Tribunais em geral (RT 664/336 – RT 716/502 – RT 738/557 – RSTJ 65/157 - RSTJ 106/426, v.g.), inclusive a desta Suprema Corte (RTJ 64/342 - RTJ 76/741 - RTJ 101/571-RT-756/481):

“O inquérito policial não constitui pressuposto legitimador da válida instauração, pelo Ministério Público, da ‘persecutio criminis in judicio’. Precedentes.

O Ministério Público, por isso mesmo, para oferecer denúncia, não depende de prévias investigações penais promovidas pela Polícia Judiciária, desde que disponha, para tanto, de elementos mínimos de informação, fundados em base empírica idônea, sob pena de o desempenho da gravíssima prerrogativa de acusar transformar-se em exercício irresponsável de poder, convertendo, o processo penal, em inaceitável instrumento de arbítrio estatal.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
15ª Câmara Criminal
Habeas Corpus nº 993.08.042790-9
(1.220.466-3/3-00)

Voto nº 14.297

Precedentes.”(RTJ 192/222-223, Rel. Min. Celso De Mello) (grifo nosso).

Especificamente com relação ao poder investigatório do Ministério Público: *"O MP tem legitimidade para proceder a investigações ou prestar tal assessoramento à Fazenda Pública para colher elementos de prova que possam servir de base a denúncia ou ação penal. A CF/88, no art. 144, § 4º., não estabeleceu com relação às Polícias Civis a exclusividade que confere no § 1º., IV, à Polícia Federal para exercer as funções de Polícia Judiciária." (RT, 651/313).*

O Min. Néri da Silveira no julgamento do RE nº 233.072-4/RJ, DJ 03/05/2002, assim proferiu: *"O que se exige na formalização de denúncia é a existência de justa causa, ou seja, a ocorrência de elementos formadores da 'opinio delicti'. No caso, havia o processo licitatório, evidenciando fato típico e indicando quem nele teria participado. Se houve ou não crime é o exame de mérito da denúncia, pelo magistrado, na sentença penal, que estabelecerá. Impedir ao titular da ação penal pública de exercer seu mister em defesa da sociedade, sob a infundada alegação de que o fato não foi*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
15ª Câmara Criminal
Habeas Corpus nº 993.08.042790-9
(1.220.466-3/3-00)

Voto nº 14.297

investigado pela polícia é negar vigência ao preceito constitucional assecuratório da titularidade da ação penal pública. O entendimento acerca da necessidade da realização de inquérito policial ou da proibição da requisição de procedimentos administrativos e realização de diligências complementares pelo promotor de justiça é equivocada leitura do art. 144 da C.F.”. (grifo nosso).

O Superior Tribunal de Justiça manifestou-se: *“Ministério Público. Procedimento investigatório. Policiais. A Turma denegou a ordem de habeas corpus com o entendimento de que, em se tratando de procedimento com o fito de apurar fatos reputados delituosos e cuja autoria é atribuída a integrante da organização policial, cuja atividade é controlada externamente pelo Ministério Público, em tese não existirá antinomia para que o Parquet promova a investigação. Ressalte-se que, mesmo no caso de eventual irregularidade por invasão das atribuições da Polícia Judiciária pelo Ministério Público, ainda assim em nada estaria afetada a ação penal porque objeto de apuração de delito cometido por agente de autoridade policial. Precedentes citados do STF: RHC 66.428-PR, DJ 2/9/1988, e RE 205.473-9-AL, DJ 19/3/1999”.*(RHC 10.947-SP, Rel. Min. Fernando Gonçalves).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
15ª Câmara Criminal
Habeas Corpus nº 993.08.042790-9
(1.220.466-3/3-00)

Voto nº 14.297

Ainda, na referida Corte Superior de Justiça, decidiu-se: *"Não obstante o disposto no artigo 144, § 4º, da CF, o Parquet não é absolutamente proibido de praticar atos investigatórios. Não faria sentido, sendo essa instituição responsável, exclusivamente, pela ação penal pública – artigo 129, I da CF -que não pudesse praticar qualquer ato tendente à elucidação dos fatos. Se para o oferecimento da denúncia se exige um embasamento concreto quanto à materialidade e autoria do delito, isso significa que a atividade do órgão acusador depende diariamente de uma reconstituição bem feita do quadro fático. Sendo assim, não se pode negar sua competência para a prática de fatos investigatórios, embora não lhe seja permitido instaurar, formalmente, inquérito policial, pois esta é atividade atribuída à polícia judiciária. Não por acaso, a Súmula 234/STJ dispõe que 'a participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia'"*. (HC 10.974, 5ª Turma - Rel. Min. Felix Fischer). (grifo nosso)

... *"Aqui, desde de logo registro que no que se refere à discussão sobre a possibilidade da Parquet participar da apuração dos fatos criminosos, ou seja, auxiliar nas investigações, acompanho os termos do voto do Em. Ministro Relator pois, já*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
15ª Câmara Criminal
Habeas Corpus nº 993.08.042790-9
(1.220.466-3/3-00)

Voto nº 14.297

assentei que ‘na esteira de precedentes desta Corte, malgrado seja defeso ao Ministério Público presidir o inquérito policial propriamente dito, não lhe é vedado, como titular da ação penal, proceder investigações. A ordem jurídica, aliás, confere explicitamente poderes de investigação ao Ministério Público – art. 129, incisos VI, VIII, da Constituição Federal, e art. 8º, incisos II e IV, e § 2º, e art. 26 da Lei 8.625/1993. (HC 55500/PR, 5ª Turma, de minha relatoria, DJ de 20/11/2006).’”(Habeas Corpus nº 59.300-SP, Min. Felix Fischer – DJ 26/02/2007) (grifo nosso).

Anote-se, outrossim, que esta Colenda Câmara, no Mandado de Segurança nº 1.173.858.3/6-00, tratando da relação advogado do imputado com suposto suspeito da prática criminosa, afirmou que o inquérito é tido como um procedimento no qual se concretiza, de forma material, o resultado das investigações, abrigando todos os indícios da autoria do ilícito cometido e a comprovação de sua materialidade. Estes elementos permitirão o oferecimento da denúncia para recebimento por parte da autoridade judicial, gerando a instauração da ação penal.

É o inquérito iniciado em flagrante ou por portaria da autoridade policial, segue-lhe fórmulas e forma



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
15ª Câmara Criminal
***Habeas Corpus* nº 993.08.042790-9**
(1.220.466-3/3-00)

Voto nº 14.297

determinada na lei processual, especialmente quanto às perícias, oitiva de testemunhas e, mesmo, em relação ao interrogatório do incriminado.

Postulado de mera peça administrativa, vigora nele o princípio inquisitorial em contraponto ao contraditório, âncora da ampla defesa, mandamento constitucional assegurado a todos (CF, art. 5º, LV).

O cenário é do *jus persecutio*, objetivando a proteção da sociedade e regência da paz pública.

A sua existência, contudo, sofre a incidência de várias garantias *verbi gratia* assegurada ao preso em flagrante a presença de seu advogado (CF, art. 5º, LXII e LXIII) e, ainda, que, solto, garante a intervenção de seu patrono quando de seu interrogatório, à luz da Lei nº 10.792/2003 e, além disso, sua intervenção no interrogatório para reperguntar; também é garantido ao defensor técnico legitimamente constituído examinar os autos e fazer anotações, orientando o cliente.

Chega-se à conclusão indubitável da consagração do exercício do direito de defesa, ainda que mitigado.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
15ª Câmara Criminal
***Habeas Corpus* nº 993.08.042790-9**
(1.220.466-3/3-00)

Voto nº 14.297

Portanto, o conjunto legal veda de forma clara e insofismável o chamado “processo secreto”, cujo repúdio é imposto em nome do Estado Democrático de Direito.

Tem-se que o promotor de justiça, até que se decida em contrário, pode amealhar os elementos necessários para formar a *opinio delicti* e oferecer a denúncia, se assim o entender; porém não pode romper com a ordem jurídica em nome da proteção da sociedade.

O Ministério Público, neste ponto, vem prestando inestimáveis serviços no combate ao crime, com realce ao organizado. Longe de burocrático, age, e em assim sendo, não se pode coarctar sua enfocada atividade.

Na espécie, recebendo o representante do *parquet* delação diretamente da suposta vítima, tratou de verificar e cercar-se de elementos, cuja somatória conduz, em tese, a eventual existência de espúria organização, contaminando a administração pública indicada nos autos.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
15ª Câmara Criminal
***Habeas Corpus* nº 993.08.042790-9**
(1.220.466-3/3-00)

Voto nº 14.297

Agiu nos termos de sua competência, pouco importando o rótulo que ofereceu ao conjunto de elementos informativos – “procedimento investigatório criminal”. Ao invés de, em determinado ponto requisitar o inquérito, não o fez; seguiu, ouviu os supostos imputados no seu gabinete, todos acompanhados de advogados, portanto legalmente assistidos e, frise-se, nada reclamaram ou opuseram: permaneceram silentes.

Agora, aberta a ação penal, recebida a exordial, lastreada e fundeada nos elementos informativos coligidos pelos promotores de justiça, vem argüir nulidade. É tarde, porém.

Se presente estivesse, eventual nulidade se caracterizaria como relativa, cuja principal característica é de que não pode ser oposta por quem lhe deu causa ou com ela anuiu, ou seja, considera-se sanada se a parte, ainda que tacitamente, tiver aceito seus efeitos e sua forma, por não tê-la argüido no momento oportuno, nos termos do artigo 572, inciso I, do Código de Processo Penal.

Ademais, o vício porventura existente no inquérito, não contamina o processo que ora segue sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
15ª Câmara Criminal
***Habeas Corpus* nº 993.08.042790-9**
(1.220.466-3/3-00)

Voto nº 14.297

Produzida a prova oral respeitando os direitos dos ouvidos, e acrescida de farta prova documental, não há razão para desperdiçar o trabalho do funcionário estatal, bem elaborado e, diga-se, que tem capacidade de executar sua colheita, já que pode também requisitá-la.

Esta foi a linha de raciocínio por nós empreendida, fincada no fato de, se vício existira, este não fora alegado pelos meios adequados no tempo oportuno e, assim sendo, a ação penal, ofertada em peças ainda que contaminadas, até porque a *actio*, a partir deste ponto não mais é vestida em peça administrativa (inquérito), prosseguiria com obediência da ampla defesa.

Acontece que sobreveio o voto do Eminentíssimo Desembargador Pedro Gagliardi, apoiado em linha de pensamento diverso, de lavra igualmente de juristas de escol, o qual somente agora tive acesso, porquanto não me encontrava presente quando proferido, que abalou a convicção despendida e me levou a meditar.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
15ª Câmara Criminal
***Habeas Corpus* nº 993.08.042790-9**
(1.220.466-3/3-00)

Voto nº 14.297

De fato, a Constituição Federal em seu artigo 144, § 4º, entrega à Polícia Judiciária a realização do inquérito policial incumbindo, destarte, ao Delegado de Polícia a sua presidência.

E, frente ao regulamento construído pela lei adjetiva, vale dizer, artigo 4º do Código de Processo Penal, constitui o inquérito mera peça administrativa ou segue com obediência a determinadas formas e formalismos? E, se não seguidos, há contaminação da enfocada ação penal, tema por nós já afastado, e em qualquer hipótese?

Ora, continuamos vinculados a idéia de que pode o Promotor de Justiça realizar atos de investigação, como da mesma forma é seu dever ouvir aqueles que lhe levam a *notitia criminis* e tomar as providências cabíveis.

Também é certo que o inquérito segue determinada topografia: iniciado através de portaria, onde é descrito o fato criminoso e provável autoria, requisição do auto de prisão em flagrante e outros enumerados, segue com a disposição de atos, abrigando desde a oitiva de testemunhas em depoimentos tomados pelos delegados, trazidos a termo pelos escrivães que lhe emprestam fé



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
15ª Câmara Criminal
***Habeas Corpus* nº 993.08.042790-9**
(1.220.466-3/3-00)

Voto nº 14.297

pública, até diligências subscritas por seus condutores, perícias, que na maioria das vezes são realizadas por funcionários públicos especializados, ou quando não, por pessoas nomeadas pela autoridade para o mister, devidamente compromissada para tanto, culminado pelo lançamento do relatório final. Todas as peças seguem a seqüência em que foram obtidas, levadas a termo e rubricadas.

Em contrapartida, tem-se a ação penal, onde os atos já realizados, salvo os orais e as circunstâncias especiais ou extraordinárias, valem como produzidos, *verbi gratia* o exame de corpo de delito.

Portanto, o inquérito não pode ser acoimado de mera peça administrativa ou informativa. É uma investigação criminal pré-processual, como diz Rodrigo Carneiro Gomes, em sua obra “Roteiro Prático do Inquérito Policial”, cenário da investigação criminal vestido de oficialidade, exercitado pela polícia judiciária e regrado pela lei processual penal.

Mas como ficar diante da chancela legal de outorga ao Ministério Público para investigar e oferecer denúncia com



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
15ª Câmara Criminal
***Habeas Corpus* nº 993.08.042790-9**
(1.220.466-3/3-00)

Voto nº 14.297

os documentos que possui, sem o inquérito policial, frente ao entrelaçado de normais constitucionais, especiais e ordinárias?

Evidentemente, ou o promotor de justiça diante da *notitia criminis*, oferece a inicial acusatória lastreada na demonstração do *fumus bonis jûris* ou requisita o procedimento apuratório como determina a lei (art. 5º, inciso II, do Código de Processo Penal), e aí o acompanha, exercitando seus poderes, solicitando as diligências, remetendo novas peças que obteve para o bojo dos autos, etc. Mas, não pode e não deve realizar, como na espécie, uma apuração paralela, sem figura legal e com repúdio à lei processual penal, como, por exemplo, interrogar, ato que deve ser realizado em local próprio pela autoridade competente e levado a termo por funcionário (escrivão de polícia) ou na sua falta por aquele designado para o ato.

Neste sentido, cite-se julgado do Colendo Supremo Tribunal Federal: “A *Constituição Federal* dotou o Ministério Público do poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (CF, art. 129, VIII). A norma constitucional não contemplou a possibilidade do parquet realizar e presidir inquérito policial. Não cabe, portanto, aos seus membros



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
15ª Câmara Criminal
***Habeas Corpus* nº 993.08.042790-9**
(1.220.466-3/3-00)

Voto nº 14.297

inquirir diretamente pessoas suspeitas de autoria de crime. Mas requisitar diligência nesse sentido à autoridade policial. Precedentes” (ROHC 81.326-7 – DF – Ministro Nelson Jobim).

Esta também é a linha de pensamento do Eminentíssimo Desembargador Oliveira Ribeiro: “*É certo que a investigação plausível ao órgão do Ministério Público, para legitimar a sua convicção sobre a existência de uma infração penal, há de ser a de natureza complementar, para que não haja, em hipótese alguma, a derrogação do preceito do artigo 144, §4º da Constituição Federal. Claro está que se o Promotor de Justiça urdiu a investigação, centrando-a totalmente em suas mãos, suprimindo com esta inusitada invasão a competência da Polícia Judiciária, nula será a denúncia conseqüente a esta elocubração substitutiva da adequada função policial” (HC nº 368.651-3 – 3ª Câmara Criminal – TJSP).*

Configura-se como quebra da garantia constitucional da ampla defesa, como no caso em comento, porquanto o acusado pode quedar-se silente ou ainda trazer a lume a justificativa ou versão que achar conveniente. Desta feita, conforme entendimento esposado por José Reinaldo Guimarães Carneiro, baseado nos ensinamentos de Rogério Lauria Tucci, “*a possibilidade de realização*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
15ª Câmara Criminal
Habeas Corpus nº 993.08.042790-9
(1.220.466-3/3-00)

Voto nº 14.297

de investigação criminal pelo Ministério Público implicaria afronta às garantias individuais asseguradas ao imputado, com expressa violação dos princípios do contraditório, ampla defesa e do devido processo legal”. Portanto, impossível transigir.

Ainda, segundo este ilustre doutrinador, “Avulta, de logo, nesse particular, a falta de infra-estrutura do Ministério Público para realizá-la; sendo certo, outrossim, que não se a pode considerar como efetivamente existente, pelo simples fato de alguns membros do Ministério Público, ávidos de promoção pessoal e de publicidade, e até mesmo desprezando inafastáveis valores éticos, assumirem a condição de inquisidores, travestindo-se de ‘investigadores’”.

Por sua vez, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, em artigo publicado no *Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel*, ressaltou que a condução da atividade investigatória do Ministério Público prejudicaria, inclusive, a imparcialidade necessária à atuação do órgão, abrindo-se ensejo à possibilidade de produção de provas orientadas a fundamentar determinado propósito, concluindo o Autor que a “imparcialidade viciada desatende à justiça” (trechos extraídos



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
15ª Câmara Criminal
***Habeas Corpus* nº 993.08.042790-9**
(1.220.466-3/3-00)

Voto nº 14.297

da obra *O Ministério Público e suas investigações independentes* - Ed. Malheiros – 2007 – págs. 92, 93 e 94).

In casu, havia inquérito. Porém, houve por bem a esforçada Promotoria de Justiça repudiá-lo e servir-se de procedimento próprio no qual interrogou os imputados em seu próprio gabinete de trabalho, pouco importando se estes se fizessem acompanhar por advogados, sendo-lhes indicado o direito de permanecer em silêncio. A Constituição Federal sói desrespeitada.

Aliás, aqui cabe um parêntese: todo o inquérito está atrelado a um magistrado que exerce as funções da corregedoria de polícia, incumbido de, afora zelar pelo cumprimento das diligências e seus prazos, conforme requerimentos ministeriais lançados nos autos pelo promotor e autoridade policial, coibir igualmente desatinos, encerrando-o de pronto por ordem constitucional de ofício.

Se a apuração é realizada intramuros, coíbe-se o exercício do poder correicional do juiz, como também veda a qualquer cidadão o conhecimento da investigação que se procede e da mesma forma servir-se do remédio legal para fulminá-lo.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
15ª Câmara Criminal
Habeas Corpus nº 993.08.042790-9
(1.220.466-3/3-00)

Voto nº 14.297

Esta é a orientação que emana do Pretório Excelso, através do Recurso Extraordinário nº 233.072-4 RJ, onde o Ministro Maurício Corrêa, em judicioso estudo sobre a matéria, conclui que: “... *Se de um lado, não é obrigatória a existência de inquérito policial para a instauração da ação penal, por outro, quando se fizer necessário, é mister que seja realizado de acordo com as normas vigentes, sob pena de nulidade. Não vejo impedimento para que o Ministério Público requisiite algum documento ou mesmo um processo administrativo para melhor fundar a ação penal que irá propor; o que não pode é que solitariamente realize investigação criminal à margem de qualquer controle*”.

Prossegue, ainda, o Exmo. Sr. Ministro: “... *sem normas que regulamentem o procedimento investigatório penal do Ministério Público, não há garantia da lisura e do controle desta investigação, pois sem o devido processo administrativo o material coletado estará numa pasta ou numa gaveta ou num armário, sem acesso a quem quer que seja, inclusive ao advogado, o qual não terá a garantia de ‘examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante ou de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos’ (Estatuto da Advocacia – Lei nº 8.906/94, artigo*



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
15ª Câmara Criminal
***Habeas Corpus* nº 993.08.042790-9**
(1.220.466-3/3-00)

Voto nº 14.297

7º, XIV); poderá não ser utilizada prova coletada que incrimine ou que absolva determinado indiciado, segundo conveniências subjetivas e fora de qualquer controle; não haverá como dar eficácia à disposição constitucional que admite ação penal privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal (CF, artigo 5º, LIX), porque dificilmente se saberá qual dies a quo do início da contagem deste prazo legal”.

Na jurisprudência pátria, corroboram, ainda, com esta tese os seguintes julgados: *RE 205.473-9 – AL – STF, HC 99.018-3 – TJSP, HC 440.810-3 – TJSP e REHC 34.827 – AL – STJ.*

Enfim, seguindo as pegadas ilustres do Desembargador Pedro Gagliardi, cujas luzes permitirão que se reveja a posição antes da proclamação do resultado, sem embargo do deduzido pelo Desembargador Roberto Mortari, sempre respeitado por esta Corte, de molde a conceder a ordem, determinando que o procedimento investigatório ministerial seja encartado ao inquérito policial, sendo novamente interrogados os increpados e relatado pela autoridade policial, podendo, a seguir, o Ministério Público oferecer, se quiser, nova denúncia, porque a atual fica rejeitada, porquanto assentada em documentos constitucionalmente maculados,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
15ª Câmara Criminal
***Habeas Corpus* nº 993.08.042790-9**
(1.220.466-3/3-00)

Voto nº 14.297

ressalvando-se que a nova peça acusatória eventualmente ofertada deverá observar todas as garantias legais explicitadas neste *decisum*.

Isto posto, concede-se a ordem de *habeas corpus* nos moldes acima explicitados. Comunique-se com urgência.

RIBEIRO DOS SANTOS
Relator