



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

Nº 99.582/2015-AsJConst/SAJ/PGR

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO PRESIDENTE
DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

O **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**, com fundamento nos arts. 102, I, *a e p*, 103, VI, e 129, IV, da Constituição da República, no art. 46, parágrafo único, I, da Lei Complementar 75, de 20 de maio de 1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), e na Lei 9.868, 10 de novembro de 1999, propõe

ação direta de inconstitucionalidade,

com pedido de medida cautelar, contra o **art. 90, § 1º, da Lei Complementar 59, de 18 de janeiro de 2001, do Estado de Minas Gerais**, que dispõe sobre organização e divisão judiciárias do respectivo Estado, nas redações original e atual.

Esta petição se acompanha de representação formulada pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, autuada na

Procuradoria-Geral da República como processo administrativo 1.00.000.013514/2008-35 e de cópia da norma questionada (art. 3º, parágrafo único, da Lei 9.868/1999).

I OBJETO DA AÇÃO

Eis o teor da norma impugnada nesta ação:

Art. 90. São prerrogativas do magistrado: [...]

§ 1º. Quando, no curso de investigação, houver indício da prática de crime por magistrado, a autoridade policial remeterá os autos ao Tribunal de Justiça, cabendo ao órgão competente do Tribunal de Justiça, na primeira sessão, autorizar ou não o prosseguimento das investigações.

[...]

Conforme se demonstrará, a norma padece de inconstitucionalidade formal, por violação ao art. 93 da Constituição da República, e material, em razão de afronta ao princípio da isonomia e ao sistema acusatório, escolhido pelo poder constituinte originário para estruturar o processo penal pátrio.

II FUNDAMENTAÇÃO

II.1 INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL POR VÍCIO DE COMPETÊNCIA

O ato normativo impugnado determina remessa dos autos para deliberação do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, quando, no curso de investigação, se detectar indício de participação de juiz, a fim de a corte deliberar sobre continuidade da apuração. Confere, portanto, ao tribunal estadual prerrogativa, que, conforme se analisará, não está prevista na Constituição da

República e na Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar 35, de 14 de março de 1979) nem com elas se compatibiliza.

Ao dispor sobre os membros do Poder Judiciário, a Constituição da República assegurou, no art. 95, as garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios. No art. 93, estipulou que “[l]ei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura”.

O Estatuto da Magistratura deve abranger normas sobre ingresso na carreira, promoção, acesso a tribunais, vencimentos, aposentadoria, garantias, prerrogativas etc. Tendo em vista que não houve, após a Constituição da República de 1988, edição da lei complementar em questão, aplica-se ainda a Lei Complementar 35, de 14 de março de 1979 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional), recepcionada pela nova ordem constitucional.

GILMAR MENDES e LENIO STRECK ponderam:

As disposições da LOMAN constituem um regime jurídico único para os magistrados brasileiros. Esse sistema normativo nacional está amparado em duas razões. Em primeiro lugar, o Poder Judiciário é um Poder nacional e, assim, seus membros devem estar submetidos a regras uniformes. Em segundo lugar, é possível vislumbrar que a alternativa de caracterização das normas da LOMAN como meramente programáticas ou não vinculantes para o legislador e judiciário estaduais abriria uma via perigosa para a concessão ilimitada de privilégios e, ao fim e ao cabo, poderia dar ensejo a um quadro instável de “troca institucional de boas vontades” entre os poderes locais, incompatível com a independência assegurada constitucionalmente ao Poder Judiciário.

Nessa perspectiva, continuam os autores, configura violação direta à Constituição da República a não observância do Estatuto da Magistratura pela legislação estadual:

Trata-se de um verdadeiro *bloqueio de competência* levado a efeito pela edição da lei complementar nacional, de modo que o direito estadual em contradição com os limites nela fixados deve ser considerado inconstitucional. Nesse caso, a lei complementar não configura exatamente um parâmetro de controle abstrato, mas simples índice para a aferição da ilegitimidade ou de não observância da ordem de competência estabelecida na Constituição. O Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência assentada no sentido da inconstitucionalidade, por violação ao art. 93 da Constituição Federal, de normas estaduais, legais ou constitucionais, que disciplinem matérias próprias do Estatuto da Magistratura [...].¹

O quadro a seguir procura mostrar, de maneira sintética, que o art. 90, § 1º, da Lei Complementar 59/2001, de Minas Gerais não guarda compatibilidade com o art. 33 da LOMAN:

ART. 90, § 1º, DA LC 59/2001	ART. 33, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LC 35/1979
Art. 90. São prerrogativas do magistrado: § 1º. Quando, no curso de investigação, houver indício da prática de crime por magistrado, a autoridade policial remeterá os autos ao Tribunal de Justiça, cabendo ao órgão competente do Tribunal de Justiça, na primeira sessão, autorizar ou não o prosseguimento das investigações.	Art. 33. São prerrogativas do magistrado: [...] Parágrafo único. Quando, no curso de investigação, houver indício da prática de crime por parte do magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao Tribunal ou órgão especial competente para o julgamento, a fim de que prossiga na investigação.

¹ MENDES, Gilmar; STRECK, Lenio L.. Comentário ao artigo 93. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; _____. (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013, p. 1.320-1.321

A norma federal, ao dispor sobre prerrogativas dos magistrados judiciais, determina remessa dos autos da investigação ao tribunal ou órgão competente para julgamento, a fim de que os atos investigatórios tenham prosseguimento. Com isso, garante continuidade das investigações, ainda que com acompanhamento do órgão competente para apreciar medidas sujeitas a reserva de jurisdição e eventual denúncia. Não bastasse tal divergência normativa, ver-se-á que o dispositivo se afasta ainda do princípio acusatório.

No julgamento do *habeas corpus* 94.278/SP, o Plenário do Supremo Tribunal Federal superou entendimento anterior da 2ª Turma² e interpretou o art. 33, parágrafo único, da LOMAN, no sentido de fixar apenas regra de competência, inexistindo exigência de autorização para prosseguimento de investigações.³

² Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. *Habeas corpus* 77.355/RS. Relator: MINISTRO MARCO AURÉLIO. 1º/9/1998, unânime. *Diário de Justiça*, 2 fev. 2001.

³ “*Habeas corpus*. Inquérito judicial. Superior Tribunal de Justiça. Investigado com prerrogativa de foro naquela Corte. Interpretação do art. 33, parágrafo único, da LOMAN. Trancamento. Ausência de constrangimento ilegal. Precedentes. 1. A remessa dos autos do inquérito ao Superior Tribunal de Justiça deu-se por estrito cumprimento à regra de competência originária, prevista na Constituição Federal (art. 105, inc. I, alínea *a*), em virtude da suposta participação do paciente, Juiz Federal do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, nos fatos investigados, não sendo necessária a deliberação prévia da Corte Especial daquele Superior Tribunal, cabendo ao Relator dirigir o inquérito. 2. Não há intromissão indevida do Ministério Público Federal, porque como titular da ação penal (art. 129, incisos I e VIII, da Constituição Federal) a investigação dos fatos tidos como delituosos a ele é destinada, cabendo-lhe participar das investigações. Com base nos indícios de autoria, e se comprovada a materialidade dos crimes, cabe ao Ministério Público oferecer a denúncia ao órgão julgador. Por essa razão, também não há falar em sigilo das investigações relativamente ao autor de eventual ação penal. 3. Não se sustentam os argumentos da impetração, ao afirmar que o inquérito transformou-se em procedimento da Polícia Federal, porquanto esta apenas exerce a função

Confira-se trecho do voto do Ministro MENEZES DIREITO, relator desse processo:

Entendo que não se pode dar ao art. 33, parágrafo único, da LOMAN esse alcance. Ao contrário, o que ali se contém é a indicação de que havendo indício da prática de crime por parte de Magistrado, desloca-se a competência ao Tribunal competente para julgar a causa a fim de que prossiga a investigação. É, portanto, regra de competência. No Tribunal, o inquérito é distribuído ao Relator, a quem cabe determinar as diligências próprias para a realização das investigações, podendo chegar ao arquivamento. No dispositivo, não existe conteúdo normativo impondo seja submetido ao órgão colegiado desde logo a autorização para que siga o inquérito.

O Ministro CEZAR PELUSO votou em sentido semelhante:

Mas essa norma enuncia apenas que, no curso de investigação iniciada fora do juízo competente para processar o magistrado, se apure envolvimento deste, a investigação tem de ser transferida para o juízo competente para esse procedimento e que é o tribunal. [...] porque a finalidade da remessa está exatamente em que prossiga a investigação sob a supervisão do tribunal competente ou do órgão especial, onde o haja.

Portanto, remete-se o inquérito ou o procedimento para o órgão competente, o tribunal, e este, como de regra, atua pelos seus órgãos fracionários.

Enquanto o art. 33, parágrafo único, da LOMAN não deixa dúvida quanto à necessidade de prosseguimento das investigações, a lei complementar mineira atribui ao órgão compe-

de Polícia Judiciária, por delegação e sob as ordens do Poder Judiciário. Os autos demonstram tratar-se de inquérito que tramita no Superior Tribunal de Justiça, sob o comando de Ministro daquela Corte Superior de Justiça, ao qual caberá dirigir o processo sob a sua relatoria, devendo tomar todas as decisões necessárias ao bom andamento das investigações. 4. *Habeas corpus* denegado.” STF. Plenário. HC 94.278/SP. Rel.: Min. MENEZES DIREITO. 25/9/2008, maioria. *DJ eletrônico* 227, 27 nov. 2008.

tente do Tribunal de Justiça competência para decidir sobre o curso da apuração, o que implica evidente alargamento da prerrogativa instituída pela lei nacional, incompatível com a Constituição da República.

No julgamento da ADI 3.227/MG, ajuizada contra o art. 154, VI, também da Lei Complementar 59/2001, o STF reconheceu sua inconstitucionalidade formal, por dispor sobre tema reservado ao Estatuto da Magistratura:

Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Artigo 154, VI, da Lei Complementar no 59, de 18 de janeiro de 2001, do Estado de Minas Gerais, que prevê hipótese de pena de demissão a magistrado em razão de procedimento incompatível com a dignidade, a honra e o decoro de suas funções, por decisão da maioria de votos dos membros da Corte Superior do Tribunal de Justiça, além dos casos previstos no art. 26 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional – LOMAN; e artigo 156, da mesma lei complementar estadual, que prevê procedimentos a serem estabelecidos no Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – RI/TJMG para apuração de faltas e aplicação de penalidades, bem como para a decretação de remoção ou disponibilidade compulsórias. 3. Vício de inconstitucionalidade formal, por se tratar de matéria reservada ao Estatuto da Magistratura, de acordo com o art. 93, *caput*, da Constituição Federal. Precedentes: ADI nº 2.880-MA, ADI nº 3.053-PA, ADI nº 3.224-AP. 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente.⁴

⁴ STF. Plenário. ADI 3.227/MG. Rel.: Min. GILMAR MENDES. 26/4/2006, un. *DJ*, 1º set. 2006.

No mesmo sentido, há, entre outros, os seguintes julgados: ADI 4.042/MS,⁵ ADI 3.508/MS,⁶ ADI 3.566/DF,⁷ ADI 2.885/SE,⁸ ADI 1.985/PE.⁹

II.2 INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL POR OFENSA AO SISTEMA ACUSATÓRIO

As normas constitucionais que dispõem sobre a função do Ministério Público no processo penal brasileiro adotam de maneira expressa o sistema acusatório. Isso resulta do art. 129, incisos I, VI, VII e VIII, da lei fundamental brasileira, que preveem:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

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

[...]

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;

[...].

⁵ STF. Plenário. ADI 4.042/MS. Rel.: Min. GILMAR MENDES. 26/6/2008, un. *DJe* 79, 29 abr. 2009.

⁶ STF. Plenário. ADI 3.508/MS. Rel.: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, 27/6/2007. *DJe* 92, 30 ago. 2007.

⁷ STF. Plenário. ADI 3.566/DF. Rel.: Min. JOAQUIM BARBOSA, 15/2/2007, maioria. *DJe* 37, 14 jun. 2007.

⁸ STF. Plenário. ADI 2.885/SE. Rel.: Min. ELLEN GRACIE. 18/10/2006, un. *DJ*, 23 fev. 2007.

⁹ STF. Plenário. ADI 1.985/PE. Rel.: Min. EROS GRAU, 3/3/2005, maioria. *DJ*, 13 maio 2005.

Na exegese dessas normas, de inspiração garantista, duas advertências iniciais são necessárias.¹⁰

Primeiro, a feita por LUIGI FERRAJOLI, em seu *Direito e razão*, obra usualmente tida como a mais relevante para compreensão do chamado “garantismo”: em todos os setores dos ordenamentos jurídicos complexos, existe tensão derivada das antinomias entre os princípios de nível normativo superior e as normas e práticas de nível inferior. Princípios são marcados por certo déficit de efetividade, enquanto normas, por correspondente grau de invalidez ou ilegitimidade.¹¹ Mesmo em face do sistema constitucional de atribuição ao Ministério Público da plena titularidade da persecução penal no Brasil, remanescem normas inferiores, notadamente no Código de Processo Penal, práticas e, sobretudo, cultura jurídica que atribuem à polícia criminal funções em muito desbordantes de sua missão precípua, que é a de investigar infrações penais, na fase pré-processual, destinada **unicamente** a subsidiar a atuação do Ministério Público.

Em segundo lugar, de modo intimamente ligado à primeira advertência, vale lembrar o postulado que J. J. GOMES CANOTILHO invoca, de que normas infraconstitucionais devem ser interpretadas à luz da Constituição, não o inverso (a interpretação da consti-

¹⁰ Diversas considerações deste tópico utilizaram subsídios de WELLINGTON CABRAL SARAIVA (Legitimidade exclusiva do Ministério Público para o processo cautelar penal. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 157-177).

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Tradução Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 1995, p. 27. (Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho).

tuição conforme as leis – *gesetzkonforme Verfassungsinterpretation*).¹² O verdadeiro autor da ideia, WALTER LEISNER, fala de “interpretação da Constituição segundo a lei”.¹³ O intérprete e aplicador do direito deve fazer as leis e demais normas infraconstitucionais adaptar-se ao ordenamento constitucional, não este àquelas, a fim de não conferir à Constituição caráter demasiadamente aberto, a ser preenchido a seu talante pelo legislador ordinário, e de não se chegar a interpretações constitucionais inconstitucionais.¹⁴ Isso é sobretudo verdadeiro nas leis anteriores, como o CPP. As normas processuais penais de nível legal é que devem ser examinadas quanto à sua compatibilidade com os preceitos constitucionais, notadamente em relação à eficácia do binômio princípio acusatório–titularidade da persecução penal pelo Ministério Público.¹⁵

O alicerce desta análise parte do art. 129, I e VIII, da Constituição, que cometeu ao Ministério Público a titularidade da persecução penal. Com isso, desenhou claramente um processo penal de índole acusatória, em que a imparcialidade do juiz avulta e se ressalta a competência das partes para produzir a prova de suas ale-

¹² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1.106.

¹³ LEISNER, Walter. “Die Gesetzmäßigkeit der Verfassung”, inicialmente publicado no *Juristenzeitung* de 1964, p. 201–205, agora reproduzido in: _____. *Staat: Schriften zu Staatslehre und Staatsrecht 1957–1991*. Berlin: Duncker & Humblot, 1994, p. 276–289 (p. 281).

¹⁴ CANOTILHO, *Direito Constitucional*, p. 1.106.

¹⁵ DIAULAS COSTA RIBEIRO, não sem razão, critica a doutrina e a jurisprudência brasileiras que amiúde interpretam a ordem constitucional de 1988 à luz de parâmetros antigos e diz que ela “sofre de uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional no Brasil: a interpretação retrospectiva, pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo” (RIBEIRO, Diaulas Costa. *Ministério Público: dimensão constitucional e repercussão no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 259).

gações.¹⁶ Com efeito, lembra FERRAJOLI que as características essenciais desse sistema são rígida separação entre juiz e acusação, igualdade entre acusação e defesa,¹⁷ publicidade e oralidade do juízo. Ao reverso, seriam típicos do sistema inquisitivo a iniciativa do juiz no âmbito probatório, desigualdade de poder entre acusação e defesa e caráter estrito e secreto da instrução.¹⁸ Ele vai além e afirma que separação entre juiz e acusação é “o mais importante de todos os elementos constitutivos do modelo teórico acusatório, como pressuposto estrutural e lógico de todos os demais”.¹⁹

Em consequência desse dispositivo constitucional e do princípio acusatório dele decorrente (ainda que o Brasil não tenha adotado, segundo a compreensão majoritária, sistema acusatório puro), compete ao Ministério Público dirigir a investigação criminal, no sentido de definir quais provas considera relevantes para promover a ação penal, com oferecimento da denúncia ou promoção de arquivamento. Isso, claro, não exclui o importante trabalho da polícia criminal nem implica atribuir ao MP a chamada “presidência” do inquérito policial, quando esse procedimento for necessário. Todavia, parece indiscutível que a investigação deva ser feita em harmonia com as linhas de pensamento, de elucidação e de estratégia firmadas pelo Ministério Público, pois é a este que

¹⁶ Não se devem admitir, portanto, institutos que retirem esse protagonismo processual às partes, como fazia, por exemplo, o antigo art. 531 do Código de Processo Penal, o qual permitia, no caso de contravenções, início do processo por auto de prisão em flagrante ou mediante portaria expedida pelo delegado de polícia ou pelo juiz, até mesmo de ofício.

¹⁷ Embora o autor não o sustente aqui, o grau dessa igualdade pode variar em cada sistema, e ela não precisa ser absoluta.

¹⁸ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 563.

¹⁹ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 567.

tocará propor a ação penal e acompanhar todas as vicissitudes dela, até o final julgamento.²⁰ Como diz MARCELLUS POLASTRI LIMA, sendo titular da ação penal pública, o órgão ministerial é o primeiro interessado no bom andamento das investigações.²¹ Titularidade da acusação implica atribuir o ônus da imputação (*nullum crimen, nulla culpa sine accusatione*) e o ônus probatório (*carga probandi*) ao Ministério Público, um dos elementos essenciais do sistema acusatório, como pondera FERRAJOLI.²² Por conseguinte, é lógica e teleologicamente inevitável que a direção da investigação caiba a quem tem esse ônus, pois é seu interesse a prova da acusação.

O princípio acusatório decorre não somente do citado art. 129, I e VIII, mas também, como lembra POLASTRI LIMA, de outros princípios processuais inseridos na Constituição de 1988, como os do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV) e do juiz natural e imparcial (arts. 5º, LIII, 92 e 126).²³ GERALDO PRADO defende que o princípio acusatório tem as seguintes características, no que tange à figura do autor: a) direito de ação e de defesa estão voltados para produzir decisão judicial em caso concreto; b) o direito de ação é exercitado por pessoa ou órgão distinto do incumbido de julgar; c) o autor não se limita a iniciar o processo, pois

²⁰ Nesse sentido, por exemplo, LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 138; STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, *passim*.

²¹ LIMA, Marcellus Polastri. *Ministério Público e persecução criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 28.

²² FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 564.

²³ LIMA, *Ministério Público e persecução criminal*, p. 124-125.

deseja ver reconhecida sua pretensão; d) inclui o direito de provar fatos e debater questões de direito relevantes; e) a acusação integra o direito de ação e delimita o objeto da contenda; f) legitima o autor a preparar-se adequadamente para propor a ação, pois, como afeta o *status dignitatis* do acusado, deve fundar-se em justa causa.²⁴ BRUNO CALABRICH também destaca como característica do modelo acusatório a possibilidade de os sujeitos processuais participarem ativamente da produção das provas que entenderem cabíveis, para demonstrar a procedência de suas pretensões.²⁵ Aponta como componentes do sistema acusatório os seguintes princípios: a) imparcialidade do juiz; b) contraditório; c) ampla defesa; d) igualdade de partes; e) publicidade dos atos; f) oralidade.²⁶

Nessa perspectiva, julgado do Pleno do STF, relatado pelo Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, assentou que o Ministério Público é o árbitro exclusivo, no curso do inquérito, da base empírica necessária a oferecimento de denúncia.²⁷ Por isso lhe cabe direcionar as investigações a serem realizadas no inquérito, já que ele será o órgão ao qual caberá, se for o caso e de acordo com seu critério, ofertar imputação ao juiz. Em outro precedente do STF, o Ministro RAFAEL MAYER notou: “é pacífico o entendimento segundo o qual a atuação do Ministério Público, na fase do inquérito policial, tem justificativa na sua própria missão de titular da ação penal,

²⁴ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 119.

²⁵ CALABRICH, Bruno. *Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 7, p. 39. (Coleção Temas Fundamentais de Direito).

²⁶ CALABRICH, *Investigação criminal*, p. 40.

²⁷ STF. Plenário. Questão de ordem no inquérito 1.604/AL. Rel.: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, 13/11/2002, un. DJ, seção 1, 13 dez. 2002, p. 60.

sem que se configure usurpação da função policial, ou venha a ser impedimento a que ofereça a denúncia”.²⁸ Também pela titularidade da persecução penal e pela missão constitucional de dirigi-la, pode o Ministério Público requisitar diligências preliminares em inquérito policial para, uma vez concluídas, decidir pela denúncia ou pelo prosseguimento da investigação.²⁹ Veja-se o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal, a respeito da função do Ministério Público na investigação criminal:

HABEAS CORPUS. PROCEDIMENTO INVESTIGATIVO DA SUPOSTA PARTICIPAÇÃO DE SARGENTO DE POLÍCIA NA PRÁTICA DE ILÍCITOS. ARQUIVAMENTO, PELO JUÍZO, SEM EXPRESSO REQUERIMENTO MINISTERIAL PÚBLICO. REABERTURA DO FEITO. POSSIBILIDADE. [...]

1. O inquérito policial é procedimento de investigação que se destina a apetrechar o Ministério Público (que é o titular da ação penal) de elementos que lhe permitam exercer de modo eficiente o poder de formalizar denúncia. Sendo que ele, MP, pode até mesmo prescindir da prévia abertura de inquérito policial para a propositura da ação penal, se já dispuser de informações suficientes para esse mister de deflagrar o processo-crime.

2. É por esse motivo que incumbe exclusivamente ao *Parquet* avaliar se os elementos de informação de que dispõe são ou não suficientes para a apresentação da denúncia, entendida esta como ato-condição de uma bem caracterizada ação penal. Pelo que nenhum inquérito é de ser arquivado sem o expresso requerimento ministerial público. [...]

5. Ordem denegada.³⁰

²⁸ STF. Primeira Turma. Recurso em HC 61.110/RJ. Rel.: Min. RAFAEL MAYER, 5/8/1983, un. *DJ*, 26 ago. 1983, p. 12.714.

²⁹ STF. Segunda Turma. RHC 58.849/SC. Rel.: Min. MOREIRA ALVES, 12/5/1981, un. *DJ*, 22 jun. 1981, p. 6.064; *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 103, n. 3, p. 979.

³⁰ STF. Primeira Turma. HC 88.589/GO. Rel.: Min. CARLOS BRITTO, 28/11/2006, un. *DJ* 1, 23 mar. 2007, p. 107.

Reconhecimento do papel do Ministério Público na persecução penal ocorre por parte da Suprema Corte brasileira, também, ao não aceitar transação penal (Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995) sem iniciativa do Ministério Público, justamente porque é esse o órgão ao qual a Constituição atribuiu, com privatividade, a iniciativa de provocar o Poder Judiciário para que concretize o *jus puniendi* estatal.³¹

Deve o Poder Judiciário reconhecer e não obstar o exercício da titularidade da persecução penal por parte do Ministério Público. Na linha do que acima se sustentou, aliás, o STF já julgou que o juiz não pode, por exemplo, compeli-lo a aditar denúncia,³² muito menos a oferecê-la, sob pena de ofensa ao princípio *ne procedat judex ex officio* (ou *nullum iudicium sine accusatione*).³³ Como decorrência do sistema acusatório adotado pela Constituição da República, a Suprema Corte já julgou inconstitucionais normas e procedimentos que atribuíam ao juiz funções investigatórias, a fim de não comprometer a imparcialidade com que ele terá de julgar, posteriormente.

³¹ No recurso extraordinário 296.185/RS, por exemplo, o STF anulou processo em que houve ratificação, em audiência, de transação penal proposta pelo Ministério Público, mas à qual este não pôde comparecer (ou seja, a transação não se poderia consumar sem intervenção da parte autora da ação penal): STF. Segunda Turma. RE 296.185/RS. Rel.: Min. NÉRI DA SILVEIRA. 20/11/2001, un. DJ 1, 22 fev. 2002, p. 55). No RE 492.087/SP, ficou assentado: “[...] A transação penal pressupõe acordo entre as partes, cuja iniciativa da proposta, na ação penal pública, é do Ministério Público. Precedente: RE 468.191, Relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma. [...]” (STF. Primeira Turma. RE 492.087/SP. Rel.: Min. CARLOS BRITTO. 19/9/2006, un. DJ 1, 22 jun. 2007, p. 40).

³² STF. Segunda Turma. HC 72.843/RS. Rel.: Min. NÉRI DA SILVEIRA, 18/3/1996, un. DJ 1, 11 abr. 1997, p. 12.182.

³³ STF. Plenário. Inq 180/DF. Rel.: Min. DJACI FALCÃO, 27/6/1984, un. DJ, 31 ago. 1984, p. 13.933; RTJ, v. 110, n. 3, p. 925.

Foi o caso do art. 3º da Lei 9.034, de 3 de maio de 1995, que previa mecanismos de repressão ao crime organizado e teve sua inconstitucionalidade declarada pelo STF, justamente por ofensa ao princípio acusatório, pois atribuía ao juiz levar a cabo, pessoalmente, diligência de inspeção, em casos de violação de sigilo legal. O relator, Ministro MAURÍCIO CORRÊA, valeu-se de trecho do parecer do MPF, que lembrava: “A árdua tarefa de formação da prova cabe à parte, no caso, o Ministério Público, titular da ação penal pública”³⁴.

Em outro importante julgamento, a Suprema Corte assentou que casos de investigação de autoridades com foro por prerrogativa de função não transferem ao respectivo tribunal a função de investigar nem excluem do Ministério Público a iniciativa e o ônus de formar a prova:

I. STF: competência originária: *habeas corpus* contra decisão individual de ministro de tribunal superior, não obstante suscetível de agravo.

II. Foro por prerrogativa de função: inquérito policial.

1. A competência penal originária por prerrogativa não desloca por si só para o tribunal respectivo as funções de polícia judiciária.

2. A remessa do inquérito policial em curso ao tribunal competente para a eventual ação penal e sua imediata distribuição a um relator não faz deste “autoridade investigadora”, mas apenas lhe comete as funções, jurisdicionais ou não, ordinariamente conferidas ao juiz de primeiro grau, na fase pré-processual das investigações.

III. Ministério Público: iniciativa privativa da ação penal, da qual decorrem (1) a irrecusabilidade do pedido de arquivamento

³⁴ STF. Plenário. ADI 1.570-2/DF. Rel.: Min. MAURÍCIO CORRÊA, 12/2/2004, maioria. DJ 1, 22 out. 2004, p. 4; RDDP, v. 24, p. 137-146; RTJ, v. 192, n. 3, p. 838.

mento de inquérito policial fundado na falta de base empírica para a denúncia, quando formulado pelo Procurador-Geral ou por Subprocurador-Geral a quem delegada, nos termos da lei, a atuação no caso, e também, (2) por imperativo do princípio acusatório, a impossibilidade de o juiz determinar de ofício novas diligências de investigação no inquérito cujo arquivamento é requerido.³⁵

Em decisão monocrática na mesma linha de raciocínio, a Ministra ELLEN GRACIE indeferiu requerimento para instaurar inquérito contra deputado federal, pois a requisição deveria ser diretamente dirigida, pelo Ministério Público, à polícia de investigação criminal, sem necessidade de autorização ou iniciativa judicial, que teria lugar apenas nas diligências submetidas à reserva de jurisdição. Com inteira razão, anotou: “Não parece razoável admitir que um ministro do Supremo Tribunal Federal conduza, perante a Corte, um inquérito policial que poderá se transformar em ação penal, de sua relatoria”³⁶.

Nesses dois últimos julgamentos, portanto, o órgão de cúpula do Judiciário, reafirmando a vigência do princípio acusatório no País e a posição do Ministério Público como parte e protagonista da persecução penal,³⁷ afastou a atuação positiva do juiz na fase pré-processual, inclusive nos casos de prerrogativa de foro. Dessa

³⁵ STF. Primeira Turma. HC 82.507/SE. Rel.: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, 10/12/2002, un. DJ 1, 19 dez. 2002, p. 92.

³⁶ STF. Plenário. Petição 3.248-9/DF. Rel.: Min. ELLEN GRACIE, 28/10/2004, decisão monocrática, DJ 1, 23 nov. 2004, p. 41.

³⁷ Muito embora, como se sabe, o Ministério Público atue como parte especial, pois, diferentemente das partes privadas, seu compromisso precípua é com a defesa da ordem jurídica (CR, art. 127, *caput*), de modo que pode – e costuma fazê-lo quotidianamente – postular contra a acusação, como quando pede a absolvição ou a declaração de extinção da punibilidade, e até recorrer ou impetrar *habeas corpus* em favor do réu. Está ultrapassada a figura do membro do Ministério Público como “acusador sistemático”, na esfera criminal.

forma, compete ao Ministério Público o primeiro exame acerca do cabimento de investigação de condutas criminosas praticadas por magistrado; o Poder Judiciário deve apreciá-las apenas quando o *Parquet* lhe apresentar a questão.

Tem razão GERALDO PRADO ao defender, como decorrência do princípio acusatório, a necessidade de prestigiar a autonomia do acusador, cuja legitimidade deriva diretamente da Constituição, até no que respeita à convicção da ausência de suporte probatório idôneo à promoção da ação penal ou à existência de fator juridicamente inibidor dessa propositura. Deve-se excluir o juiz da tarefa de controlar o princípio da obrigatoriedade da ação penal, quando esta não for exercida.³⁸ Diz ele:³⁹

Com efeito não há razão, dentro do sistema acusatório ou sob a égide do princípio acusatório, que justifique a imersão do juiz nos autos das investigações penais, para avaliar a qualidade do material pesquisado, indicar diligências, dar-se por satisfeito com aquelas já realizadas ou, ainda, interferir na atuação do Ministério Público, em busca da formação da *opinio delicti*.

A imparcialidade do juiz, ao contrário, exige dele justamente que se afaste das atividades preparatórias, para que mantenha seu espírito imune aos preconceitos que a formação antecipada de uma tese produz, alheia ao mecanismo do contraditório.

³⁸ PRADO, *Sistema acusatório*, p. 123.

³⁹ PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 175. Em sentido semelhante: LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, v. 1, p. 73; DIAS, Jorge de Figueiredo. Sobre o estado actual da doutrina do crime. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Lisboa: Aequitas, fasc. 1, p. 136, jan./mar. 1991; SILVA, Edimar Carmo da. *O princípio acusatório e o devido processo legal*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2010, p. 69-71.

Assim, por ocasião do exame da acusação formulada, com o oferecimento da denúncia ou queixa, o juiz estará em condições de avaliar imparcialmente se há justa causa para a ação penal, isto é, se a acusação não se apresenta como violação ilegítima da dignidade da pessoa humana.

A propósito, o voto do Ministro CELSO DE MELLO:

[...] o inquérito policial, que constitui instrumento de investigação penal, qualifica-se como procedimento administrativo destinado a subsidiar a atuação persecutória do Ministério Público, que é – enquanto *dominus litis* – o verdadeiro destinatário das diligências executadas pela Polícia Judiciária.⁴⁰

Como disse MARCELLUS POLASTRI LIMA, inquérito policial é procedimento escrito e inquisitivo, com o fim de apurar existência de infração penal e sua autoria, e destina-se ao Ministério Público, como titular privativo da ação penal pública, ou, nos casos excepcionais em que caiba ação penal privada, ao ofendido.⁴¹ A parte na relação processual penal encarregada de provocar a persecução é o Ministério Público e nenhuma outra. Relembrem-se precisas ponderações de HÉLIO TORNAGHI:

O Ministério Público é parte como órgão (e não representante) do Estado. O aspecto ritual do processo a tanto leva porque, além de o Ministério Público ser fiscal da aplicação da lei, ele exerce a função de acusar. Essa última é sua atribuição precípua, uma vez que o processo está organizado de forma contraditória. Pode acontecer que durante o processo o Ministério Público se convença da inocência do acusado e peça para ele a absolvição. Mas o contraste inicial, nascido com a denúncia, permanece, uma vez que a lei não dispensa

⁴⁰ STF. Primeira Turma. HC 73.271-SP. Rel.: Min. CELSO DE MELLO, 19/3/1996, un. DJ 1, 4 out. 1996, p. 37100. Na mesma linha, apontando o Ministério Público como único destinatário da investigação criminal (ao lado, excepcionalmente, do ofendido, nos casos de ação penal privada): CALABRICH, *Investigação criminal*, p. 62.

⁴¹ LIMA, *Ministério Público*, p. 53-54.

o juiz de apurar a verdade acerca da acusação e de condenar se entender que o réu é culpado.

Como fiscal da aplicação da lei, entretanto, o Ministério Público deve agir imparcialmente e reclamar inclusive o que puder ser favorável ao réu...

Não há, pois, conflito entre a imparcialidade que o Ministério Público deve observar e o seu caráter de parte. Imparcial ele deve ser apenas na fiscalização, na vigilância, no zelo da lei.

É fato que a dualidade de funções do Ministério Público faz dele uma parte *sui generis*, parte pública, parte a que se cometem também funções que não são de parte, mas sem lhe tirar esse caráter.⁴²

Voltando a FERRAJOLI, vê-se a ênfase que atribui à necessidade de garantir a independência judicial, como condição *sine qua non* para adequada garantia dos direitos do cidadão.⁴³ Apenas o fortalecimento do princípio acusatório é capaz de levar a esse patamar de garantismo, se se preferir adotar o termo por ele notabilizado. Condicionar prosseguimento de investigações criminais de magistrado a autorização de tribunal de justiça, como se vê no dispositivo atacado, é decisivamente contrário à proteção dos direitos fundamentais, porquanto atenta contra o princípio acusatório e a atuação do Ministério Público na formação da *opinio delicti*.

Já não remanesce dúvida de que o inquérito policial e outras formas de investigação criminal (como a realizada pelas comissões parlamentares de inquérito), nas infrações sujeitas a ação penal de iniciativa pública, são destinadas *ao Ministério Público*, pois é a este que cabe formar convicção (a *opinio delicti*) sobre existência de justa causa para ação penal. Apenas depois da manifestação do Mi-

⁴² TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 171-172.

⁴³ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, p. 11.

nistério Público é que deverá o Poder Judiciário apreciar a postulação. Compete ao *Parquet* primeiro exame do cabimento de investigação sobre fatos potencialmente ilícitos, e deve o tribunal competente apreciá-los apenas quando o Ministério Público lhos submeter.

Imposição à polícia de remessa de autos de investigação ao tribunal de justiça, quando houver indício de prática de crime por parte de magistrado judicial, para que a corte autorize prosseguimento das investigações, independentemente de participação e atuação do Ministério Público, não ofende apenas a cláusula constitucional instituidora do princípio acusatório, como ainda comete ao Judiciário atribuição incompatível com sua posição institucional. A decisão de dar prosseguimento ou não aos atos investigatórios situa seu tomador em posição protagônica na investigação criminal. Ora, a preservação da imparcialidade do Poder Judiciário para processar e julgar a pretensão punitiva depende, precisamente, de alheá-lo o mais possível do ambiente jurídico de formação dessa pretensão.

A decisão de iniciar ou manter procedimento de investigação contém traço indelével das ideias de *iniciativa* e *providência*. Esse traço explica, por sinal, mais do que qualquer outro fator, a *natureza executiva* da atividade de apurar infrações penais, razão pela qual ela incumbe, primordialmente, à polícia e ao Ministério Público.⁴⁴ Por se tratar de atividade executiva, delineada pelas ideias

⁴⁴ Embora na ordem constitucional brasileira o Ministério Público não integre o Poder Executivo, é assente que múltiplas de suas funções institucionais se associam, em conteúdo ou ao menos em finalidade, às competências desse Poder.

de iniciativa e providência, a investigação criminal – em especial no aspecto de decidir sobre sua instauração – não é compatível com os princípios da inércia e da imparcialidade, que compõem a fisionomia institucional do Poder Judiciário em todo o espaço jurídico das democracias constitucionais.

A respeito da natureza executiva da atividade do Ministério Público, em contraposição funcional à jurisdicional, importa lembrar oportunas ponderações de KONRAD HESSE. Após notar que o Executivo não é apenas a “denominação geral” para tudo o que não seja Legislativo nem Judiciário, HESSE lapidarmente nota:

[...] ela assinala, ao contrário, as funções da atividade estatal imediata. Ainda que isso ocorra num sentido tipificador [...], a diferença em relação ao Legislativo e ao Judiciário torna-se visível. Afinal, a legislação necessita em princípio da concretização das leis para se tornar eficaz na vida estatal, e a jurisdição pode configurar imediatamente relações humanas, mas jamais pode agir de iniciativa própria, ao passo que o desenvolvimento dessas iniciativas é exatamente o elemento essencial da atividade imediata do Poder Executivo.⁴⁵

Impedir órgãos com atuação executiva – como o Ministério Público (conquanto organicamente não integre o Poder Executivo) – de intervir imediatamente e de ofício em situações de fato para atender ao interesse público, nas hipóteses previstas em lei,

⁴⁵ HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 15. Aufl. Heidelberg: CF Müller, 1985, p. 202, n^o marginal 530: “Sie bezeichnet vielmehr die Funktionen des unmittelbaren staatlichen Tätigwerdens. Wenn dies in einem typisierenden Sinne geschieht [...], so wird damit doch der Unterschied zur Gesetzgebung und Rechtsprechung sichtbar. Denn Gesetzgebung bedarf, um in der Wirklichkeit staatlichen Lebens wirksam zu werden, prinzipiell die Aktualisierung der Gesetze, und Rechtsprechung vermag zwar Lebensverhältnisse unmittelbar zu gestalten, aber sie vermag niemals aus eigener Initiative tätig zu werden, während die Entfaltung solcher Initiative gerade wesentliches Element des unmittelbaren Tätigwerdens des vollziehenden Gewalt ist”.

seria privá-lo de seu cerne. E então já não mais atenderia às necessidades coletivas, sobretudo quando a proteção estatal se referir a bens insuscetíveis de reposição ao estado original, quando terminado o processo administrativo ou judicial.

Esse aspecto vai além do princípio acusatório: mesmo os ordenamentos jurídicos que ainda adotam sistema inquisitorial organizam-se de modo que a jurisdição instrutória somente se acione após prisão em flagrante ou *investigação preliminar, na qual se elucidem os primeiros indícios de materialidade e autoria*. A instauração dessa investigação preliminar não se sujeita a controle de magistrado instrutor.

O Código de Processo Penal da França, por exemplo, referência maior do sistema inquisitorial no Ocidente, institui, nos arts. 75 e 75-1, o instrumento do inquérito preliminar (*enquête préliminaire*), cuja instauração se pode dar de ofício por autoridade policial ou em virtude de requisição de procurador da República. Mesmo a abertura da *informação*, nome que se dá ao procedimento parcialmente contraditório de investigação judicial presidido por juiz de instrução, depende de requerimento de procurador da República, que faz sua própria apreciação da suficiência dos elementos para tanto. Esse requerimento vincula, em seu recorte fático, o juiz de instrução, o qual depende de requerimento suplementar para instruir sobre fatos que não estejam contidos no objeto do requerimento originário.

Confirmam-se os dispositivos da legislação francesa:

Artigo 75

Os oficiais de polícia judiciária e, sob controle destes, os agentes de polícia judiciária mencionados no artigo 20 procedem a inquéritos preliminares seja sob as instruções do procurador da República, seja de ofício.

A fiscalização dessas operações compete ao procurador-geral.⁴⁶

Artigo 75-1

Quando instrui os oficiais de polícia judiciária a proceder a um inquérito preliminar, o procurador da República fixa o prazo no qual esse inquérito deve ser concluído. Ele pode prorrogá-lo à vista das justificações fornecidas pelos investigadores.

Quando o inquérito é conduzido de ofício, os oficiais de polícia judiciária dão conta ao procurador da República de seu progresso seis meses depois de seu início.⁴⁷

Artigo 80

O juiz de instrução não pode agir a não ser em virtude de requerimento do procurador da República.

O requerimento pode ser dirigido contra pessoa identificada ou não identificada.

Quando fatos não alcançados no requerimento forem levados ao conhecimento do juiz de instrução, este deve imediatamente comunicar ao procurador da República as representações ou autos que os constatem. O procurador da República pode, então, requerer ao juiz de instrução, em requerimento suplementar, que ele instrua sobre esses novos fatos; requerer a abertura de instrução distinta; acionar a ju-

⁴⁶ No original:

“Article 75

Les officiers de police judiciaire et, sous le contrôle de ceux-ci, les agents de police judiciaire désignés à l'article 20 procèdent à des enquêtes préliminaires soit sur les instructions du procureur de la République, soit d'office.

Ces opérations relèvent de la surveillance du procureur général. [...]”.

⁴⁷ No original:

“Article 75-1

Lorsqu'il donne instruction aux officiers de police judiciaire de procéder à une enquête préliminaire, le procureur de la République fixe le délai dans lequel cette enquête doit être effectuée. Il peut le proroger au vu des justifications fournies par les enquêteurs.

Lorsque l'enquête est menée d'office, les officiers de police judiciaire rendent compte au procureur de la République de son état d'avancement lorsqu'elle est commencée depuis plus de six mois”.

risdição de julgamento; requisitar inquérito; decidir pelo arquivamento ou proceder a uma das medidas previstas nos artigos 41-1 a 41-3; ou transmitir as representações ou autos ao procurador da República territorialmente competente. Se o procurador da República requerer a abertura de instrução judicial distinta, ela poderá ser confiada ao mesmo juiz de instrução, designado nas condições previstas na primeira alínea do artigo 83.⁴⁸

O art. 90, § 1º, da Lei Complementar 59/2001, do Estado de Minas Gerais, busca disciplinar a fase pré-processual da persecução penal com anômala e juridicamente descabida ênfase em inoportuna intervenção de autoridade judiciária na continuidade das investigações e no diálogo entre a autoridade judiciária e a polícia. Suprime, portanto, a atribuição do Ministério Público de efetuar o primeiro exame do cabimento de investigação.

A comunicação, nesses casos, deve ser feita **ao Ministério Público**, por ser este o titular da persecução penal. Não cabe ao juiz nenhuma providência imediata, diante da comunicação de toda notícia-crime que envolva juiz, como pretende o dispositivo.

⁴⁸ No original:

“Article 80

Le juge d’instruction ne peut informer qu’en vertu d’un réquisitoire du procureur de la République.

Le réquisitoire peut être pris contre personne dénommée ou non dénommée.

Lorsque des faits, non visés au réquisitoire, sont portés à la connaissance du juge d’instruction, celui-ci doit immédiatement communiquer au procureur de la République les plaintes ou les procès-verbaux qui les constatent. Le procureur de la République peut alors soit requérir du juge d’instruction, par réquisitoire supplétif, qu’il informe sur ces nouveaux faits, soit requérir l’ouverture d’une information distincte, soit saisir la juridiction de jugement, soit ordonner une enquête, soit décider d’un classement sans suite ou de procéder à l’une des mesures prévues aux articles 41-1 à 41-3, soit transmettre les plaintes ou les procès-verbaux au procureur de la République territorialement compétent. Si le procureur de la République requiert l’ouverture d’une information distincte, celle-ci peut être confiée au même juge d’instruction, désigné dans les conditions prévues au premier alinéa de l’article 83”.

Somente após análise inicial da polícia e do Ministério Público, havendo necessidade de deliberar acerca de requerimento sujeito a reserva de jurisdição, é que caberá à autoridade judiciária decidir. É patentemente inconstitucional exigência de autorização de tribunal de justiça para prosseguimento de investigação criminal de magistrado judicial. Não cabe a juiz presidir investigação, requisitar diligências nem arquivar inquérito sem a correspondente promoção do Ministério Público, conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

INQUÉRITO. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. PARLAMENTAR. NOMEAÇÃO DE FUNCIONÁRIO PARA O EXERCÍCIO DE FUNÇÕES INCOMPATÍVEIS COM O CARGO EM COMISSÃO OCUPADO. POSSIBILIDADE, EM TESE, DE CONFIGURAÇÃO DO CRIME DE PECULATO DESVIO (ART. 312, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL). ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO DE OFÍCIO, SEM OITIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO ACUSATÓRIO. DOCTRINA. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO E PROVIDO.

1. O sistema processual penal acusatório, mormente na fase pré-processual, reclama deva ser o juiz apenas um “magistrado de garantias”, mercê da inércia que se exige do Judiciário enquanto ainda não formada a *opinio delicti* do Ministério Público.

2. A doutrina do tema é uníssona no sentido de que, *verbis*: “Um processo penal justo (ou seja, um *due process of law* processual penal), instrumento garantístico que é, deve promover a separação entre as funções de acusar, defender e julgar, como forma de respeito à condição humana do sujeito passivo, e este mandado de otimização é não só o fator que dá unidade aos princípios hierarquicamente inferiores do microsistema (contraditório, isonomia, imparcialidade, inércia), como também informa e vincula a interpretação das regras infraconstitucionais” (BODART, Bruno Vinícius Da Rós. Inquérito Policial, Democracia e Constituição: Modificando Paradigmas. Revista eletrônica de direito processual, v. 3, p. 125-136, 2009).

3. Deveras, mesmo nos inquéritos relativos a autoridades com foro por prerrogativa de função, é do Ministério Público o mister de conduzir o procedimento preliminar, de modo a formar adequadamente o seu convencimento a respeito da autoria e materialidade do delito, atuando o Judiciário apenas quando provocado e limitando-se a coibir ilegalidades manifestas.

[...]

5. O trancamento do inquérito policial deve ser reservado apenas para situações excepcionálíssimas, nas quais não seja possível, sequer em tese, vislumbrar a ocorrência de delito a partir dos fatos investigados. Precedentes (RHC 96713, Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 07/12/2010; HC 103725, Relator(a): Min. Ayres Britto, Segunda Turma, julgado em 14/12/2010; HC 106314, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 21/06/2011; RHC 100961, Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 06/04/2010).

6. Agravo Regimental conhecido e provido.⁴⁹

Recentemente, no julgamento da ADI 5.104/DF, por meio da qual a Procuradoria-Geral da República impugnou a Resolução 23.396/2013 do Tribunal Superior Eleitoral, o Supremo Tribunal Federal suspendeu cautelarmente a eficácia do art. 8º, que submetia a instauração de inquérito policial eleitoral a determinação da Justiça Eleitoral. Entendeu a maioria do Plenário que essa norma subtraía a atribuição constitucional do Ministério Público Eleitoral de requisitar (ou seja, determinar) instauração de inquérito policial e violava o sistema acusatório, escolhido pelo constituinte originário.⁵⁰

⁴⁹ STF. Plenário. Agravo regimental no Inq 2.913/MT. Rel.: Min. DIAS TOFFOLI. Redator para acórdão: Min. LUIZ FUX, 1º/3/2012, maioria. *DJe* 121, 20 jun. 2012. Sem destaques no original.

⁵⁰ STF. Plenário. ADI 5.104MC/DF. Rel.: Min. ROBERTO BARROSO, 21.52014, maioria. *Informativo* 747.

A norma estadual afronta, ainda, o dever de imparcialidade do órgão jurisdicional, o princípio da inércia da jurisdição e a titularidade da persecução penal, que a Constituição atribuiu ao Ministério Público. Ofende, ademais, o disposto no art. 5º, II, do Código de Processo Penal,⁵¹ mas, principalmente, o art. 129, I, VI e VIII, da Constituição da República.

II. 3 INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL POR OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Ao condicionar o prosseguimento da investigação de ato criminal possivelmente praticado por juiz a autorização do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, o art. 90, § 1º, da Lei Complementar 59/2001 institui condição de procedibilidade da fase pré-processual da persecução penal.

Concede, portanto, tratamento privilegiado, sem base constitucional, aos juízes estaduais de Minas Gerais, não previsto para nenhum cidadão brasileiro, e distingue, sem justificativa, esses agentes políticos do restante da magistratura nacional (federal, estadual e distrital) e dos membros dos demais poderes e do Ministério Público, de maneira que afronta o princípio constitucional da isonomia.

Consoante CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, três questões devem ser apreciadas para admitir diferenciação de tratamento sem

⁵¹ “Art. 5º Nos crimes de ação pública o inquérito policial será iniciado:

I – de ofício;

II – mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo. [...]”

mácua ao princípio da isonomia. Caso alguma delas não seja observada, o tratamento díspar será inconstitucional. São elas:

- a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação;
- b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado;
- c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.⁵²

O art. 90, § 1º, da Lei Complementar 59/2001, evidentemente, não atende ao segundo aspecto mencionado, segundo o qual “a lei não pode conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, em atenção a traços e circunstâncias peculiarizadoras de uma categoria de indivíduos se não houver adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferenciada”.⁵³

Não há correlação lógica entre o fator desigualador e a razão da desigualdade jurídica, pois a condição de magistrado não justifica submissão do prosseguimento de atos investigatórios a autorização do Tribunal de Justiça, até porque, no momento oportuno, caberá ao próprio Judiciário receber ou não denúncia oferecida pelo Ministério Público e, antes mesmo disso, examinar diligências sujeitas a reserva de jurisdição que o Ministério Público possa requerer. Por conseguinte, não se configura adequação racional

⁵² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 21.

⁵³ *Idem*, p. 39.

entre o *discrímen* e seu possível motivo, o que torna a medida arbitrária e abusiva.

A norma estadual tampouco atende ao último aspecto elucidado pelo estudioso, pois o tratamento privilegiado conferido pela lei aos juízes mineiros não aproveita aos interesses protegidos na Constituição da República, entre os quais o tratamento nacional e uniforme da magistratura, determinado pelo art. 93, e o princípio acusatório, consagrado no art. 129, I, VI e VIII, de que já se tratou.

Até o advento da Emenda Constitucional 35, de 20 de dezembro de 2001, parlamentares gozavam de prerrogativa próxima à ora apreciada. A redação original do art. 53, § 1º, da Constituição da República, conferia a deputados e senadores imunidade formal sob a forma de exigência de *prévia* autorização da casa legislativa respectiva para instauração de processo, após oferecimento de denúncia pelo Procurador-Geral da República.⁵⁴

A atual redação do art. 53, § 3º, da Constituição apenas autoriza que a casa legislativa, por iniciativa de partido político e voto da maioria de seus membros, resolva pela sustação do andamento da ação, *após* recebimento da denúncia pelo Supremo Tribunal Federal.⁵⁵

⁵⁴ “Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos.

§ 1º. Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Casa.”

⁵⁵ “Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. [...]

§ 3º. Recebida a denúncia contra o Senador ou Deputado, por crime ocorrido após a diplomação, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à

Dessa forma, tanto o tratamento constitucional atual da matéria quanto o pretérito não exigem autorização para prosseguimento de investigação criminal de deputado e senador. Aliás, as alterações realizadas pela EC 35/2001 evidenciam evolução de entendimento do poder constituinte derivado acerca do tema, que não pode ser desconsiderada na interpretação deste.

Nem mesmo parlamentares, contemplados por imunidade formal expressamente estabelecida pela Constituição da República, gozam de prerrogativa semelhante à que pretendeu criar o art. 90, § 1º, da LC 59/2001, de Minas Gerais, para seus juízes.

Imunidade formal de parlamentares justifica-se para garantir efetividade do princípio da separação dos poderes,⁵⁶ para que membros do Congresso Nacional possam atuar com independência:

Com a finalidade de assegurar a liberdade do representante do povo ou do Estado-membro no Congresso Nacional, e isso como garantia da independência do próprio parlamento e da sua existência, a Constituição traça um conjunto de normas que instituem prerrogativas e proibições aos congressistas.

Casa respectiva, que, por iniciativa de partido político nela representado e pelo voto da maioria de seus membros, poderá, até a decisão final, sustar o andamento da ação.”

⁵⁶ Seria preferível denominá-lo de princípio da divisão funcional do poder, em lugar de “separação”, pois esta na realidade não há. Como disse o Ministro EROS GRAU em julgamento dessa Corte, “a separação dos poderes constitui um dos mitos mais eficazes do Estado liberal” (STF. Plenário. ADI 3.367/DF. Rel.: Min. CEZAR PELUSO. 13/4/2005, maioria quanto ao mérito. *DJ*, 17 mar. 2006, p. 4; republ. *DJ*, 22 set. 2006, p. 29; v. voto na fl. 269 dos autos). Em outro ponto, cita feliz consideração de Carlos Maximiliano em seus *Comentários à Constituição brasileira*: “Como no corpo do homem, não há no Estado isolamento de órgãos, e, sim, especialização de funções” (3. ed. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1929, p. 304, citado na fl. 278 dos autos).

Algumas dessas prerrogativas ganham o nome de imunidade, por tornarem o congressista excluído da incidência de certas normas gerais. A imunidade pode tornar o parlamentar insuscetível de ser punido por certos fatos (imunidade material) ou livre de certos constrangimentos previstos no ordenamento processual penal (imunidade formal).

A imunidade não é concebida para gerar um privilégio ao indivíduo que por acaso esteja no desempenho de mandato popular; tem por escopo, sim, assegurar o livre desempenho do mandato e prevenir ameaças ao funcionamento formal do Legislativo.⁵⁷

É certo que esse motivo não prevalece na hipótese da norma impugnada, pois caberá ao próprio Judiciário apreciar denúncia de crime cometido por magistrado.

Se nem mesmo para membros do Legislativo Federal, a Constituição da República previu imunidade formal semelhante à dos magistrados do Estado de Minas Gerais, é certo que a exigência de autorização do tribunal de justiça como condição para continuidade de investigação criminal de juiz configura favoritismo evidente e incompatível com o princípio constitucional da isonomia.

III PEDIDO CAUTELAR

Ao ver da Procuradoria-Geral da República, os fundamentos para concessão da medida cautelar estão presentes.

O sinal do bom direito está suficientemente caracterizado pelos argumentos deduzidos nesta petição inicial.

⁵⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 853.

O perigo na demora processual decorre do fato de que, enquanto não for suspensa a eficácia da norma estadual, investigações criminais de magistrados judiciais de Minas Gerais continuariam condicionadas a autorização do Tribunal de Justiça, em patente violação à Constituição, ao princípio da isonomia, ao sistema acusatório e à LOMAN.

É necessário, portanto, que a disciplina inconstitucional imposta pela norma impugnada seja o mais rapidamente possível suspensa em sua eficácia e, ao final, invalidada por decisão do Supremo Tribunal Federal.

Por conseguinte, além do sinal do bom direito, há premência em que essa Corte conceda medida cautelar.

IV PEDIDOS E REQUERIMENTOS

Requer, de início, que esse Supremo Tribunal conceda, com a brevidade possível, medida cautelar para suspensão da eficácia da norma impugnada, nos termos do art. 10, § 3º, da Lei 9.868/1999.

Requer que se colham informações dos órgãos interessados e que se ouça o Advogado-Geral da União, nos termos do art. 103, § 3º, da Constituição da República. Superadas essas fases, requer prazo para manifestação da Procuradoria-Geral da República.

Ao final, requer que seja julgado procedente o pedido, para declarar a inconstitucionalidade formal e material do art. 90, § 1º, da Lei Complementar 59, de 18 de janeiro de 2001, do Estado de Minas Gerais, na redação atual e na anterior.

Brasília (DF), 1º de junho de 2015.

Rodrigo Janot Monteiro de Barros
Procurador-Geral da República

RJMB/WS/CCC-PI.PGR/WS/61/2015