

07/12/2010

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 93.930 RIO DE JANEIRO

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Inteiramente
correto o julgamento que constitui objeto da presente impetração.

Os fundamentos invocados pela parte ora impetrante autorizam que se formule a seguinte indagação: pode, ou não, o Ministério Público - tendo em vista a nova ordem constitucional instaurada com a promulgação da Constituição de 1988 - promover, por direito próprio, sob sua autoridade e direção, investigações penais destinadas a esclarecer os fatos delituosos, a apurar as suas circunstâncias e a identificar os seus autores?

A resposta a essa indagação impõe algumas considerações prévias que reputo essenciais à formulação de meu voto.

Não questiono a asserção, por indisputável, de que o exercício das funções inerentes à polícia judiciária compete, ordinariamente, à Polícia Civil e à Polícia Federal (CF, art. 144, § 1º, IV, e § 4º), com exceção das atividades concernentes à

apuração de delitos militares, consoante prescreve o próprio texto da Constituição da República (CF, art. 144, § 4º, "in fine").

Isso significa, portanto, que os inquéritos policiais - nos quais se consubstanciam, instrumentalmente, as investigações penais promovidas pela Polícia Judiciária - serão dirigidos e presididos por autoridade policial competente, e por esta, apenas (CPP, art. 4º, "caput", na redação dada pela Lei nº 9.043/95).

Sob tal aspecto, inexistem quaisquer disceptações a propósito da atribuição funcional, constitucionalmente outorgada à Polícia Judiciária, de presidir ao inquérito policial, de promover a apuração do evento delituoso e de proceder à identificação do respectivo autor, como resulta claro do próprio magistério da doutrina, cujas lições enfatizam - tal como assinala JULIO FABBRINI MIRABETE ("Código de Processo Penal Interpretado", p. 86, item n. 4.3, 7ª ed., 2000, Atlas) - que "a atribuição para presidir o inquérito policial é deferida, agora em termos constitucionais, aos delegados de polícia de carreira, de acordo com as normas de organização policial dos Estados" (grifei).

Essa especial regra de competência, contudo, não impede que o Ministério Público, que é o "dominus litis" - e desde que

indique os fundamentos jurídicos legitimadores de suas manifestações - determine a abertura de inquéritos policiais, ou, então, requisite diligências investigatórias, em ordem a prover a investigação penal, conduzida pela Polícia Judiciária, com todos os elementos necessários ao esclarecimento da verdade real e essenciais à formação, por parte do representante do "Parquet", de sua "*opinio delicti*".

Todos sabemos que o inquérito policial, enquanto instrumento de investigação penal, qualifica-se como procedimento administrativo destinado, ordinariamente, a subsidiar a atuação persecutória do próprio Ministério Público, que é - nas hipóteses de ilícitos penais perseguíveis mediante ação penal de iniciativa pública - o verdadeiro destinatário das diligências executadas pela Polícia Judiciária (RTJ 168/896, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Trata-se, desse modo, o inquérito policial, de valiosa peça informativa, cujos elementos instrutórios - precipualemente destinados ao órgão da acusação pública - visam a possibilitar a instauração da "*persecutio criminis in iudicio*" pelo Ministério Público (FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO, "Processo Penal - O Direito de Defesa", p. 43/45, item n. 12, 1986, Forense; VICENTE DE PAULO VICENTE DE AZEVEDO, "Direito Judiciário Penal", p. 115, 1952,

HC 93.930 / RJ

Saraiva; JOSÉ FREDERICO MARQUES, "Elementos de Direito Processual Penal", vol. I, p. 153, 1961, Forense).

É certo, no entanto, que, não obstante a presidência do inquérito policial incumba à autoridade policial (e não ao Ministério Público), nada impede que o órgão da acusação penal possa solicitar, à Polícia Judiciária, novos esclarecimentos, novos depoimentos ou novas diligências, sem prejuízo de poder acompanhar, ele próprio, os atos de investigação realizados pelos organismos policiais.

Essa possibilidade - que ainda subsiste sob a égide do vigente ordenamento constitucional - foi bem reconhecida por este Supremo Tribunal Federal, quando esta Corte, no julgamento do RHC 66.176/SC, Rel. Min. CARLOS MADEIRA, ao reputar legítimo o oferecimento de denúncia baseada em investigações acompanhadas pelo Promotor de Justiça, salientou, no que se refere às relações entre a Polícia Judiciária e o Ministério Público, que este pode "requisitar a abertura de inquérito e a realização de diligências policiais, além de solicitar esclarecimentos ou novos elementos de convicção a quaisquer autoridades ou funcionários (...)", competindo-lhe, ainda, "acompanhar atos investigatórios junto aos órgãos policiais", embora não possa "intervir nos atos do inquérito e, muito menos, dirigi-lo,

quando tem a presidi-lo a autoridade policial competente" (RTJ 130/1053 - grifei).

Cabe reconhecer, de outro lado, que a formação da "opinio delicti", por parte do Ministério Público, também pode derivar de outros elementos de convicção existentes "aliunde", tais como aqueles que se encontrem em procedimentos instaurados por órgãos da Administração Pública, diversos da corporação policial, pois - vale relembrar - o inquérito policial não constitui pressuposto legitimador da válida instauração, pelo Ministério Público, da "*persecutio criminis in judicio*".

Ou, em outras palavras, a existência de inquérito policial não se revela imprescindível ao oferecimento de denúncia, podendo, o Ministério Público, desde que disponha de elementos informativos para tanto, deduzir, em juízo, a pretensão punitiva do Estado.

É que o Ministério Público, ainda quando inexistente qualquer investigação penal promovida pela Polícia Judiciária, pode, assim mesmo, fazer instaurar, validamente, a pertinente persecução criminal (RTJ 168/896, Rel. Min. CELSO DE MELLO), tal como o reconheceu esta Suprema Corte, no julgamento do HC 80.405/SP, Rel.

HC 93.930 / RJ

Min. CELSO DE MELLO, em decisão consubstanciada em acórdão assim ementado:

"- O inquérito policial não constitui pressuposto legitimador da válida instauração, pelo Ministério Público, da 'persecutio criminis in iudicio'. 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. Precedentes."

(RTJ 192/222-223, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Impende enfatizar, neste ponto, que o magistério jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - **confirmando** esse entendimento - **tem acentuado ser dispensável**, ao oferecimento da denúncia, **a prévia** instauração de inquérito policial, **desde que evidente** a materialidade do fato **alegadamente delituoso e presentes** indícios de autoria (**RTJ 64/342**, Rel. Min. BILAC PINTO - **AI 266.214-AgR/SP**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - **HC 63.213/SP**, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA - **HC 77.770/SC**, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA - **RHC 62.300/RJ**, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO, v.g.):

"(...). Não é essencial ao oferecimento da denúncia a instauração de inquérito policial, desde que a peça acusatória esteja sustentada por documentos suficientes

à caracterização da materialidade do crime e de indícios suficientes da autoria. (...)."
(RTJ 76/741, Rel. Min. CUNHA PEIXOTO - grifei)

"O **oferecimento** da denúncia **não depende**, necessariamente, **de prévio inquérito policial**. A defesa do acusado se faz em juízo, e não no inquérito policial, que é meramente informativo (...)"
(RTJ 101/571, Rel. Min. MOREIRA ALVES - grifei)

"**Denúncia - Oferecimento sem a instauração de inquérito policial - Admissibilidade**, se a Promotoria **dispõe de elementos suficientes** para a formalização de ação penal - **Falta de justa causa afastada.**"
(RT 756/481, Rel. Min. MOREIRA ALVES - grifei)

A "ratio" subjacente a essa orientação - que também traduz a posição dominante na jurisprudência dos Tribunais em geral (RT 664/336 - RT 716/502 - RT 738/557 - RSTJ 65/157 - RSTJ 106/426, v.g.) - encontra apoio no próprio 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, p. 111, 4ª ed., 1999, Saraiva; JULIO FABBRINI MIRABETE, "Código de Processo Penal Interpretado", p. 111, item n. 12.1, 7ª ed., 2000, Atlas), cuja análise, a propósito de tal matéria, põe em destaque o fato de que, "se está a parte privada ou o Ministério Público na posse de todos os elementos, pode, sem necessidade de requerer a abertura do inquérito, oferecer, desde logo, a sua queixa ou denúncia" (EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, "Código de

HC 93.930 / RJ

Processo Penal Brasileiro Anotado", vol. I, p. 288, 2000, Bookseller - grifei).

Registre-se, por necessário, que essa visão do tema nada mais reflete senão entendimento, que, consagrado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, também tem sido observado em sucessivas decisões emanadas dos Tribunais judiciais em geral e do Superior Tribunal de Justiça, em particular, cujos pronunciamentos, a tal propósito, ressaltam que "O inquérito policial não é essencial, quando a materialidade do crime e os indícios da autoria constam de documentos e peças informativas (art. 39, § 5º, do CPP)" (RHC 1.489/PR, Rel. Min. ASSIS TOLEDO - grifei).

Bastante expressiva, a esse respeito, a lição de JULIO FABBRINI MIRABETE ("Código de Processo Penal Interpretado", p. 111, item n. 12.1, 7ª ed., 2000, Atlas):

"Para dar base à ação penal pública ou privada, o inquérito policial deve acompanhá-las. É com fundamento nos elementos colhidos no procedimento que se verifica se há o 'fumus boni iuris' que autoriza o recebimento da inicial e a instauração do processo. É a peça informativa que transmite ao Ministério Público a existência do crime e aponta sua autoria, para que se apure a responsabilidade criminal do infrator. Não se impede, porém, que, na inexistência do inquérito, fundamentem, a denúncia ou a queixa, peças de

*informação outras (**documentos**, por exemplo), (...)."*
(grifei)

Cumpra considerar, ainda, por oportuno, que a atuação do Ministério Público, no contexto de determinada investigação penal, longe de comprometer ou de reduzir as atribuições de índole funcional das autoridades policiais - a quem sempre caberá a presidência do inquérito policial -, representa, na realidade, o exercício concreto de uma típica atividade de cooperação, que, em última análise, mediante requisição de novos elementos informativos e acompanhamento de diligências investigatórias, além de outras medidas de colaboração, promove a convergência de dois importantes órgãos estatais (a Polícia Judiciária e o Ministério Público) incumbidos, ambos, da persecução penal e da concernente apuração da verdade real.

De qualquer maneira, é preciso ter presente que a eventual intervenção do Ministério Público, no curso de inquéritos policiais, sempre presididos por autoridade policial competente, quando feita pelo "Parquet" com o objetivo de complementar e de colaborar com a Polícia Judiciária, poderá caracterizar o legítimo exercício, por essa Instituição, do poder de controle externo que lhe foi constitucionalmente deferido sobre a atividade desenvolvida pela Polícia Judiciária, dando expressão concreta e conferindo real

efetividade à determinação constitucional, no sentido de que incumbe, ao Ministério Público, na forma de lei complementar - como o é a LC nº 75/93, de que ora se cuida - "exercer o controle externo da autoridade policial..." (CF, art. 129, VII).

Como se sabe, o controle externo da Polícia Judiciária, por parte do Ministério Público, foi concebido pela Assembléia Nacional Constituinte como forma de contenção de eventuais excessos que organismos policiais possam cometer, quando no desempenho abusivo ou arbitrário de suas importantes atribuições.

Vê-se, em face do que vem de ser exposto, que se mostra indisputável, no contexto de nosso sistema normativo, o fato de que sempre competirá à autoridade policial presidir ao inquérito policial, mesmo quando requisitado por iniciativa do Ministério Público ou do Poder Judiciário, revelando-se inquestionável, de outro lado, que o Ministério Público, em atividade de mera cooperação com os organismos policiais, poderá, dentre outras medidas pertinentes à "*informatio delicti*", requisitar diligências investigatórias e acompanhar as atividades probatórias executadas pela Polícia Judiciária no curso das investigações penais por ela promovidas.

Cabe verificar, agora, se se revela constitucionalmente lícito, ao Ministério Público, proceder, por autoridade própria, a investigações penais destinadas a propiciar-lhe elementos necessários ao eventual oferecimento de denúncia.

Convém examinar, então - considerada a norma inscrita no art. 144 da Constituição da República -, se se reveste de legitimidade constitucional, ou não, o desempenho, pelo Ministério Público, de competência institucional que lhe permita promover, enquanto titular da ação penal de iniciativa pública, e por direito próprio, investigações penais fora do âmbito da Polícia Judiciária.

Como referido, o presente "habeas corpus" insurge-se contra decisão denegatória de idêntico "writ" constitucional, proferida pelo E. Superior Tribunal de Justiça e que se acha consubstanciada em acórdão assim ementado:

"CRIMINAL. 'HC'. TORTURA. CONCUSSÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO. ATOS INVESTIGATÓRIOS. LEGITIMIDADE. ATUAÇÃO PARALELA À POLÍCIA JUDICIÁRIA. CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL. ÓRGÃO MINISTERIAL QUE É TITULAR DA AÇÃO PENAL. INEXISTÊNCIA DE IMPEDIMENTO OU SUSPEIÇÃO. SÚMULA N.º 234/STJ. ORDEM DENEGADA.

1- São válidos os atos investigatórios realizados pelo Ministério Público, na medida em que a atividade de investigação é consentânea com a sua finalidade constitucional (art.129, inciso IX, da Constituição

Federal), a quem cabe exercer, inclusive, o controle externo da atividade policial.

2- Esta Corte mantém posição no sentido da legitimidade da atuação paralela do Ministério Público à atividade da polícia judiciária, na medida em que, conforme preceitua o parágrafo único do art. 4º do Código de Processo Penal, sua competência não exclui a de outras autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função. Precedentes.

3- Hipótese na qual se trata de controle externo da atividade policial, uma vez que o órgão ministerial, tendo em vista a notícia de que o adolescente apreendido pelos policiais na posse de substância entorpecente teria sofrido torturas, iniciou investigação dos fatos, os quais ocasionaram a deflagração da presente ação penal.

4- Os elementos probatórios colhidos nesta fase investigatória servem de supedâneo ao posterior oferecimento da denúncia, sendo o 'parquet' o titular da ação penal, restando justificada sua atuação prévia.

5- 'A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia' (Súmula n.º 234/STJ).

6- Ordem denegada."

(HC 84.266/RJ, Rel. Min. JANE SILVA - grifei)

Também entendo, Senhores Ministros, na linha do parecer da douta Procuradoria Geral da República, que se revela constitucionalmente lícito, ao Ministério Público, promover, por autoridade própria, atos de investigação penal, respeitadas - não obstante a unilateralidade desse procedimento investigatório - as limitações que incidem sobre o Estado em tema de persecução penal.

Isso significa que a unilateralidade das investigações preparatórias da ação penal não autoriza o Ministério Público -

tanto quanto a própria Polícia Judiciária - a desrespeitar as garantias jurídicas que assistem ao suspeito e ao indiciado, que não mais podem ser considerados meros objetos de investigação.

O indiciado é sujeito de direitos e dispõe, nessa condição, de garantias legais e constitucionais, cujo desrespeito, pelas autoridades do Estado (trate-se de agentes policiais ou de representantes do Ministério Público), além de eventualmente induzir-lhes a responsabilidade penal por abuso de poder, revela-se apto a gerar a *absoluta desvalia* das provas ilicitamente obtidas no curso da investigação penal.

Note-se, portanto, analisando-se a questão sob tal aspecto, que o procedimento investigatório instaurado pelo Ministério Público não interfere, nem afeta o exercício, pela autoridade policial, de sua irrecusável condição de presidente do inquérito policial, de responsável pela condução das investigações penais na fase pré-processual da "*persecutio criminis*" e do desempenho dos encargos típicos inerentes à função de Polícia Judiciária.

Foi por essa razão que o Senhor Presidente da Câmara dos Deputados, eminente Deputado MICHEL TEMER, ao prestar informações a esta Corte, na ADI 2.202-MC/DF, de que fui Relator,

expendeu, a meu juízo, considerações irrepreensíveis a respeito da questão ora em exame:

"Por outro lado, acredito que nada poderia obstar que o membro do Ministério Público apresentasse ou produzisse as provas de que dispusesse, tanto em juízo como no curso de investigações criminais ou inquérito policial. Em nenhum destes momentos o membro do Ministério Público estaria usurpando as atribuições daqueles que presidem os atos de produção da prova, o juiz e o delegado de polícia.

Não haveria, destarte, invasão de atribuições e competências decorrente das expressões legais alusivas à apresentação de provas pelo Ministério Público no curso de diligências investigatórias ou de inquérito policial.

Creio que a Lei Complementar nº 75, de 1993, preconizou uma necessária interação de atividades, em prol da eficiência da persecução penal, na concepção de que o Ministério Público, 'dominus litis' da ação penal é, em última análise, o destinatário dos elementos produzidos no curso da investigação criminal e do inquérito policial.

É do interesse do Estado que as infrações penais sejam devidamente apuradas e responsabilizados os seus autores, o que só pode ocorrer com o concurso dos órgãos de polícia e do Ministério Público.

.....
Creio, assim, que não restaram ofendidos os dispositivos constitucionais apontados na petição inicial, nem tampouco nenhuma outra norma da Constituição Federal." (grifei)

Impende rememorar, neste ponto, consideradas as razões que venho de expor, o douto magistério de LENIO LUIZ STRECK e de LUCIANO FELDENS ("Crime e Constituição - A Legitimidade da função investigatória do Ministério Público", p. 79/85, 2003, Forense),

cuja lição bem justifica a legitimidade jurídico-constitucional do poder, que, reconhecido ao Ministério Público, qualifica os membros dessa Instituição a promover, por autoridade própria, as investigações penais necessárias à formação de sua "opinio delicti":

"(...) **não se revela necessário** um esforço de raciocínio mais rigoroso para concluirmos que **o Ministério Público não tem poderes para a conclusão de 'inquérito policial'**. Sobre isso não resta dúvida alguma, pela singela razão de que se o inquérito fosse conduzido pelo Ministério Público já não mais se poderia qualificá-lo como 'policial', senão que teria outra designação (procedimento administrativo, procedimento criminal, etc.). Simples, pois.

A **questão de fundo** é, sensivelmente distinta: **reside em saber se, à luz do ordenamento jurídico vigente, o Ministério Público tem - ou não - legitimidade** para, no âmbito de seus próprios procedimentos, realizar '**diligências investigatórias**' no intuito de subsidiar a proposição de futura ação penal pública.

Nesse sentido, são dois os argumentos comumente utilizados para anular a aptidão funcional do Ministério Público:

a) a suposta ausência de fundamento legal a respaldar tal atividade;

b) a alegada exclusividade - ou monopólio - da Polícia na tarefa de investigar a prática de qualquer infração penal e sua autoria.

.....
Recorrentemente, aqueles que desafiam a legitimidade do Ministério Público para proceder a diligências investigatórias na seara criminal esgrimmem o argumento de que tal possibilidade **não se encontraria expressa na Constituição, 'locus' político-normativo de onde emergem** suas funções institucionais.

Trata-se, em verdade, de uma armadilha argumentativa. Esconde-se, por detrás dessa linha de

raciocínio, aquilo que se revela manifestamente insustentável: a consideração de que as atribuições conferidas ao Ministério Público pelo art. 129 da Constituição são taxativas, esgotando-se em sua literalidade mesma. Equívoco, 'data venia', grave.

Atente-se, a tanto, **que o próprio** art. 129, **berço normativo** das funções institucionais do Ministério Público, **ao cabo** de especificar um rol de funções acometidas à instituição, **dispôs** expressamente, **em seu inciso IX**, que:

'Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

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.'

Trilhando no mesmo diapasão, veja-se que a Lei Complementar nº 75/93, ao concretizar essa disposição constitucional, dispôs que:

'Art. 5º São funções institucionais do Ministério Público da União:

(...)

VI - exercer outras funções previstas na Constituição Federal **e na lei.**'

A norma constitucional sob apreço qualifica-se como uma cláusula de abertura - legalmente concretizável - ao exercício, pelo Ministério Público, de '**outras funções**', as quais, entretanto, haveriam de estar submetidas às seguintes três condicionantes:

a) proveniência legal da função (**limitação formal**);

b) compatibilidade da função legalmente conferida com a finalidade institucional do Ministério Público (**limitação material afirmativa**);

c) **vedação** de qualquer função que implique a representação judicial ou a consultoria jurídica de entidades públicas (**limitação material negativa**).

Afastada, pela lógica, **qualquer** hipótese de relação do tema (realização de diligências investigatórias) com eventual representação judicial ou consultoria de entidades públicas, **cabe-nos verificar se** estão afirmadas as **demais** imposições constitucionais: função legalmente prevista e sua compatibilidade às finalidades institucionais do Ministério Público.

.....
Concretiza-se legislativamente, pois, e com a carga eficaz avigorada própria das leis complementares, o desiderato constitucional. **No que concerne** ao real objeto de nosso tema, o dispositivo foi cristalino, assentando **caber** ao Ministério Público, **'nos procedimentos de sua competência'** (art. 8º, 'caput'), **'realizar inspeções e diligências investigatórias'** (inciso V).

.....
(...) **resta-nos um último passo: analisar** se a realização de diligências investigatórias pelo Ministério Público encontra pertinência temática com suas atribuições funcionais, haja vista que, a teor do art. 129, IX, a validade material das funções legalmente conferidas à Instituição haveria de passar por um crivo de finalidade; **é dizer**, deverá fazer-se relacionada a um fim **para o qual** o Ministério Público esteja **constitucionalmente** legitimado.

Retornemos, pois, à Constituição da República, a qual dispôs, **como atribuição primeira** do Ministério Público:

'Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, **a ação penal pública**, na forma da lei'.

Resulta nítida a relação **meio-fim** exurgente do cotejo dos dispositivos legal (art. 8º, V, da LC nº 75/93, **congruente** à dicção do art. 26 da Lei nº 8.625/93) e constitucional (art. 129, I, da CRFB), **a dar acolhida**, portanto, à terceira - e

última - das condicionantes impostas pelo art. 129, IX, da Constituição.

.....
O segundo óbice erguido contra a possibilidade de o Ministério Público exercer atividade investigatória para fins de persecução penal (...) **reveste-se** de forte dose corporativa, **pois busca fazer** concentrar na Polícia o monopólio para a realização de toda e qualquer tarefa nesse sentido. **Sem procedência**, também.

Em essência, esteia-se tal argumentação no art. 144, § 1º, IV, da Constituição, o qual estabelece que compete à Polícia Federal 'exercer, **com exclusividade**, as funções de polícia judiciária da União'.

Logicamente, ao referir-se à '**exclusividade**' da Polícia Federal para exercer funções '**de polícia judiciária da União**', o que fez a Constituição foi, **tão-somente**, delimitar as atribuições entre as **diversas** polícias (federal, rodoviária, ferroviária, civil e militar), razão pela qual reservou, para cada uma delas, um parágrafo dentro do mesmo art. 144. **Daí porque**, se alguma conclusão de caráter exclusivista pode-se retirar do dispositivo constitucional seria a de que não cabe à Polícia Civil 'apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas' (art. 144, § 1º, I), pois que, no espectro da 'polícia judiciária', tal atribuição está reservada à Polícia Federal.

Acaso concluíssemos distintamente, ou seja, no sentido do 'monopólio investigativo' da Polícia, teríamos de enfrentar importantes indagações para as quais não visualizamos qualquer possibilidade de resposta coerente com a tese restritiva.

Por exemplo: o que se passaria com as 'diligências investigatórias' imprimidas pelos demais órgãos da administração (poder executivo), os quais, conquanto não ostentem, ao contrário do Ministério Público, finalidade dirigida à persecução penal, as realizam no escopo de fomentá-la? Bem assim, **o que ocorreria com as investigações criminais** - que existem em pluralidade - **levadas a efeito no âmbito dos Poderes Legislativo e Judiciário?** Vejamos.

.....

É cediço que a Receita Federal realiza com alguma freqüência, no exercício de seu mister, não apenas diligências investigatórias como, também, operações que têm como móvel, tanto quanto a constituição de um auto de infração, a repressão a determinados delitos. São conhecidas, por exemplo, as 'barreiras' montadas a reprimir o contrabando e o descaminho (art. 334 do CP). A própria 'representação fiscal para fins penais' dirigida ao Ministério Público investe-se de conteúdo investigatório, bastando recordar que, não raramente, veicula informações atinentes a operações financeiras do contribuinte-investigado, as quais, visando a comprovar a materialidade do delito de sonegação fiscal (Lei nº 8.137/90), apenas logram ser obtidas no âmbito de um procedimento que, por haver sido conduzida pela Receita, chama-se 'fiscal'. Recorde-se, ademais, que a mesma Receita Federal dispõe, em cada região fiscal, de um 'Escritório de Pesquisa e Inteligência' (ESPEI).

A seu turno, o Banco Central conta em sua estrutura com um 'Departamento de Combate a Ilícitos Cambiais e Financeiros' (DECIF), órgão diretamente vinculado à sua Diretoria de Fiscalização (DIFIS). Também naquela esfera são efetuadas diligências que, para além de instruir o procedimento administrativo, terão como destinatário o Ministério Público, para que proceda criminalmente contra os investigados.

O Conselho de Coordenação de Atividades Financeiras, de igual forma, realiza, certo que a seu modo, atividade investigatória, o que faz atuando como 'órgão do Governo, responsável pela coordenação de ações voltadas ao combate à 'lavagem' de dinheiro'.

Tais exemplos, os quais não esgotam o rol de agentes e instituições legitimados a realizar a apuração de fatos mediata ou imediatamente relacionados a infrações penais (sequer nos referirmos à Corregedoria-Geral da União), deixam claro, e de forma inequívoca, a ausência de exclusividade da Polícia para a realização de tais 'diligências investigatórias'.

.....
3.3.3. Investigações no âmbito do Poder Judiciário
.....

Bem assim, atente-se ao que prescreve o art. 43 do Regimento Interno do próprio Supremo Tribunal Federal:

'Art. 43. Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro.

§ 1º Nos demais casos, o Presidente poderá proceder na forma deste artigo ou requisitar a instauração de inquérito à autoridade competente.

§ 2º O Ministro incumbido do inquérito designará escrivão dentre os servidores do Tribunal.'

Demais disso, não olvidemos a hipótese de inquérito por crime falimentar, **que igualmente não é 'policial', mas 'judicial' (Decreto-Lei nº 7.661/45: Título VII - Do inquérito judicial) (...).**" (grifei)

Cumpre ter presente, ainda, na perspectiva do tema ora em análise, o que dispõem os incisos VIII e IX do art. 129 da Constituição da República, cujo texto atribui, ao Ministério Público, competência para "requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (...)", além da possibilidade de "exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade (...)".

Observa-se, das regras em questão, que houve expressa outorga constitucional de poderes ao Ministério Público, para, dentre outras atribuições, requisitar e promover a execução de diligências investigatórias, bem assim desempenhar outras funções que sejam inerentes e compatíveis com as finalidades institucionais do "Parquet".

Não custa lembrar, nesse ponto, que a Constituição Federal de 1988, foi, inegavelmente, um instrumento de decisiva consolidação jurídico-institucional do Ministério Público. Ao dispensar-lhe singular tratamento normativo, a Carta Política redesenhou-lhe o perfil constitucional, outorgou-lhe atribuições inderrogáveis, explicitou-lhe a destinação político-institucional, ampliou-lhe as funções jurídicas e deferiu, de maneira muito expressiva, garantias inéditas à própria Instituição e aos membros que integram.

Foram, assim, plenas de significação as conquistas institucionais obtidas pelo Ministério Público ao longo do processo constituinte, de que resultou a promulgação da nova Constituição do Brasil. Com a reconstrução da ordem constitucional, emergiu, o Ministério Público, sob o signo da legitimidade democrática. Ampliaram-se-lhe as atribuições; dilatou-se-lhe a competência; reformulou-se-lhe a fisionomia institucional; conferiram-se-lhe os meios necessários à consecução de sua destinação constitucional; atendeu-se, finalmente, a antiga reivindicação da própria sociedade civil.

O tratamento dispensado ao Ministério Público pela nova Constituição confere-lhe, no plano da organização estatal, e, notadamente, no âmbito da persecução penal, quando instaurada em sua fase pré-processual, uma posição de inegável eminência, na medida em que se lhe atribuíram funções institucionais de magnitude irrecusável, dentre as quais avultam as de "*promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei*" (art. 129, I), bem assim a de "*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*" (art. 129, IX).

A Constituição da República conferiu, assim, uma posição de inquestionável importância ao Ministério Público. Deferiu-lhe, em conseqüência, os meios necessários à plena realização de suas finalidades jurídico-institucionais, autorizando-o, no exercício de suas atribuições, dentre outras providências, a "*receber notícias de irregularidades, petições ou reclamações de qualquer natureza, promover as apurações cabíveis que lhe sejam próprias e dar-lhes as soluções adequadas (...)*" (Lei nº 8.625/93, art. 27, parágrafo único, nº 1), competindo-lhe, ainda, dentro desse mesmo contexto, "*realizar (...)* diligências investigatórias..." (LC nº 75/93, art. 8º, V).

Daí a correta observação feita pelo eminente Ministro NÉRI DA SILVEIRA, quando, na condição de Relator da ADI 1.571-MC/DF, assinalou, em seu douto voto, que, "(...) para promover a ação penal pública, 'ut' art. 129, I, da Lei Magna da República, **pode o MP proceder às averigüações cabíveis, requisitando** informações e documentos para instruir seus procedimentos administrativos **preparatórios** da ação penal (CF, art. 129, VI), **requisitando** também diligências investigatórias e instauração de inquérito policial (CF, art. 129, VIII), **o que**, à evidência, não se poderia obstar por norma legal (...)" (grifei).

Entendo, por isso mesmo, que o poder de investigar, em sede penal, também compõe o complexo de funções institucionais do Ministério Público, pois esse poder se acha instrumentalmente vocacionado a tornar efetivo o exercício, por essa Instituição, das múltiplas e relevantes competências que lhe foram diretamente outorgadas, em norma expressa, pelo próprio texto da Constituição da República.

Isso significa que a outorga de poderes explícitos, ao Ministério Público, tais como aqueles enunciados no art. 129, incisos I, VI, VII, VIII e IX, da Lei Fundamental da República, supõe que se reconheça, ainda que por implicitude, aos membros dessa

Instituição, a titularidade de meios destinados a viabilizar a adoção de medidas vocacionadas a conferir real efetividade às suas atribuições, permitindo, assim, que se confira efetividade aos fins constitucionalmente reconhecidos ao Ministério Público.

Impende considerar, no ponto, em ordem a legitimar esse entendimento, a formulação que se fez em torno dos poderes implícitos (CARLOS MAXIMILIANO, "Hermenêutica e Aplicação do Direito", p. 312, item n. XI, 18ª ed., 1999, Forense, v.g.), cuja doutrina - construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no célebre caso "McCULLOCH v. MARYLAND" (1819) - ênfatiza que a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos.

Há que se registrar, ante a sua extrema pertinência, o autorizado magistério de MARCELLO CAETANO ("Direito Constitucional", vol. II/12-13, item n. 9, 1978, Forense), cuja observação, no tema, referindo-se aos processos de hermenêutica constitucional, assinala que, "Em relação aos poderes dos órgãos ou das pessoas físicas ou jurídicas, admite-se, por exemplo, a interpretação extensiva, sobretudo pela determinação dos poderes que estejam implícitos noutros expressamente atribuídos" (grifei).

Esta Suprema Corte, ao exercer o seu poder de indagação constitucional - consoante adverte CASTRO NUNES ("Teoria e Prática do Poder Judiciário", p. 641/650, 1943, Forense) - deve ter presente, sempre, essa técnica lógico-racional, fundada na teoria jurídica dos poderes implícitos, para, assim, conferir eficácia real ao conteúdo e ao exercício de dada competência constitucional, como a de que ora se cuida, consideradas as atribuições do Ministério Público, tais como expressamente relacionadas no art. 129 da Constituição da República.

É por isso que entendo revestir-se de integral legitimidade constitucional a instauração, pelo próprio Ministério Público, de investigação penal, atribuição que lhe é reconhecida com apoio na teoria dos poderes implícitos, e que permite, ao Ministério Público, adotar as medidas necessárias tanto ao fiel cumprimento de suas funções institucionais quanto ao pleno exercício das competências que lhe foram outorgadas, diretamente, pela própria Constituição da República.

Não fora assim, e adotada, em conseqüência, uma indevida perspectiva reducionista, esvaziar-se-iam, por completo, as atribuições constitucionais expressamente conferidas ao

Ministério Público em sede de persecução penal, tanto em sua fase judicial, quanto em seu momento pré-processual.

Daí a corretíssima advertência do eminente e saudoso Ministro OSWALDO TRIGUEIRO ("Os Poderes do Presidente da República", "in" RDA, vol. 29/22):

"Nada mais lógico, portanto, do que recorreremos eventualmente ao expediente dos poderes implícitos, para neles assentar algum poder derivado de que (...) tivesse de utilizar-se para integral desempenho de seu papel constitucional." (grifei)

Não constitui demasia relembrar, neste ponto, a lição definitiva de RUI BARBOSA ("Comentários à Constituição Federal Brasileira", vol. I/203-225, coligidos e ordenados por Homero Pires, 1932, Saraiva), cuja precisa abordagem da teoria dos poderes implícitos - após referir as opiniões de JOHN MARSHALL, de WILLOUGHBY, de JAMES MADISON e de JOÃO BARBALHO - assinala:

"Não são as Constituições enumerações das faculdades atribuídas aos poderes dos Estados. Traçam elas uma figura geral do regime, dos seus caracteres capitais, enumeram as atribuições principais de cada ramo da soberania nacional e deixam à interpretação e ao critério de cada um dos poderes constituídos, no uso dessas funções, a escolha dos meios e instrumentos com que os tem de exercer a cada atribuição conferida.

A cada um dos órgãos da soberania nacional do nosso regime, corresponde, implicitamente, mas inegavelmente,

o direito ao uso dos meios necessários, dos instrumentos convenientes ao bom desempenho da missão que lhe é conferida.

.....
Nos Estados Unidos, é, desde MARSHALL, que essa verdade se afirma, não só para o nosso regime, mas para todos os regimes. Essa verdade fundada pelo bom senso é a de que - em se querendo os fins, se hão de querer, necessariamente, os meios; a de que se conferimos a uma autoridade uma função, implicitamente lhe conferimos os meios eficazes para exercer essas funções. (...).

.....
Quer dizer (princípio indiscutível) que, uma vez conferida uma atribuição, nela se consideram envolvidos todos os meios necessários para a sua execução regular. Este, o princípio; esta, a regra.

.....
Trata-se, portanto, de uma verdade que se estriba ao mesmo tempo em dois fundamentos inabaláveis, fundamento da razão geral, do senso universal, da verdade evidente em toda a parte - o princípio de que a concessão dos fins importa a concessão dos meios (...).

.....
A questão, portanto, é saber da legitimidade quanto ao fim que se tem em mira. Verificada a legitimidade deste fim, todos os meios que forem apropriados a ele, todos os meios que a ele forem claramente adaptáveis, todos os meios que não forem proibidos pela Constituição, implicitamente se têm concedido ao uso da autoridade a quem se conferiu o poder." (grifei)

Não me convence, de outro lado, a objeção, que, fundada no art. 144, § 1º, IV, e § 4º da Constituição da República, pretende conferir, aos organismos policiais, o monopólio das investigações penais em nosso sistema jurídico.

Devo registrar, neste ponto, que a cláusula de exclusividade inscrita no art. 144, § 1º, inciso IV, da Constituição

da República - que não inibe a atividade de investigação criminal do Ministério Público - tem por única finalidade conferir à Polícia Federal, dentre os diversos organismos policiais que compõem o aparato repressivo da União Federal (*polícia federal, polícia rodoviária federal e polícia ferroviária federal*), primazia investigatória na apuração dos crimes previstos no próprio texto da Lei Fundamental ou, ainda, em tratados ou convenções internacionais.

Vale referir, por necessário, a propósito da questão pertinente aos organismos policiais estruturados no âmbito local, que incumbe, à Polícia Civil dos Estados-membros e do Distrito Federal, ressalvada a competência da União Federal e excetuada a apuração dos crimes militares, a função de proceder à investigação dos ilícitos penais (crimes e contravenções), sem prejuízo do poder investigatório de que dispõe, como atividade subsidiária, o Ministério Público.

Mostra-se importante assinalar, nessa linha de pensamento, que a *instituição policial*, qualquer que seja a dimensão política em que se ache estruturada (quer no âmbito da União, quer no dos Estados-membros), não detém, em nosso sistema normativo, o monopólio da competência investigatória em matéria penal, pois - tal como observa BRUNO CALABRICH ("Investigação Criminal pelo

Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais", p. 103/104, item n. 3.4, 2007, RT), apoiando-se, para tanto, em registro feito por Luciano Feldens e Lenio Streck - o ordenamento constitucional não impede que outros órgãos estatais, diversos da Polícia, promovam, por direito próprio, em suas respectivas áreas de atribuição, atos de investigação destinados a viabilizar a apuração e a colheita de provas concernentes a determinado fato que atinja valores jurídicos postos sob a imediata tutela de referidos organismos públicos, independentemente de estes posicionarem-se nos domínios institucionais do Poder Executivo ou do Poder Legislativo:

"(...) No âmbito do Poder Executivo, são citadas as investigações realizadas pela Receita Federal (Delegacias da Receita e seus ESPEI), pelo Bacen (Decif e COAF) e pela Corregedoria-Geral da União (hoje denominada Controladoria-Geral da União). No Poder Legislativo, destacam-se as apurações promovidas pelas CPI (art. 58, § 3.º, da CF/88), além do inquérito a cargo da Corregedoria da Câmara dos Deputados ou do diretor do serviço de segurança (no caso da prática de uma infração penal nos edifícios da Câmara dos Deputados - art. 269 do Regimento Interno da Câmara). (...).

Podem ser acrescentados diversos outros exemplos não citados na referida obra: as investigações realizadas pelos órgãos estaduais ou municipais correlatos aos federais (Receitas, Corregedorias, Comissões Parlamentares), pelo INSS (crimes contra a previdência social), pelas Delegacias do Trabalho (crimes contra a organização do trabalho, especialmente o trabalho escravo), pelo Ibama e pelos órgãos estaduais de proteção do meio ambiente (infrações penais ambientais).

Todo esse rol (...) não é exaustivo, nada impedindo, ademais, que outras leis prevejam a atribuição investigatória de outros órgãos, desde que sua natureza e função se harmonizem com a estrutura constitucional em que se inserem." (grifei)

Tenho presente, ainda, no exame da questão ora em julgamento, o claro magistério expendido pelo Professor CARLOS FREDERICO COELHO NOGUEIRA ("Comentários ao Código de Processo Penal", vol. 1/183, 2002, EDIPRO), cuja lição, corretamente, enfatiza a não-exclusividade (a ausência de monopólio, portanto) das investigações penais por parte dos organismos policiais:

"O argumento fulcral das decisões que vedam as investigações ministeriais está no art. 144, § 1º, IV da CF, segundo o qual compete à Polícia Federal 'exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União'.

*A expressão 'com exclusividade' foi colocada no texto constitucional **para deixar bem claro** que somente a Polícia Federal pode investigar, **como polícia judiciária**, crimes de competência da Justiça Federal, **com isso delimitando** o âmbito de atuação das Polícias Estaduais. **Esse aspecto** foi ressaltado **pela própria Carta Magna no § 4º** do mesmo art. 144, **quando**, ao tratar das Polícias dos Estados, **as incumbiu** das funções de polícia judiciária **ressalvada a competência da União**. **Trata-se**, portanto, **de mera delimitação** de atribuições **de polícia judiciária**, dirigida aos órgãos **policiais**, federais e estaduais.*

O dito preceito constitucional não impede que outros órgãos apurem infrações penais, de âmbito federal ou estadual. Não criou uma exclusividade investigatória federal para a Polícia Federal, assim como o § 4º do art. 144 não outorgou exclusividade investigatória estadual para as Polícias locais.

Se assim não fosse (...), o STF igualmente estaria inibido de apurar os fatos ocorridos em suas dependências etc.

O festejado Julio Fabbrini Mirabete (...) **esclareceu** em seu **Processo Penal**, Atlas, SP, 1999, pág. 75:

'**Não ficou estabelecido** na Constituição, aliás, a exclusividade de investigação e de funções da Polícia Judiciária em relação às polícias civis estaduais. **Tem o MP legitimidade para proceder investigações e diligências**, conforme determinarem as leis orgânicas estaduais'. (...)." (**grifei**)

Importante considerar, também nesse mesmo sentido, as observações expendidas pelo eminente Procurador da República, Dr. VALTAN FURTADO, que, ao estudar a questão ora em apreciação pelo Supremo Tribunal Federal, bem resumiu, em análise que incorporo ao presente voto, as "15 Razões para o Ministério Público investigar infrações penais" (in Boletim IBCCRIM nº 139/10-11, Ano 12, junho/2004):

"1. Trata-se de atividade prevista em lei (cf. item 2) e compatível com a finalidade do Ministério Público (tanto que prevalece na Europa, cf. item 3) - portanto, amparada pelo **art. 129, IX, da CF**.

2. A Lei Complementar nº 75/93 (Estatuto do MPU) prevê, sem restringi-las ao âmbito civil, diversas atividades investigatórias do MP, no seu art. 8º, incisos I, II, IV, V, VI, VII, VIII e IX, destacando-se as atribuições de 'realizar inspeções e diligências investigatórias', expedir notificações e intimações e 'requisitar informações, exames, perícias e documentos'; a Lei nº 8.069/90 (ECA) e a Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso) estabelecem textualmente competir ao MP **instaurar sindicâncias** para apurar ilícitos penais (art. 201, VII, e art. 74, VI); o art. 47 do CPP, o

art. 356, § 2º, do Código Eleitoral e o art. 29 da Lei nº 7.492/96 são expressos ao atribuir ao MP atividades de investigação criminal direta.

3. A tendência dos ordenamentos modernos é atribuir ao Ministério Público atividade de investigação criminal (**como ocorre** na Europa continental - por exemplo, Alemanha, Itália, Portugal e França -, verificando-se o mesmo na América Latina - Chile, Bolívia, Venezuela, etc.).

4. Uma das recomendações do relatório da ONU sobre execuções sumárias do Brasil, apresentado recentemente pela advogada **Asma Jahangir**, inclui o seguinte trecho: 'As unidades do Ministério Público deveriam dispor de um grupo de investigadores e ser encorajadas a realizar investigações independentes contra acusações de execuções sumárias. Obstáculos legais que impedem tais investigações independentes deveriam ser removidos em legislação futura' (item nº 82).

5. O sistema do juizado de instrução revela inconvenientes, como o comprometimento da imparcialidade do juiz, que determinaram o seu desprestígio na Europa; já o sistema de investigação **exclusivamente policial**, arcaico e praticamente abandonado, causa inúmeros problemas de eficiência e celeridade em determinadas apurações.

6. A regra histórica do nosso direito, de que é exemplo o art. 4º do CPP, é a universalidade da investigação, que pode ser pública (Polícia, CPI, Judiciário, Ministério Público e autoridades militares), ou privada (auditorias internas em empresas, atuação de investigador particular - Lei nº 3.099/57 -, etc.), direta ou incidental (Receita Federal, Banco Central, INSS, COAF, corregedorias, etc.), não havendo sentido em se retirar justamente do titular privativo da ação penal pública a faculdade de colher elementos para formar sua convicção.

7. Em nenhuma passagem da CF se encontra dispositivo que autorize pensar em exclusividade na função de investigar - o art. 144 somente fala em exclusividade em relação à atividade de polícia judiciária da União, para excluir a atuação das outras polícias civis, além do que **separa nitidamente a função de investigar infrações penais da de polícia judiciária**, conforme fica claro da leitura dos §§ 1º, I e IV, e 4º do art. 144.

8. Qualquer titular de um direito de ação deve ter a faculdade de colher, por si, dentro de parâmetros legais e éticos, os elementos que sustentarão o seu pedido ao Judiciário, sob pena de ver coarctado o seu direito de ação - a prevalecer a tese negativa da função investigatória do MP, este órgão encontrar-se-á na insólita situação, dentro do nosso ordenamento, de único titular de ação sem a faculdade de colher as informações e documentos necessários para supedanear a sua pretensão, vendo-se eventualmente na contingência de promover ações e arquivamentos temerários.

9. O Ministério Público é órgão autônomo, cujos membros gozam de garantias constitucionais (inamovibilidade e vitaliciedade) e independência funcional (situação que não se repete na Polícia, até por órgão armado do Estado), o que implica maior probabilidade de desenvolvimento e resultado útil de determinadas investigações, como as que envolvem políticos influentes ou integrantes da Polícia, sobretudo os mais graduados.

10. O controle externo da atividade policial, função atribuída ao MP pelo art. 129, VII, da CF, é notoriamente inviável **sem** a possibilidade de investigação criminal independente, donde se invoca a teoria dos poderes implícitos.

11. A investigação é apenas um instrumento de formação de convicção, não um fim em si mesma, sendo a diferença entre investigações civis e penais apenas para fins metodológicos (inclusive quanto ao uso de determinados instrumentos, como a interceptação telefônica), não se podendo esquecer que provas extraídas de um inquérito civil podem embasar um ação penal, da mesma forma que indícios colhidos em uma investigação criminal podem sustentar uma pretensão civil.

12. Se é correto, como ninguém parece discrepar, que a ação penal pode ser deflagrada sem inquérito policial (art. 46, § 1º, do CPP), que o MP pode promover inquéritos civis (art. 129, III, da CF) e que freqüentemente nestes inquéritos civis (por exemplo, nos que apuram improbidade administrativa) surgem indícios da autoria de ilícitos penais, suficientes para o ajuizamento de uma ação penal, soa incoerente e formalista ao extremo a idéia de negar ao MP a possibilidade de desenvolver investigações penais.

13. A alegação segundo a qual investigações promovidas pelo Ministério Público seriam parciais, porque visariam apenas a coligir provas tendentes a uma futura condenação, **é de todo improcedente, porque:** **a)** a prova da fase inquisitorial só serve para o recebimento da ação, devendo toda a prova (exceto a técnica) ser (re) produzida em juízo; **b)** não se espera do órgão investigador, seja ele Polícia ou Ministério Público, imparcialidade, atributo judicial, mas apenas impessoalidade; **c)** a Polícia está sempre em contato com o MP e é obrigada a atender suas requisições, sendo a mera idéia dessa pretensa equidistância um disparate; **d)** a probabilidade de um membro do MP distorcer os fatos na fase pré-processual não é maior que a de um delegado de polícia fazer o mesmo.

14. Possibilitar ao MP a condução direta de investigações criminais atende ao art. 37, 'caput', da CF, pois agrega eficiência a determinadas investigações, de acordo com a influência que o investigado possa exercer, o tipo de investigação (por exemplo, coleta e análise de documentos), a necessidade de formular um juízo direto e objetivo sobre os fatos, ou ainda por questão de ganho de tempo (por exemplo, em casos em que falta apenas uma informação para formar a 'opinio delicti' sobre o objeto de uma representação oriunda de órgão fiscal, o MP pode obter o dado faltante expedindo um ofício ou ouvindo uma testemunha, com ganho de tempo e na formação de sua convicção).

15. A prática tem demonstrado como é relevante a atividade investigatória do MP no campo criminal, seja no combate a abusos na função policial, seja na apuração de crimes como sonegação fiscal, lavagem de dinheiro, fraude contra o sistema financeiro e corrupção, sendo o famoso caso do desvio de recursos no TRT de São Paulo apenas um dos inúmeros em que se revelou fecunda a condução de investigações no âmbito interno do MP." (grifei)

Cabe destacar, por relevante **e** oportuno, **que esse entendimento** é também perfilhado, em substancioso estudo, por DOUGLAS FISCHER ("Investigação Criminal pelo Ministério Público: sua

determinação pela Constituição brasileira como garantia do investigado e da sociedade", "in" "Limites Constitucionais da Investigação", p. 57/63, item n. 7, 2009, RT):

"Consoante preconizado no art. 129, I, da Constituição brasileira, é função institucional do Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei, abrindo-se exceção (em casos de ações penais públicas) unicamente à coadjuvação complementar quando haja inércia ministerial (art. 5º, LIX, CF). Além disso, o inc. IX do art. 129 da Constituição assenta também que poderá o 'Parquet' 'exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade (...)'.

.....
Para defender a impossibilidade de realização de atos investigatórios, muitos invocam ainda o inc. IV do § 1º do art. 144 da Constituição brasileira, cujo conteúdo é o seguinte: 'Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I- polícia federal; II- polícia rodoviária federal; III- polícia ferroviária federal; IV- policias civis; V- polícias militares e corpos de bombeiros militares. § 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: '(...) IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União'.

A questão a ser enfocada no momento é se 'por uma interpretação tópico-sistemática', seria razoável e factível extrair deste (isolado) dispositivo que a atribuição investigatória ('lato sensu') seria exclusiva da polícia, afastando-se de tal atividade o Ministério Público.

Parece-nos que não.

Por intermédio da norma retromencionada, o que se confere com 'exclusividade' à polícia federal (identicamente à polícia civil, dentro de suas

atribuições) é o exercício das funções de 'polícia judiciária' (que nada mais é do que a função de auxiliar o Poder Judiciário na consecução de seus fins), mas não de exclusividade para investigação criminal. Funções de polícia judiciária são diversas de atribuições investigatórias. Não só pela compreensão sistêmica do ordenamento - que se vem defendendo insistentemente -, como também, complementarmente, da própria leitura da Constituição, que, no § 4º do mesmo art. 144, estipula claramente a diferenciação entre ambas. **Aliás, fosse exclusiva a investigação criminal da polícia**, não se poderia sustentar as atividades investigatórias realizadas por diversos outros órgãos, **como é o caso - apenas exemplificativamente -** da Receita Federal do Brasil, do Banco Central do Brasil e das próprias Comissões Parlamentares de Inquérito - CPI (art. 58, § 3º, CF/1988).

Efetivamente, 'quando o Ministério Público **investiga, não está ele** usurpando função da polícia judiciária, **por estar** em atividade própria direcionada à formação de sua 'opinio delicti', posto ser sua principal função na seara criminal promover a ação penal pública'.

Não só. Se o Ministério Público brasileiro é uma instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses individuais e indisponíveis, não há como deixar de reconhecer que desse e de outros dispositivos constitucionais decorrem expressas atribuições para o desempenho de seu 'mister' fundamental, como é o caso - exemplificativamente - do inc. VI do art. 129, que estabelece também ser função institucional do Ministério Público expedir notificações nos procedimentos administrativos (aí compreendidos não só os relacionados à matéria civil), requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva.

Aqui, uma bipartição em argumentos complementares.

Em primeiro plano, há se atentar que, **da conjugação** dos incs. VI e IX do art. 129 da CF/1988, **há disposição na Lei Complementar 75/1993** (Lei do Ministério Público da União), **especificamente** em seu art. 8º, **assentando**, entre outros, **que poderá** o 'Parquet' **requisitar** informações, exames, perícias e documentos de

autoridades da Administração Pública direta ou indireta (inc. II); **requisitar** informações e documentos a entidades privadas (inc. IV); '**realizar** inspeções e diligências investigatórias' (inc. V); **expedir notificações e intimações** essenciais aos procedimentos e inquéritos que instaurar (inc. VII); e **ter acesso** a quaisquer bancos de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública (inc. VIII). Já na Lei 8.625 (Lei do Ministério Público Estadual), **tem-se** no art. 26 **que o Ministério Público**, no exercício de suas funções (ínsitas às suas atividades, inc. IX do art. 129 da CF), **poderá instaurar** inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos, garantindo-se-lhe, entre outros poderes, a requisição de informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de quaisquer Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como promover inspeções e diligências investigatórias junto às autoridades retromencionadas.

Segundo defende Mauro Fonseca Andrade - **corretamente**, em nosso sentir -, **o disposto no inc. IX do art. 129 da CF serve** 'como uma porta **não só** para a legalização, **mas também para a constitucionalização** da legitimidade investigatória do acusador público'. **O autor pátrio é explícito** ao afirmar a relevância do art. 127 da CF para que se verifique a possibilidade, ou não, de investigação criminal pelo Ministério Público. Para ele, a busca da proteção dos bens jurídicos ali tutelados admitiria, além do inquérito civil, a investigação em outras searas, inclusive a penal. Exemplifica citando as possibilidades - previstas anteriormente à Constituição vigente e 'posteriormente recepcionadas pelas leis orgânicas dos Ministérios Públicos Estaduais e da União' -, de o 'Parquet' investigar a eventual ocorrência de falta funcional de seus membros e, também, da possibilidade de um membro do Ministério Público ser investigado pelo Procurador-Geral de Justiça e não pela polícia judiciária.

Em segundo plano - e novamente são precisas as considerações de Calabrigh -, toda investigação (na mais ampla acepção) tem a finalidade precípua de apurar fatos, que poderão ou não caracterizar ilícito penal.

Há muito se defende que o conceito de ilicitude é unitário.

.....
Desse modo, parece-nos hialino que decorre da Constituição - e da legislação que a complementa - que é 'ínsita à atividade precípua' do Ministério Público a realização também de atos de investigação, porque coerente e consentânea com as suas funções essenciais, sem que decorra qualquer malferimento aos princípios atinentes às garantias fundamentais dos cidadãos investigados. Em verdade, no âmbito do ordenamento jurídico pátrio, o que é exclusivo da autoridade policial é a condução e presidência de 'inquérito policial'. Mas - fácil ver, salvo para os que 'não querem ver', por razões ideológicas, de conveniência ou até corporativistas, entre outras - inquérito policial é apenas 'um' dos meios existentes para a apuração (investigação) de fatos criminosos. Diversamente do ordenamento português (por exemplo) e à luz da Constituição Federal vigente, o que não pode é o Ministério Público 'dirigir ou presidir o inquérito policial', esse sim meio de investigação (entre tantos outros existentes) de atribuição exclusiva da polícia (embora caiba ao 'Parquet' o exercício do controle externo da atividade policial - art. 129, VII, CF/1988).

Em nossa compreensão, sem qualquer pretensão de gerar uma interpretação que culmine com a sobreposição ou afastamento dos importantes meios de investigações exclusivos da autoridade policial, a possibilidade de o Ministério Público investigar em determinadas situações (o que confere um grau de excepcionalidade) deve ser visualizada como uma garantia da sociedade e do próprio investigado. Segundo pensamos, à luz do ordenamento jurídico constitucional (especialmente em face do disposto no art. 127 da CF), o Ministério Público não é um 'acusador sistemático'. Quando a Carta Maior lhe atribui expressamente o dever de proteger 'a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis', impôs-lhe o ônus de, promovendo atos de investigação ou ajuizando ação penal, respeitar os direitos fundamentais dos cidadãos. Aliás, como já destacado anteriormente, foi exatamente isso que disse Luigi Ferrajoli ao ser indagado se,

*diante dos pilares garantistas, **estaria** o Ministério Público impedido de investigar. (...)." (grifei)*

Convém acentuar, a propósito desse entendimento, **que também o Plenário** do Supremo Tribunal Federal, **ao indeferir** pedido de medida cautelar **formulado na ADI 1.517/DF**, **corroborou**, em juízo preliminar, essa orientação, **reconhecendo não assistir**, aos organismos policiais, **o monopólio** das investigações criminais, **consoante** exposto no douto voto proferido pelo eminente Ministro MAURÍCIO CORRÊA, **Relator** da causa, **que assim se pronunciou** sobre o tema:

"Assim sendo, tenho que a expressão 'com exclusividade', inserida na regra contida no inciso IV do § 1º do art. 144 da CF deve ser interpretada no sentido de excluir, das demais polícias elencadas nos incisos II a V do referido artigo, inclusive as de âmbito federal (rodoviária e ferroviária), a destinação de exercer as funções de polícia judiciária da União.

Ao cuidar das funções de polícia judiciária e investigações criminais atribuídas às Polícias Cíveis, o texto constitucional do § 4º do art. 144 não utiliza o termo 'exclusividade'.

Constata-se, pois, que a Constituição não veda o deferimento por lei de funções de investigações criminais a outros entes do Poder Público, sejam agentes administrativos ou magistrados." (grifei)

Não constitui demasia relembrar que, **no primeiro semestre** deste ano (**10/03/2009**), esta colenda **Segunda Turma**, ao julgar **o HC 91.661/PE**, Rel. Min. ELLEN GRACIE, **que versava matéria**

idêntica à ora debatida **nesta** sede processual (**investigação penal** promovida pelo Ministério Público **contra** agentes policiais), **denegou** a ordem de "habeas corpus", **por reconhecer**, unanimemente, **a legitimidade constitucional do poder investigatório** do Ministério Público, **especialmente** por se tratar, naquele caso, de delito **supostamente** cometido **por agentes policiais**, **vindo a proferir**, então, decisão **consubstanciada** em acórdão assim ementado:

"'HABEAS CORPUS'. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. EXISTÊNCIA DE SUPORTE PROBATÓRIO MÍNIMO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. POSSIBILIDADE DE INVESTIGAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. DELITOS PRATICADOS POR POLICIAIS. ORDEM DENEGADA.

1. A presente impetração visa o trancamento de ação penal movida em face dos pacientes, **sob a alegação** de falta de justa causa e **de ilicitude da denúncia** por estar amparada **em depoimentos colhidos** pelo ministério público.

2. A denúncia foi lastreada em documentos (termos circunstanciados) e depoimentos de diversas testemunhas, que garantiram suporte probatório mínimo para a deflagração da ação penal em face dos pacientes.

3. A alegação de que os pacientes apenas cumpriram ordem de superior hierárquico ultrapassa os estreitos limites do habeas corpus, eis que envolve, necessariamente, reexame do conjunto fático-probatório.

4. Esta Corte tem orientação pacífica no sentido da incompatibilidade do habeas corpus quando houver necessidade de apurado reexame de fatos e provas (HC nº 89.877/ES, rel. Min. Eros Grau, DJ 15.12.2006), não podendo o remédio constitucional do 'habeas corpus' servir como espécie de recurso que devolva completamente toda a matéria decidida pelas instâncias ordinárias ao Supremo Tribunal Federal.

5. É perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da

autoria e da materialidade de determinado delito. Tal conclusão não significa retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (arts. 129 e 144) de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos supostamente delituosos, mas também a formação da 'opinio delicti'.

6. O art. 129, inciso I, da Constituição Federal, atribui ao 'parquet' a privatividade na promoção da ação penal pública. Do seu turno, o Código de Processo Penal estabelece que o inquérito policial é dispensável, já que o Ministério Público pode embasar seu pedido em peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia.

7. Ora, é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos 'poderes implícitos', segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Se a atividade fim - promoção da ação penal pública - foi outorgada ao 'parquet' em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que 'peças de informação' embasem a denúncia.

8. Cabe ressaltar, que, no presente caso, os delitos descritos na denúncia teriam sido praticados por policiais, o que, também, justifica a colheita dos depoimentos das vítimas pelo Ministério Público.

9. Ante o exposto, denego a ordem de 'habeas corpus'."

(HC 91.661/PE, Rel. Min. ELLEN GRACIE - grifei)

Vale referir, ainda, que esta Turma, em julgamento realizado em 28/10/2008 (RE 535.478/SC, Rel. Min. ELLEN GRACIE), já havia decidido esse mesmo tema em idêntico sentido, reconhecendo, então, a possibilidade constitucional de o Ministério Público promover, por direito próprio, investigação penal, notadamente nos casos de apuração de crimes atribuídos a integrantes dos organismos policiais.

Também esta colenda Segunda Turma, **ao apreciar**, em 20/10/2009, igual controvérsia (HC 85.419/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO), **proferiu**, no julgamento **do HC 89.837/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **decisão** consubstanciada em acórdão assim ementado:

“ **'HABEAS CORPUS'** - **CRIME DE TORTURA** ATRIBUÍDO A POLICIAL CIVIL - **POSSIBILIDADE** DE O MINISTÉRIO PÚBLICO, **FUNDADO EM INVESTIGAÇÃO** POR ELE PRÓPRIO PROMOVIDA, **FORMULAR DENÚNCIA CONTRA** REFERIDO AGENTE POLICIAL - **VALIDADE JURÍDICA** DESSA ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA - **CONDENAÇÃO PENAL** IMPOSTA AO POLICIAL TORTURADOR - **LEGITIMIDADE JURÍDICA DO PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO** - **MONOPÓLIO CONSTITUCIONAL** DA TITULARIDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA PELO 'PARQUET' - **TEORIA** DOS PODERES IMPLÍCITOS - **CASO** 'McCULLOCH v. MARYLAND' (1819) - **MAGISTÉRIO DA DOCTRINA** (RUI BARBOSA, JOHN MARSHALL, JOÃO BARBALHO, MARCELLO CAETANO, CASTRO NUNES, OSWALDO TRIGUEIRO, v.g.) - **OUTORGA**, AO MINISTÉRIO PÚBLICO, **PELA PRÓPRIA** CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, **DO PODER DE CONTROLE EXTERNO** SOBRE A ATIVIDADE POLICIAL - **LIMITAÇÕES DE ORDEM JURÍDICA AO PODER INVESTIGATÓRIO** DO MINISTÉRIO PÚBLICO - 'HABEAS CORPUS' **INDEFERIDO**.

NAS HIPÓTESES DE AÇÃO PENAL PÚBLICA, O INQUÉRITO POLICIAL, QUE CONSTITUI UM DOS DIVERSOS INSTRUMENTOS ESTATAIS DE INVESTIGAÇÃO PENAL, TEM POR DESTINATÁRIO PRECÍPUO O MINISTÉRIO PÚBLICO.

- O **inquérito policial qualifica-se** como procedimento administrativo, de caráter **pré-processual**, **ordinariamente** vocacionado **a subsidiar**, nos casos de infrações perseguíveis mediante ação penal de iniciativa pública, **a atuação persecutória** do Ministério Público, **que é o verdadeiro destinatário** dos elementos que compõem a 'informatio delicti'. **Precedentes**.

- **A investigação penal**, quando realizada por organismos policiais, **será sempre dirigida** por

autoridade policial, a quem igualmente competirá exercer, com exclusividade, a presidência do respectivo inquérito.

- A outorga constitucional de funções de polícia judiciária à instituição policial não impede nem exclui a possibilidade de o Ministério Público, que é o 'dominus litis', determinar a abertura de inquéritos policiais, requisitar esclarecimentos e diligências investigatórias, estar presente e acompanhar, junto a órgãos e agentes policiais, quaisquer atos de investigação penal, mesmo aqueles sob regime de sigilo, sem prejuízo de outras medidas que lhe pareçam indispensáveis à formação da sua 'opinio delicti', sendo-lhe vedado, no entanto, assumir a presidência do inquérito policial, que traduz atribuição privativa da autoridade policial. Precedentes.

A ACUSAÇÃO PENAL, PARA SER FORMULADA, NÃO DEPENDE, NECESSARIAMENTE, DE PRÉVIA INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL.

- Ainda que inexista qualquer investigação penal promovida pela Polícia Judiciária, o Ministério Público, mesmo assim, pode fazer instaurar, validamente, a pertinente 'persecutio criminis in judicio', desde que disponha, para tanto, de elementos mínimos de informação, fundados em base empírica idônea, que o habilitem a deduzir, perante juízes e Tribunais, a acusação penal. Doutrina. Precedentes.

A QUESTÃO DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DE EXCLUSIVIDADE E A ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA.

- A cláusula de exclusividade inscrita no art. 144, § 1º, inciso IV, da Constituição da República - que não inibe a atividade de investigação criminal do Ministério Público - tem por única finalidade conferir à Polícia Federal, dentre os diversos organismos policiais que compõem o aparato repressivo da União Federal (polícia federal, polícia rodoviária federal e polícia ferroviária federal), primazia investigatória na apuração dos crimes previstos no próprio texto da Lei Fundamental ou, ainda, em tratados ou convenções internacionais.

- Incumbe, à Polícia Civil dos Estados-membros e do Distrito Federal, ressalvada a competência da União Federal e excetuada a apuração dos crimes militares, a função de proceder à investigação dos ilícitos penais (crimes e contravenções), sem prejuízo do poder investigatório de que dispõe, como atividade subsidiária, o Ministério Público.

- Função de polícia judiciária e função de investigação penal: uma distinção conceitual relevante, que também justifica o reconhecimento, ao Ministério Público, do poder investigatório em matéria penal. Doutrina.

É PLENA A LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO PODER DE INVESTIGAR DO MINISTÉRIO PÚBLICO, POIS OS ORGANISMOS POLICIAIS (EMBORA DETENTORES DA FUNÇÃO DE POLÍCIA JUDICIÁRIA) NÃO TÊM, NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO, O MONOPÓLIO DA COMPETÊNCIA PENAL INVESTIGATÓRIA.

- O poder de investigar compõe, em sede penal, o complexo de funções institucionais do Ministério Público, que dispõe, na condição de 'dominus litis' e, também, como expressão de sua competência para exercer o controle externo da atividade policial, da atribuição de fazer instaurar, ainda que em caráter subsidiário, mas por autoridade própria e sob sua direção, procedimentos de investigação penal destinados a viabilizar a obtenção de dados informativos, de subsídios probatórios e de elementos de convicção que lhe permitam formar a 'opinio delicti', em ordem a propiciar eventual ajuizamento da ação penal de iniciativa pública. Doutrina. Precedentes.

CONTROLE JURISDICIONAL DA ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO: O PONIBILIDADE, A ESTES, DO SISTEMA DE DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS, QUANDO EXERCIDO, PELO 'PARQUET', O PODER DE INVESTIGAÇÃO PENAL.

- O Ministério Público, sem prejuízo da fiscalização intra-orgânica e daquela desempenhada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, está permanentemente sujeito ao controle jurisdicional dos atos que pratique no âmbito das investigações penais que promova 'ex propria auctoritate', não podendo,

dentre outras limitações de ordem jurídica, desrespeitar o direito do investigado ao silêncio ('nemo tenetur se detegere'), nem lhe ordenar a condução coercitiva, nem constrangê-lo a produzir prova contra si próprio, nem lhe recusar o conhecimento das razões motivadoras do procedimento investigatório, nem submetê-lo a medidas sujeitas à reserva constitucional de jurisdição, nem impedi-lo de fazer-se acompanhar de Advogado, nem impor, a este, indevidas restrições ao regular desempenho de suas prerrogativas profissionais (Lei nº 8.906/94, art. 7º, v.g.).

- O procedimento investigatório instaurado pelo Ministério Público deverá conter todas as peças, termos de declarações ou depoimentos, laudos periciais e demais subsídios probatórios coligidos no curso da investigação, não podendo, o 'Parquet', sonegar, selecionar ou deixar de juntar, aos autos, quaisquer desses elementos de informação, cujo conteúdo, por referir-se ao objeto da apuração penal, deve ser tornado acessível tanto à pessoa sob investigação quanto ao seu Advogado.

- O regime de sigilo, sempre excepcional, eventualmente prevalecente no contexto de investigação penal promovida pelo Ministério Público, não se revelará oponível ao investigado e ao Advogado por este constituído, que terão direito de acesso - considerado o princípio da comunhão das provas - a todos os elementos de informação que já tenham sido formalmente incorporados aos autos do respectivo procedimento investigatório."

(HC 89.837/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Registro, por oportuno, que sempre tive esse entendimento, vindo, até mesmo, quando membro do Ministério Público paulista, a instaurar, sob minha autoridade, investigação penal em matéria eleitoral, procedendo, então, à inquirição das vítimas, à tomada de depoimento de testemunhas e à requisição de documentos e de exames periciais necessários ao esclarecimento da verdade real,

para, concluída a apuração dos fatos - que se desenvolveu com plena observância dos limites que restringem o poder investigatório do Estado -, oferecer denúncia contra os supostos autores de crime eleitoral.

Devo assinalar que esse procedimento investigatório por mim instaurado - de cujos elementos de informação fui destinatário para efeito de ajuizamento da concernente ação penal - teve reconhecida a sua plena legitimidade jurídica, porque rejeitada, pelo E. Tribunal Superior Eleitoral, a alegação de impossibilidade de o Ministério Público, quando autor de investigação penal, converter-se, ele próprio, em autor da acusação criminal fundada nos dados probatórios por ele mesmo coligidos.

A decisão que venho de referir, emanada do E. Tribunal Superior Eleitoral - que reconheceu a possibilidade jurídica de o Ministério Público conduzir, por sua iniciativa e autoridade, investigação penal destinada a propiciar-lhe elementos de convicção para o oferecimento de denúncia (não se distinguindo, portanto, em tal julgamento, para fins de instauração da "*persecutio criminis in judicio*", entre "*autor da investigação criminal*" e "*autor da ação penal*") -, acha-se consubstanciada em acórdão assim ementado:

" 'HABEAS CORPUS'. REPRESENTAÇÃO DIRIGIDA AO JUIZ DA COMARCA, DENUNCIANDO A EXISTÊNCIA DE CRIME ELEITORAL.

REMESSA DESSA REPRESENTAÇÃO AO ÓRGÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO QUE, POR NÃO DISPOR DE ELEMENTOS SUFICIENTES, REALIZOU A INQUIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS NA SALA DA PROMOTORIA. INEXISTÊNCIA DE FALTA JURÍDICA PELA UNIVERSALIZAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO E DA PROPOSITURA DA AÇÃO PENAL. MATÉRIA DE PROVA INADMISSÍVEL NO ÂMBITO RESTRITO DO REMÉDIO HERÓICO. R.O. DESPROVIMENTO.
(**RHC 4.985/SP**, Rel. Min. BARROS MONTEIRO - grifei)

Essa orientação, registre-se, **além de apoiar-se em diversos** precedentes desta Corte, **encontra respaldo** no magistério **de outros** eminentes doutrinadores, **cujas lições bem demonstram a legitimidade constitucional** do poder investigatório do Ministério Público (ROGÉRIO SANCHES CUNHA "*et alii*", "**Limites Constitucionais da Investigação**", 2009, RT; DENILSON FEITOSA, "**Direito Processual Penal: Teoria, Crítica e Práxis**", p. 201/208, itens ns. 6.3 e 6.4, 6ª ed., 2009, Impetus; EDILSON MOUGENOT BONFIM, "**Código de Processo Penal Anotado**", p. 30, 2007, Saraiva; EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA, "**Curso de Processo Penal**", p. 67/81, item n. 4.2, 10ª ed., 2008, Lumen Juris; RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA, "**Curso Temático de Direito Processual Penal**", p. 47/88, 2ª ed., 2009, JusPODIVM; MARCELLUS POLASTRI LIMA, "**Manual de Processo Penal**", p. 67/73, item n. 2.1, 2007, Lumen Juris; PEDRO HENRIQUE DEMERCIAN e JORGE ASSAF MALULY, "**Curso de Processo Penal**", p. 80/81, item n. 4.1.10.5, 4ª ed., 2009, Forense; MAURO FONSECA ANDRADE, "**Ministério Público e sua Investigação Criminal**", 2ª ed., 2006, Juruá; BRUNO CALABRICH, "**Investigação Criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais**", 2007,

HC 93.930 / RJ

RT; JOSÉ REINALDO GUIMARÃES CARNEIRO, "O Ministério Público e suas Investigações Independentes", 2007, Malheiros).

Mesmo que assim não se entendesse (sustentando-se, em conseqüência, posição contrária fundada em pretendida exclusividade da competência investigatória da Polícia), caberia ter presente a percepção revelada por autores - como BRUNO CALABRICH ("Investigação Criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais", p. 94/101, item n. 3.3, 2007, RT) - que põem em destaque, para justificar a possibilidade constitucional de o Ministério Público exercer, por autoridade própria, o poder de investigação penal, a existência de distinção conceitual entre a função de polícia judiciária e a função de investigação criminal, que são noções reciprocamente inassimiláveis, impregnadas, cada qual, de perfil autônomo e de sentido inconfundível, a significar que se mostra irrelevante, para efeito de reconhecer-se atribuição investigatória ao "Parquet", a cláusula de exclusividade a que se refere o art. 144, § 1º, inciso IV, da Constituição da República.

Vale reproduzir, a esse respeito, fragmento esclarecedor constante do magistério expendido pelo já mencionado BRUNO CALABRICH ("Investigação Criminal pelo Ministério Público:

fundamentos e limites constitucionais", p. 94/98, item n. 3.3, 2007, RT):

"Não bastasse isso, e afastando qualquer dúvida quanto à distinção entre as funções 'investigatória' e de 'polícia judiciária', o § 4.º do mesmo art. 144 preconiza: '§ 4.º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, 'as funções de polícia judiciária' e a 'apuração de infrações penais', exceto as militares' (...).

Nesse parágrafo, como é fácil verificar, além de se apartar cada uma das funções, nada há de referência à exclusividade para a apuração de infrações penais, da mesma forma com que foi redigido o inc. I do § 1.º.

Sendo evidente a distinção entre os conceitos - considerando que a Constituição não poderia repetir, num mesmo dispositivo, duas expressões sinônimas - é de se perquirir o verdadeiro sentido da expressão 'polícia judiciária'.

O art. 4.º do CPP propõe um conceito de 'polícia judiciária': 'Art. 4.º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria'. (Redação dada pela Lei 9.043, de 09.05.1995)

Como se vê, o conceito legal é equivocado e imprestável, considerando que incorre no (comum) equivoco de confundir as duas funções. Aliás, é pertinente gizar, desde já, que, a toda evidência, a Constituição não pode ser interpretada 'conforme' a lei, sob pena de uma teratológica inversão no plano da hierarquia normativa. Tendo sido efetuada a distinção na atual Constituição e, mormente, por serem relevantes as conseqüências dessa distinção, cumpre ao intérprete e ao aplicador a tarefa de preencher cada um dos conceitos, de forma a compatibilizá-los com o sistema processual penal em seus planos constitucional e infraconstitucional.

Pois bem: para a prática de alguns de seus atos internos (audiências, sessões de julgamento etc.) ou externos (comunicações processuais, buscas e

apreensões, penhoras, condução coercitiva de pessoas etc.), o Poder Judiciário pode eventualmente precisar do suporte de algum órgão dotado de meios materiais e humanos para, sob seu comando, executá-los diretamente ou, ao menos, para auxiliar em sua execução. Assim é que, para manter a ordem durante uma audiência, pode o juiz requisitar (determinar) à polícia que retire da sala pessoas que estejam provocando um tumulto; e, da mesma forma, requisitar a apresentação pessoal de um preso, que há de ser trazido e mantido sob escolta; pode, ainda à guisa de exemplo, determinar que a polícia acompanhe um oficial de justiça para a realização de uma citação ou de uma penhora em face de uma pessoa que se sabe de índole violenta, preservando, com isso, tanto a integridade física do servidor da justiça quanto a efetividade do ato a ser praticado.

As funções de polícia judiciária, assim, abrangem todas as funções referentes ao apoio material e humano necessário para a prática de determinados atos ou para o cumprimento de decisões judiciais. E essa função, no que toca aos órgãos do Poder Judiciário da União, recai com exclusividade na polícia federal. Nesse sentido, já observava Thiago André Pierobom de Ávila:

'(...) a Constituição não concedeu às polícias civis e federal a atribuição de investigação com exclusividade. No inciso IV do § 1.º, art. 144 da CF/88, estabeleceu-se que é atribuição da polícia federal exercer, com exclusividade, a função de polícia judiciária da União. Todavia, no inciso I deste dispositivo, estabeleceu-se competir-lhe a função de investigação, sem exclusividade. É sabido que polícia de investigação e polícia judiciária são funções distintas. A primeira é destinada a investigar crimes; a segunda é destinada a obedecer às ordens judiciais, como extensão de execução de mandados judiciais (v.g., condução coercitiva, mandado de prisão etc.). Não há qualquer dispositivo estabelecendo monopólio de investigação'.' (...)

A função de polícia judiciária, note-se, diz respeito não somente aos juízos criminais, mas a todo e qualquer juízo, seja qual for sua competência. 'Polícia Judiciária', nesse sentido, é a função de auxílio ao

Poder Judiciário na execução de seus atos e decisões."
(grifei)

Nem se diga, de outro lado, que o reconhecimento do poder investigatório do Ministério Público poderia frustrar, comprometer ou, ainda, afetar a garantia do contraditório estabelecida em favor da pessoa investigada.

É que essa fundamental garantia outorgada aos acusados não incide na esfera pré-processual da persecução penal, eis que o seu domínio abrange, somente, o processo penal instaurado em juízo.

Cumpr relembrar, neste ponto, que a investigação penal, enquanto procedimento extrajudicial, "não se processa, em função de sua própria natureza, sob o crivo do contraditório, eis que é somente em juízo que se torna plenamente exigível o dever de observância do postulado da bilateralidade e da instrução criminal contraditória" (RTJ 143/306-307, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Cabe enfatizar, por necessário, sempre na linha da orientação jurisprudencial firmada por esta Suprema Corte (RTJ 147/219-220, Rel. Min. CELSO DE MELLO), que "A inaplicabilidade da garantia do contraditório ao procedimento de investigação policial tem sido reconhecida tanto pela doutrina quanto pela

jurisprudência dos Tribunais (RT 522/396), cujo magistério tem acentuado que a garantia da ampla defesa **traduz** elemento essencial e exclusivo da persecução penal em juízo" (RTJ 143/306-307, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

Essa mesma percepção do tema foi registrada pelo eminente e saudoso JOSÉ FREDERICO MARQUES ("Elementos de Direito Processual Penal", vol. I/87-89, itens ns. 45/46, 2ª ed., revista e atualizada por Eduardo Reale Ferrari, 2000, Millennium, Campinas/SP), cujo autorizado magistério, ao versar o tema **pertinente** à investigação penal e à garantia constitucional do contraditório, assim apreciou a questão:

"O art. 141, § 25 (hoje equivalente ao art. 5º, LV, da vigente Constituição) da Constituição Federal, **ao assegurar** plena defesa aos acusados, **com todos** os meios e recursos essenciais a ela, **adotou, também, o procedimento contraditório**, porquanto todo o processo tem de ser estruturado sob a forma do contraditório para que o direito de defesa **não sofra** restrições indevidas. **Decorrencia** da isonomia processual, que é corolário, por sua vez, do princípio constitucional da igualdade perante a lei, - **o contraditório é inerente** a toda resolução processual de litígios.

.....
Sem o contraditório não pode haver devido processo legal. Uma vez que a lide tem sentido bilateral, porque a sua parte nuclear é constituída por interesses conflitantes, o processo adquire caráter verdadeiramente dialético, enquanto que a ação, como diz CARNELUTTI, se desenvolve como contradição recíproca.
.....

O vigente Código de Processo Penal distingue perfeitamente a 'instrução criminal' (arts. 394 a 405) do 'inquérito policial' (arts. 4º a 23), como o fazem as legislações da atualidade. Só a primeira é contraditória, de acordo, aliás, com o que impõe o mandamento constitucional.

O segundo, porém, por não se identificar com instrução e não estar abrangido, portanto, pelo art. 141, § 25, da Constituição Federal, tem natureza inquisitiva, como na realidade o deve ser.

.....
Não se pode, pois, interpretar com simplismo o texto constitucional sobre a instrução contraditória, para estendê-lo ao inquérito policial. No direito pátrio, tem vigorado perfeita distinção entre inquérito policial e formação da culpa, desde a reforma de 1871, correspondendo ao primeiro a fase investigatória e à segunda a da instrução criminal.

A investigação policial, ou inquérito, tem mesmo de plasmar-se por um procedimento não contraditório, porque ali ainda não existe acusado, mas apenas indiciado. (...)." (grifei)

Irrecusável, desse modo, a inaplicabilidade do contraditório na fase pré-processual da mera investigação penal, cabendo assinalar, no entanto, que a unilateralidade das investigações desenvolvidas pelo Estado (não importa se pela Polícia Judiciária, ou pelo Ministério Público ou, ainda, por uma CPI, p. ex.), no estágio preliminar da persecução penal ("informatio delicti"), não autoriza a válida formulação de qualquer decisão condenatória, cujo único suporte resida em prova inquisitorialmente produzida, mesmo porque - consoante adverte o magistério jurisprudencial dos Tribunais (RT 422/299 - RT 426/395 - RT 448/334 - RT 479/358 - RT 520/484 - RT 547/355) - a prova unilateralmente

HC 93.930 / RJ

coligida no âmbito de qualquer investigação estatal "não serve (...) para dar respaldo a um decreto condenatório, à falta de garantia do contraditório penal" (RT 512/355).

Outro não é o magistério do sempre lembrado JOSÉ FREDERICO MARQUES ("Tratado de Direito Processual Penal", vol. I, 1980, Saraiva), para quem "não há prova (ou como tal não se considera), quando não produzida contraditoriamente" (p. 194). Afinal, salienta o eminente Mestre paulista, "se a Constituição solenemente assegura aos acusados ampla defesa, **importa violar** essa garantia **valer-se** o Juiz de provas colhidas em procedimento em que o réu **não podia** usar do direito de defender-se com os meios e recursos inerentes a esse direito" (p. 104 - grifei).

Vê-se, desse modo, que, mesmo quando conduzida, unilateralmente, pelo Ministério Público, a investigação penal não legitimará qualquer condenação criminal, se os elementos de convicção nela produzidos - porém não reproduzidos em juízo, sob a garantia do contraditório - forem os únicos dados probatórios existentes contra a pessoa investigada, o que afasta a objeção de que a investigação penal, quando realizada pelo Ministério Público, poderia comprometer o exercício do direito de defesa.

É preciso enfatizar que a submissão do acusado, quando instaurado o processo em juízo, requer que se lhe assegurem, em plenitude, as garantias inerentes ao "due process of law". As virtualidades jurídicas que emergem da cláusula constitucional do devido processo legal não podem ser ignoradas pelo aplicador da lei penal, que deverá ter presentes - ao longo da "*persecutio criminis in judicio*" - todos os princípios, que, forjados pela consciência liberal dos povos civilizados, proclamam, de um lado, a presunção de inocência dos acusados e garantem, de outro, o irrestrito exercício, com todos os recursos e meios a ele inerentes, do direito de defesa em favor daqueles que sofrem uma acusação penal.

Daí a razão pela qual, a meu ver, a instauração de mera investigação penal, por iniciativa e sob a responsabilidade do Ministério Público, nenhum gravame impõe à esfera de direitos e ao "*status libertatis*" do investigado, eis que, a este, assegurar-se-á, sempre, o efetivo respeito às garantias do contraditório, da bilateralidade do juízo e da plenitude de defesa, uma vez promovida, "*in judicio*", a fase processual da persecução penal.

Disso decorre que os subsídios ministrados pelas investigações policiais ou por aquelas promovidas pelo Ministério Público ou por CPI, que são sempre unilaterais e inquisitivas -

embora **suficientes** ao oferecimento da denúncia pelo Ministério Público -, **não bastam**, enquanto isoladamente considerados, **para justificar** a prolação, pelo Poder Judiciário, **de um ato de condenação penal**.

Impõe-se referir, ainda, **as considerações** doutamente expostas pelo eminente Professor Luís Roberto Barroso, **cujo parecer, oferecido nos autos do Inq 1.968/DF, ao versar** a questão pertinente à investigação penal pelo "Parquet", **conclui**, em manifestação **aprovada** pelo Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, **pela legitimidade constitucional** do "desempenho **eventual** da atividade investigatória por parte do Ministério Público":

"(...) **é igualmente verdadeiro** que o sistema constitucional **não instituiu** o monopólio da investigação criminal **por parte da Polícia**. A própria Constituição **contempla** hipóteses de investigação **por outros** órgãos, **como ocorre**, por exemplo, com as Comissões Parlamentares de Inquérito (art. 58, § 3º) e com o Congresso Nacional, auxiliado pelo Tribunal de Contas da União (art. 71). A legislação infraconstitucional **prevê** ainda **outras** hipóteses que sempre foram admitidas como constitucionais. **Também não parece decorrer** do texto constitucional **uma vedação expressa ou implícita** ao desempenho **eventual** da atividade investigatória **por parte do Ministério Público**. Com efeito, **colhe-se** na letra expressa do art. 129, IX, da Constituição a possibilidade de o Ministério Público desempenhar outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada 'a representação judicial e a consultoria de entidades públicas'.

Restaram assentadas, portanto, duas premissas: o sistema constitucional reservou à Polícia o papel central na investigação penal, mas não vedou o exercício eventual de tal atribuição pelo Ministério Público. A atuação do 'Parquet' nesse particular, portanto, poderá existir, mas deverá ter caráter excepcional. Vale dizer: impõe-se a identificação de circunstâncias particulares que legitimem o exercício dessa competência atípica. (...)." (grifei)

Irretocável, sob tal aspecto, decisão emanada do E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, cujo pronunciamento - embora atribuindo caráter extraordinário ao poder investigatório do Ministério Público - reconhece, ao "Parquet", a possibilidade de legitimamente exercer, por direito próprio, essa competência institucional:

*"O poder para abrir inquérito policial a fim de investigar ações criminosas é, em regra, atribuição da autoridade policial, porém, excepcionalmente, poderá a investigação ser procedida pelo próprio Ministério Público, pois é a instituição encarregada de zelar pela observação correta da execução da lei...".
(RT 745/684, Rel. Juiz FÁBIO BITTENCOURT DA ROSA - grifei)*

Reconheço, pois, que se reveste de legitimidade constitucional o poder de o Ministério Público, por direito próprio, promover investigações penais, sempre sob a égide do princípio da subsidiariedade, destinadas a permitir, aos membros do "Parquet", em hipóteses específicas (quando se registrarem, por exemplo, situações

de lesão ao patrimônio público ou, então, **como na espécie, excessos** cometidos pelos próprios agentes e organismos policiais, **como** tortura, abuso de poder, violências arbitrárias, concussão ou corrupção, ou, ainda, **nos casos** em que se verificar **uma intencional omissão** da Polícia **na apuração** de determinados delitos ou se configurar o deliberado **intuito da própria** corporação policial **de frustrar**, em função da qualidade da vítima ou da condição do suspeito, **a adequada apuração** de determinadas infrações penais), **a possibilidade de coligir** dados informativos **para o ulterior** desempenho, por Promotores e Procuradores, de sua atividade persecutória **em juízo penal**.

Cumpre referir, no ponto, **ante** a sua extrema pertinência, **as observações** feitas pelo eminente Professor CLÊMERTON MERLIN CLÈVE, **a propósito da legitimidade constitucional** do poder investigatório do Ministério Público:

"Confiar, em função de uma operação hermenêutica singela, **o 'monopólio'** da investigação criminal preliminar **a um único órgão**, no caso a polícia judiciária, **equivale a colocar** uma pá de cal nos avanços que a cooperação **e**, em determinadas circunstâncias, **o compartilhamento** de tarefas tem possibilitado. **O país tem avançado**, ninguém pode negar. **A instituição ministerial tem acertado mais** do que errado. **As eventuais falhas** podem ser corrigidas **pela ação concertada** dos membros do Ministério Público, ou

em virtude da manifestação do legislador. **O modelo, todavia, haverá de ser preservado.**

A Constituição de 1988 desenha o novo Estado brasileiro a partir de um nítido perfil democrático, desafiando, para o que aqui interessa, a correta compreensão das competências conferidas aos órgãos encarregados de sua defesa. Neste caso, o modelo adotado não é mais o das atividades radicalmente apartadas, mas, antes, o da cooperação, o das interferências, o da interpenetração e, mesmo, em determinados casos, o do compartilhamento. Da leitura pertinente da Constituição vigente, operacionalizada por uma 'teoria constitucionalmente adequada' ao nosso espaço-tempo, infere-se, inegavelmente, a possibilidade, em hipóteses justificadas, pontuais, e transparentes à luz da 'razão pública', das investigações de natureza criminal, conduzidas pelo Ministério Público. Afinal, o inquérito policial, este sim instrumento exclusivo da autoridade policial, não consome todas as hipóteses de investigação. Trata-se, com efeito, de apenas uma delas, sendo certo que as investigações, mesmo com repercussão criminal, podem ser desenvolvidas das mais variadas formas no contexto da normativa constitucional vigente. O direito compreendido como 'integridade' haverá de reconhecer o fato e dele extrair a inevitável conseqüência: - sim, o Ministério Público, autorizado pela Constituição Federal, pode, quando haja fundamento para tanto, conduzir investigações criminais. A discussão que haverá de ser travada, portanto, não envolve a 'possibilidade', mas, sim, os 'limites' da atividade." (grifei)

Esta última observação, no sentido de que o debate da controvérsia em exame envolve, substancialmente, a necessidade de discutir os limites da atividade investigatória do Ministério Público, leva-me, na conclusão deste voto, a expender algumas reflexões em torno da matéria.

E, ao fazê-lo, impõe-se reconhecer que os membros do Ministério Público, no desempenho dessas atribuições investigatórias, estão necessariamente sujeitos às limitações fundadas em nosso sistema constitucional e decorrentes do ordenamento positivo que nele se acha estruturado, de tal modo que as pessoas submetidas às investigações penais realizadas pelo Ministério Público poderão opor-lhe os direitos e as prerrogativas de que são titulares, especialmente se se considerar que inexistem, em um Estado fundado em bases democráticas, poderes absolutos ou ilimitados, como esta Suprema Corte já teve a possibilidade de advertir (RTJ 173/805-810, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno).

Isso significa, portanto, no quadro da própria declaração constitucional de direitos, que as pessoas sob investigação penal do Ministério Público poderão exercer, sem possibilidade de ilegítima restrição, dentre outros, determinados direitos e garantias, cuja observância já lhes é assegurada no contexto de qualquer inquérito policial ou procedimento investigatório instaurado no âmbito do aparelho de Estado.

Reconheço, desse modo, que o Ministério Público, nas investigações penais que promova por direito próprio, e sem prejuízo da permanente possibilidade de controle jurisdicional de seus atos,

não poderá desrespeitar o direito ao silêncio, que assiste a qualquer investigado (RTJ 141/512 - RTJ 173/805 - RTJ 176/805 - RTJ 176/1306), nem poderá determinar-lhe que produza provas contra si mesmo, considerada a prerrogativa constitucional contra a auto-incriminação (RTJ 163/626 - RTJ 172/929 - RTJ 180/1001), nem constrangê-lo a participar da reconstituição do crime ou da reprodução simulada dos fatos delituosos (RTJ 127/461 - RTJ 142/855), nem lhe recusar o conhecimento das razões motivadoras do procedimento investigatório contra ele instaurado, nem submeter o investigado a providências restritivas de direitos que reclamem, para sua legítima efetivação, ordem judicial (vedado, desse modo, ao Promotor de Justiça ou ao Procurador da República, ordenar, por autoridade própria, medidas de busca e apreensão ou de condução pessoal coercitiva), nem impedir que o investigado, quando solicitada a sua presença perante o representante do "Parquet", faça-se acompanhar de Advogado, a quem incumbirá dar-lhe integral assistência jurídica.

Cabe advertir, ainda, que, à semelhança do que se registra no inquérito policial, o procedimento investigatório instaurado pelo Ministério Público deverá conter todas as peças, termos de declarações ou depoimentos e laudos periciais que tenham sido coligidos e realizados no curso da investigação, não

podendo, o representante do "Parquet", sonegar, selecionar ou deixar de juntar, aos autos, quaisquer desses elementos de informação, cujo conteúdo, por referir-se ao objeto da apuração penal, deverá ser tornado **acessível** à pessoa sob investigação.

Assiste, portanto, ao investigado, bem assim ao seu Advogado, o direito de acesso aos autos, podendo examiná-los, extrair cópias ou tomar apontamentos (Lei nº 8.906/94, art. 7º, XIV), observando-se, quanto a tal prerrogativa, orientação consagrada em decisões proferidas por esta Suprema Corte (Inq 1.867/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO - MS 23.836/DF, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, v.g.), mesmo quando a investigação esteja sendo processada em caráter sigiloso, hipótese em que o Advogado do investigado, desde que por este constituído, poderá ter acesso às peças que instrumentalizem prova já produzida nos autos (Súmula Vinculante nº 14/STF), tal como esta Corte decidiu no julgamento do HC 82.354/PR, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE:

"Do plexo de direitos dos quais é titular o indiciado - interessado primário no procedimento administrativo do inquérito policial -, é corolário e instrumento a prerrogativa do advogado, de acesso aos autos respectivos, explicitamente outorgada pelo Estatuto da Advocacia (L. 8906/94, art. 7º, XIV), da qual - ao contrário do que previu em hipóteses assemelhadas - não se excluíram os inquéritos que correm em sigilo: a irrestrita amplitude do preceito

legal resolve em favor da prerrogativa do defensor o eventual conflito dela com os interesses do sigilo das investigações, **de modo** a fazer impertinente o apelo ao princípio da proporcionalidade.

A oponibilidade ao defensor constituído esvaziaria uma garantia constitucional do indiciado (CF, art. 5º, LXIII), **que lhe assegura**, quando preso, **e pelo menos lhe faculta**, quando solto, **a assistência técnica** do advogado, que este não lhe poderá prestar **se lhe é sonegado** o acesso aos autos do inquérito sobre o objeto do qual haja o investigado de prestar declarações.

O direito do indiciado, por seu advogado, **tem por objeto** as informações **já introduzidas nos autos** do inquérito, **não** as relativas à decretação e às vicissitudes da execução de diligências **em curso** (cf. L. 9296, atinente às interceptações telefônicas, de possível extensão a outras diligências); **dispõe**, em conseqüência a autoridade policial de meios legítimos **para obviar** inconvenientes que o conhecimento pelo indiciado e seu defensor dos autos do inquérito policial possa acarretar à eficácia do procedimento investigatório." (grifei)

Cabe assinalar, neste ponto, um outro aspecto relevante do tema ora em análise, considerados os diversos elementos probatórios já produzidos nos autos da persecução penal e, portanto, a estes já formalmente incorporados. Refiro-me ao postulado da comunhão da prova, cuja eficácia projeta-se e incide sobre todos os dados informativos, que, concernentes à "informatio delicti", compõem o acervo probatório coligido pelas autoridades e agentes estatais.

Esse postulado assume inegável importância no plano das garantias de ordem jurídica reconhecidas ao investigado e ao réu,

pois, como se sabe, o princípio da comunhão (ou da aquisição) da prova assegura, ao que sofre persecução penal - ainda que submetida esta ao regime de sigilo -, o direito de conhecer os elementos de informação já existentes nos autos e cujo teor possa ser, eventualmente, de seu interesse, quer para efeito de exercício da auto-defesa, quer para desempenho da defesa técnica.

É que a prova penal, uma vez regularmente introduzida no procedimento persecutório, não pertence a ninguém, mas integra os autos do respectivo inquérito ou processo, constituindo, desse modo, acervo plenamente acessível a todos quantos sofram, em referido procedimento sigiloso, atos de persecução penal por parte do Estado.

Essa compreensão do tema - cabe ressaltar - é revelada por autorizado magistério doutrinário (ADALBERTO JOSÉ Q. T. DE CAMARGO ARANHA, "Da Prova no Processo Penal", p. 31, item n. 3, 3ª ed., 1994, Saraiva; DANIEL AMORIM ASSUMPCÃO NEVES, "O Princípio da Comunhão da Prova", "in" Revista Dialética de Direito Processual (RDPP), vol. 31/19-33, 2005; FERNANDO CAPEZ, "Curso de Processo Penal", p. 259, item n. 17.7, 7ª ed., 2001, Saraiva; MARCELLUS POLASTRI LIMA, "A Prova Penal", p. 31, item n. 2, 2ª ed., 2003, Lumen Juris, v.g.), valendo referir, por extremamente relevante, a lição expendida por JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA ("O Juiz e a

Prova", "in" Revista de Processo, nº 35, Ano IX, abril/junho de 1984, p. 178/184):

"E basta pensar no seguinte: se a prova for feita, pouco importa a sua origem. (...). A prova do fato não aumenta nem diminui de valor segundo haja sido trazida por aquele a quem cabia o ônus, ou pelo adversário. A isso se chama o 'princípio da comunhão da prova': a prova, depois de feita, é comum, não pertence a quem a faz, pertence ao processo; pouco importa sua fonte, pouco importa sua proveniência. (...)." (grifei)

Cumpre rememorar, ainda, ante a sua inteira pertinência, o magistério de PAULO RANGEL ("Direito Processual Penal", p. 411/412, item n. 7.5.1, 8ª ed., 2004, Lumen Juris):

"A palavra comunhão vem do latim 'communione', que significa ato ou efeito de comungar, participação em comum em crenças, idéias ou interesses. Referindo-se à prova, portanto, quer-se dizer que a mesma, uma vez no processo, pertence a todos os sujeitos processuais (partes e juiz), não obstante ter sido levada apenas por um deles. (...).

O princípio da comunhão da prova é um consectário lógico dos princípios da verdade real e da igualdade das partes na relação jurídico processual, pois as partes, a fim de estabelecer a verdade histórica nos autos do processo, não abrem mão do meio de prova levado para os autos.

(...) Por conclusão, os princípios da verdade real e da igualdade das partes na relação jurídico-processual fazem com que as provas carreadas para os autos pertençam a todos os sujeitos processuais, ou seja, dão origem ao princípio da comunhão das provas." (grifei)

É por tal razão que se impõe assegurar, à pessoa investigada, por intermédio dos patronos que constituir, o acesso a toda informação já produzida e formalmente incorporada aos autos da persecução penal em causa, mesmo porque o conhecimento do acervo probatório pode revestir-se de particular relevo para a sua própria defesa.

É fundamental, no entanto, como salientado, que os elementos probatórios já tenham sido formalmente produzidos nos autos da persecução penal.

O que não se revela constitucionalmente lícito, segundo entendo, é impedir que o indiciado (ou aquele sujeito a investigação penal) tenha pleno acesso aos dados probatórios, que, já documentados nos autos (porque a estes formalmente incorporados), veiculam informações que possam revelar-se úteis ao conhecimento da verdade real e à condução da defesa da pessoa investigada ou processada pelo Estado, ainda que o procedimento de persecução penal esteja submetido a regime de sigilo.

O fascínio do mistério e o culto ao segredo não devem estimular, no âmbito de uma sociedade livre, práticas estatais cuja realização, notadamente na esfera penal, culmine em ofensa aos

direitos básicos daquele que é submetido, pelos órgãos e agentes do Poder, a atos de persecução criminal, valendo relembrar, por oportuno, a advertência de JOÃO BARBALHO feita em seus comentários à Constituição Federal de 1891 ("Constituição Federal Brasileira - Comentários", p. 323/324, edição fac-similar, 1992, Senado Federal):

"O pensamento de facilitar amplamente a defesa dos acusados conforma-se bem com o espírito liberal das disposições constitucionais relativas à liberdade individual, que vamos comentando. A lei não quer a perdição daqueles que a justiça processa; quer só que bem se apure a verdade da acusação e, portanto, todos os meios e expedientes de defesa que não impeçam o descobrimento dela devem ser permitidos aos acusados. A lei os deve facultar com largueza, regularizando-os para não tornar tumultuário o processo.

Com a 'plena defesa' são incompatíveis, e, portanto, inteiramente inadmissíveis, os processos secretos, inquisitoriais, as devassas, a queixa ou o depoimento de inimigo capital, o julgamento de crimes inafiançáveis na ausência do acusado ou tendo-se dado a produção das testemunhas de acusação sem ao acusado se permitir reinquiri-las, a incomunicabilidade depois da denúncia, o juramento do réu, o interrogatório dele sob a coação de qualquer natureza, por perguntas sugestivas ou capciosas, e em geral todo o procedimento que de qualquer maneira embarace a defesa.

Felizmente, nossa legislação ordinária sobre a matéria realiza o propósito da Constituição, cercando das precisas garantias do exercício desse inauferível direito dos acusados - para ela 'res sacra reus'." (grifei)

Impende destacar, ainda, ante a sua inquestionável relevância, que o Ministério Público, nos procedimentos de investigação penal por ele instaurados, também não poderá intimar o

HC 93.930 / RJ

Advogado, para, na condição de testemunha, depor sobre fato relacionado com a pessoa de seu cliente, eis que incide, sobre esse profissional do Direito, considerada a relação de confidencialidade que mantém com o seu constituinte, o dever de recusar-se a depor em tal situação, como resulta claro do art. 7º, inciso XIX, da Lei nº 8.906/94.

Foi por tal razão que esta Suprema Corte, o E. Superior Tribunal de Justiça e outros Tribunais judiciários proferiram, a respeito desse tema, decisões que confirmam o entendimento ora exposto:

"Processo Penal. Sigilo profissional. Advogado. Pode e deve o advogado recusar-se a comparecer e a depor como testemunha, em investigação relacionada com a alegada falsidade de documentos, provenientes de seu constituinte, que juntou em autos judiciais (...)."
(RTJ 88/847, Rel. p/ o acórdão Min. DÉCIO MIRANDA - grifei)

"PROCESSUAL PENAL. ADVOGADO. TESTEMUNHA. RECUSA. SIGILO PROFISSIONAL. ARTIGO 7º, XIX, LEI 8.906/94. É direito do advogado 'recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional'.
Agravo regimental improvido."
(AP 206-AgR/RJ, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA - grifei)

"CONSTRANGIMENTO ILEGAL - Ameaça - Advogado intimado a depor na Polícia sobre fatos atribuídos a

seu cliente, sob pena de ser envolvido em inquérito por desobediência - Inadmissibilidade - Violação do sigilo profissional - Decisão concessiva de 'habeas corpus' mantida (...).

É direito do advogado recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoas de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte. E, como conseqüente direito, negar-se a informar o que constitua sigilo profissional."

(RT 547/289, Rel. Des. MARINO FALCÃO - TJSP - grifei)

"SIGILO PROFISSIONAL - Invocação, por advogado, ao escusar-se de depor - Admissibilidade - Nulidade inexistente - Preliminar repelida (...).

.....
O advogado, que se escusa de depor no plenário do Tribunal do Júri, sobre matéria pertinente ao seu relacionamento profissional com o ex-cliente, que está sendo julgado, cumpre, antes de mais nada, o dever de guardar sigilo profissional (...)."

(RT 523/438-439, Rel. Des. IVO SELL - TJSC - grifei)

Não custa lembrar, ainda, que o sigilo profissional é inteiramente oponível ao representante do Ministério Público - tanto quanto a qualquer outra autoridade ou agente do Estado - no curso do procedimento investigatório conduzido pelo "Parquet", valendo referir, no ponto, importante decisão emanada do E. Superior Tribunal de Justiça:

"O sigilo profissional é exigência fundamental da vida social que deve ser respeitado como princípio de ordem pública, por isso mesmo que o Poder Judiciário não dispõe de força cogente para impor a sua revelação, salvo na hipótese de existir específica norma de lei

formal **autorizando** a possibilidade de sua quebra, o que não se verifica na espécie.

O interesse público do sigilo profissional decorre do fato de se constituir em um elemento essencial à existência e à dignidade de certas categorias, e à necessidade de se tutelar a confiança nelas depositada, sem o que seria inviável o desempenho de suas funções, bem como por se revelar em uma exigência da vida e da paz social.

Hipótese em que se exigiu da recorrente - ela que tem notória especialização em serviços contábeis e de auditoria e não é parte na causa - a **revelação** de segredos profissionais obtidos quando anteriormente prestou serviços à ré da ação.

Recurso **provido**, com a **concessão** da segurança." (RMS 9.612/SP, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA - **grifei**)

Mostra-se relevante enfatizar, de outro lado - consideradas as observações que venho de registrar neste voto quanto às limitações que incidem sobre o poder investigatório do Ministério Público, e que lhe são plenamente oponíveis por qualquer pessoa que por ele esteja sendo investigada - que a autoridade da Constituição e a força das leis não se detêm no limiar dos gabinetes dos Promotores de Justiça e dos Procuradores da República, como se tais agentes do Estado, subvertendo as concepções que dão significado democrático ao Estado de Direito, pudessem constituir um universo diferenciado, paradoxalmente imune ao poder do Direito e infenso à supremacia da Lei Fundamental da República.

No contexto do sistema constitucional brasileiro, a unilateralidade da investigação penal - tanto a dirigida pelo

Ministério Público quanto a conduzida pelos organismos policiais - não tem o condão de abolir os direitos, de derrogar as garantias, de suprimir as liberdades ou de conferir, aos representantes do "Parquet", poderes absolutos (de todo inexistentes) na produção da prova e na pesquisa dos fatos.

Daí porque incidem, sobre o Ministério Público, as limitações de ordem jurídica que venho de referir, sob pena de desvalia dos elementos de informação coligidos e produzidos com desrespeito aos direitos e garantias da pessoa investigada.

Sendo assim, em face das razões expostas e considerando, sobretudo, precedentes emanados desta colenda Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (HC 85.419/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO - RE 535.478/SC, Rel. Min. Rel. Min. ELLEN GRACIE - HC 91.661/PE, Rel. Min. ELLEN GRACIE - HC 87.610/SC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), indefiro o pedido de "habeas corpus", por entender que o Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, investigações de natureza penal, desde que respeitados, pelo "Parquet", os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, pelos agentes do Ministério Público, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso

HC 93.930 / RJ

País, os Advogados (Lei nº 8.906/94, art. 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade - sempre presente no Estado Democrático de Direito - do permanente (e inafastável) controle jurisdicional dos atos praticados pelos Promotores de Justiça e Procuradores da República.

É o meu voto.