

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 593.727 MINAS GERAIS

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O recurso volta-se a infirmar acórdão mediante o qual o Tribunal de Justiça Estado de Minas Gerais recebeu denúncia contra Prefeito do Município de Ipanema, tendo como fundamento investigação realizada diretamente pelo Ministério Público.

A questão de fundo do extraordinário, a ser examinado sob o ângulo da repercussão geral, consiste em definir se o Ministério Público possui legitimidade para, por meios próprios, investigar condutas criminosas.

O relator, ministro Cezar Peluso, conheceu e deu provimento ao recurso, admitindo, entretanto, a atribuição do Ministério Público para realizar diretamente atividades de investigação da prática de delitos em situações excepcionais e taxativas, no que foi acompanhado pelo ministro Ricardo Lewandowski. Os ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello, Ayres Britto, Joaquim Barbosa e Luiz Fux negaram provimento ao extraordinário, consignando a existência de base constitucional para os poderes de investigação do Ministério Público. Pedi vista visando melhor exame.

O tema é de grande relevância jurídica, pois tem por finalidade a elucidação de balizas concernentes à atuação do Ministério Público na persecução penal. Com a promulgação da Constituição de 1988, as atribuições do Ministério Público foram superdimensionadas, sendo preciso harmonizá-las com as funções das demais instituições da República.

A possibilidade de investigação autônoma pelo Órgão gera debates jurídicos há tempo travados na doutrina e nos Tribunais. As realidades fáticas heterogêneas presentes no Brasil fizeram com que o Ministério Público se deparasse com a “necessidade” de investigar por conta própria. Entre os diversos motivos para tanto, destacam-se a falta de estrutura das polícias ou desvios de conduta dos agentes policiais. O cenário, então, levou o Ministério Público a apresentar justificativa para

essa atuação anômala.

Nesse panorama, surgiram argumentos para legitimar a investigação independente. Os fundamentos se resumem à ausência de exclusividade investigatória das polícias judiciárias e à interpretação do artigo 129 da Carta da República sob o enfoque da teoria dos poderes implícitos. Alega-se que a própria Constituição confere poderes investigatórios a outros órgãos. Citam-se como exemplos as Comissões Parlamentares de Inquérito, nos termos do disposto no artigo 58, § 3º, do Diploma Maior. Apontam-se outras normas legais que autorizam investigação por órgãos diversos, como os procedimentos administrativos do Conselho de Controle de Atividades Financeiras – Lei nº 9.613/98 –, da Receita Federal e outros. Sustenta-se não ser razoável entender que o titular da ação penal e destinatário das investigações criminais não pudesse buscar, por meios próprios, os elementos para convencimento, reforçando tal ideia no axioma jurídico “quem pode o mais pode o menos”.

A análise constitucional das premissas utilizadas revela não subsistir a assertiva. Inicialmente, vale consignar que a Carta, ao estabelecer competências, visa assegurar o equilíbrio entre os órgãos públicos, o qual também funciona como garantia para o cidadão. A concentração de poder é prejudicial ao bom funcionamento do Estado Democrático de Direito, razão por que as interpretações ampliadoras de poderes devem ser feitas com reservas, sob pena de ruptura da harmonia preconizada pelo constituinte.

As normas que tratam das funções e atribuições do Ministério Público – artigos 127 a 129 da Carta Federal – são bem claras ao descreverem-nas. Em nenhuma delas, pode-se concluir estar autorizada a investigação criminal, ao contrário. Ao estabelecer, no inciso VII do artigo 129, o exercício do controle externo da atividade policial e, no inciso seguinte, atribuir o poder de requisitar diligências investigatórias e instauração de inquérito policial, o constituinte evidenciou a opção de não permitir que o Ministério Público proceda à investigação criminal, e sim zele pela lisura das atividades policiais e cuide para que a apuração possa ser concluída de forma a viabilizar a futura ação penal.

A vontade constitucional fica evidenciada quando se comparam as normas relativas ao inquérito civil e as alusivas à investigação criminal. No tocante ao primeiro, a expressão “promover o inquérito civil”, constante no artigo 129, inciso III, da Carta, não deixa margem ao questionamento sobre os poderes que o Ministério Público possui. A mesma clareza foi consignada quanto à investigação criminal, nos incisos VII e VIII do mesmo artigo, mas em sentido diametralmente oposto. Para melhor compreensão, transcrevo os dispositivos mencionados:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

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

[...]

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

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

[...]

Essa distinção entre os inquéritos se deu pelo cuidado em conferir maiores garantias a bens jurídicos caros à sociedade. A investigação criminal é muito mais tormentosa para o investigado do que a civil, pois coloca em risco a liberdade. Assim, na Constituição, acabou-se por dividir atribuições entre dois órgãos, objetivando que o destinatário das atividades preparatórias pudesse, com isenção, avaliar o trabalho

desenvolvido. A postergação do controle para fase judicial, caso o Ministério Público investigasse, implicaria descompasso com os ditames constitucionais que buscaram garantir um controle obrigatório antes da fase judicial, isso para não prolongar sofrimento passível de existir como consequência de uma apuração criminal infundada. Legitimar a investigação por parte do titular da ação penal é inverter a ordem natural das coisas: quem surge como responsável pelo controle não pode exercer a atividade controlada.

O desenho constitucional relativo ao Ministério Público, na seara penal, pauta-se na atividade de controle externo da polícia, ou seja, deve ser tutor das garantias constitucionais no estágio inquisitivo. Na fase processual, tem a função de titular da ação penal. Todavia, nem mesmo quando funciona como parte, o constituinte retira-lhe a qualidade de fiscal da lei. Atribuir novos poderes nesse campo significa desvirtuamento sem amparo constitucional.

Observem o preceito da Carta que estabelece incumbir às polícias judiciárias, de forma exclusiva, realizar investigações criminais:

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 - polícias 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.

§ 2º A polícia rodoviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira,

destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais.

§ 3º A polícia ferroviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais.

§ 4º - 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.

(...)

Conforme se percebe, o inciso IV do § 1º transcrito previu a exclusividade da Polícia Federal para exercer as funções de polícia judiciária da União. Há quem entenda que isso sirva para retirar tal atribuição das polícias rodoviária federal e ferroviária federal. Descabe hermenêutica nesse sentido, porquanto as atribuições das polícias rodoviária e ferroviária, nitidamente polícias ostensivas, estão discriminadas nos parágrafos 2º e 3º do mesmo artigo.

A Constituição Federal e as normas de um modo geral devem ser interpretadas com base nas regras de hermenêutica. Uma das mais mezinhas é a que preceitua não haver palavras desnecessárias nem inúteis nos textos normativos. Como, então, desconsiderar a exclusividade prevista no texto constitucional para a atividade de investigação criminal pela polícia judiciária? A análise dos artigos acima mencionados evidencia a opção constitucional em não conferir ao Ministério Público o poder de apuração penal. Essa escolha, não me canso de afirmar, decorreu da necessidade de equilibrar os órgãos voltados à persecução penal, evitando a concentração de poder nas mãos de apenas um, sempre tendo em vista restringir ao máximo afrontas às liberdades individuais que possam surgir em decorrência de uma investigação criminal.

A evocação do axioma jurídico “quem pode o mais pode o menos” estaria correta se estivéssemos diante de interpretação de normas de direito privado. Nessa seara, realmente, quem possui autorização para

fazer o mais pode fazer o menos, pois, para os particulares, vale o princípio da legalidade ampla, ou seja, tudo que não estiver proibido está permitido. No direito público, aplica-se o princípio da legalidade estrita. Logo, os órgãos só podem proceder em conformidade com o que está expressamente autorizado. A ausência de previsão conduz à vedação.

Descabe a aplicação da teoria dos poderes implícitos, pois a medida pressupõe vácuo normativo. Somente se a Carta não houvesse disciplinado acerca da investigação criminal, se mostraria possível a observância dessa teoria com a finalidade de suprir a omissão do constituinte. Reafirmo: os preceitos constitucionais envolvidos não só atribuíram a atividade a outro órgão – polícias judiciárias (federal e civil) –, como a versaram de forma exclusiva.

As exceções quanto à investigação criminal, para estarem dentro dos parâmetros constitucionais, necessitam de previsões expressas e balizas bem definidas de como serão realizadas as atividades, a publicidade, o controle, etc. O Ministério Público não possui amparo legal para atuar nesse campo. A título de regulamentação do artigo 8º da Lei Complementar nº 78/93 e do artigo 26 da Lei nº 8.625/93, foram estabelecidos, na Resolução nº 13, do Conselho Nacional do Ministério Público, poderes investigatórios em matéria criminal em favor do Ministério Público, consubstanciando flagrante violação ao artigo 22, inciso I, da Carta Federal.

O artigo 4º do Código de Processo Penal definiu, como atribuição da polícia judiciária, apurar infrações penais e a autoria correlata. A dispensabilidade do inquérito policial não serve de fundamento para autorizar a investigação por parte do Ministério Público, porquanto o inquérito é prescindível quando já existem outros elementos de convencimento para atuação do titular da ação penal (artigo 12 do Código de Processo Penal).

O fato de estar impossibilitado de investigar de forma autônoma não conduz ao desconhecimento do que for apurado. O Ministério Público, como destinatário das investigações, deve acompanhar o desenrolar dos inquéritos policiais, requisitando diligências, acessando os boletins de

ocorrências e exercendo o controle externo. O que se mostra inconcebível é um membro do Ministério Público colocar uma estrela no peito, armar-se e investigar. Sendo o titular da ação penal, terá a tendência de utilizar apenas as provas que lhe servem, desprezando as demais e, por óbvio, prejudicando o contraditório e inobservando o princípio da paridade de armas. A função constitucional de titular da ação penal e fiscal da lei não se compatibiliza com a figura do promotor inquisitor. O direito alienígena também não auxilia na solução da questão, pois os órgãos e atividades envolvidas possuem regras constitucionais próprias, bem estabelecidas, que não deixam margens a interpretações evolutivas.

A má estruturação de algumas polícias e os desvios de condutas que possam existir nos quadros policiais não legitimam, no contexto jurídico, as investigações do Ministério Público. O Judiciário vem, ao longo do tempo, evoluindo, para proporcionar tutela jurídica adequada. No entanto, as interpretações implementadas apenas são cabíveis quando há espaço normativo para tanto, sob pena de virem à balha decisões judiciais como opções puramente subjetivas dos julgadores, sem respaldo no arcabouço jurídico pátrio, contrariando regra constitucional expressa. Há de haver a autocontenção. Nunca é demais lembrar que a atuação judicante é vinculada ao Direito posto e que a Lei das leis submete a todos indistintamente.

Consoante ficou demonstrado, na situação concreta, o Ministério Público instaurou procedimento investigatório (Procedimento Administrativo nº 270/06), intimou o envolvido para prestar explicações em atividade típica de investigação criminal e, posteriormente, denunciou-o.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso, para anular, desde a origem, o Processo-Crime nº 1.0000.06.444038-1/000, que tramita perante o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, proclamando a ilegitimidade absoluta do Ministério Público para, por meios próprios, realizar investigações criminais.

É como voto.