

27/06/2012

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 593.727 MINAS GERAIS

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Quando o Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, reuniu-se, em 1971, para apreciar o RHC 48.728/SP, interposto pelo Delegado Sérgio Fernando Paranhos Fleury, o eminente Relator da causa, o saudoso Ministro LUIZ GALLOTTI, antes de examinar a questão pertinente à alegada impossibilidade jurídica da unipersonalização da investigação e da acusação penais, cuja suscitação fora motivada pelo ominoso episódio do "Esquadrão da Morte", pôde lançar uma grave advertência sobre o alto significado da decisão a ser então tomada por esta Corte, enfatizando, à semelhança do que também ocorre na espécie ora em análise, que se tratava de um daqueles casos emblemáticos em que o Supremo Tribunal Federal, ao proferir o seu julgamento, poderá ser, ele próprio, "julgado pela Nação" (RTJ 63/299, 312).

Ninguém ignora que a principal tese sustentada, perante esta Suprema Corte, pelo personagem-símbolo do "Esquadrão da Morte" consistia, precisamente, na alegação de que o órgão público incumbido de formular a acusação criminal estava juridicamente impedido de fazê-lo, porque também autor da investigação penal em que tal acusação se apoiava.

Essa tese, como é de conhecimento geral, não prevaleceu nesta Suprema Corte, o que permitiu, num momento de franco e perigoso declínio das liberdades públicas em nosso País, então submetido a um regime de dominação castrense, que o Ministério Público paulista, por iniciativa do eminent Procurador de Justiça, Dr. Hélio Pereira Bicudo, diretamente apoiado por dois ilustres Promotores de Justiça, Drs. José Sylvio Fonseca

Tavares e Dirceu de Mello, promovesse as investigações criminais necessárias que culminaram na posterior formulação das pertinentes acusações penais, desestruturando, assim, aquela sinistra organização criminosa reunida, no Estado de São Paulo, sob a vergonhosa designação de "Esquadrão da Morte".

Cabe indagar, tendo em vista a nova ordem constitucional instaurada com a promulgação da Constituição de 1988, se o Ministério Público pode promover, ou não, 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.

Ninguém questiona 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 discepções 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, 7^a 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*”.

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 perseguiíveis 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 – precipuamente destinados ao **órgão da acusação pública** – visam a possibilitar a instauração da “*persecutio criminis in judicio*” 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, 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, dirigir-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 encontram 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.

Cumpre ressaltar, portanto, que o Ministério Público, ainda quando inexistento 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. Min. CELSO DE MELLO, em decisão consubstanciada em acórdão assim ementado:

“O Ministério Público (...) 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.”

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 (...)"

(RTI 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/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 Processo Penal Brasileiro Anotado”, vol. I/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 judiciários, 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, 7^a 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)

Cumpre 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 concorrente 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 são a LC nº 75/93 e a LC paulista nº 734/93 –, “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 Assembleia 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.

Ou, em outras palavras, cumpre examinar – 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.

Entendo, na linha de diversos precedentes firmados pela colenda Segunda Turma desta Corte (HC 85.419/RJ Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 89.837/DE Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 91.661/PE, Rel. Min. ELLEN GRACIE – HC 93.930/RJ, Rel. Min. GILMAR MENDES, v.g.), 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 mero objeto 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 então Presidente da Câmara dos Deputados, eminentíssimo Deputado Michel Temer, hoje Vice-Presidente da

República, 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)

Cabe 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.*
-

Reorrentemente, aqueles que desafiam a legitimidade do Ministério Público para proceder a diligências investigatórias na seara criminal esgrimem 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 eficacial 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** exsurgente 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.' (...)." (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, **a prerrogativa** de “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 (...)".

Vê-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 rememorar, 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 consequência, 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).

Dai a correta observação feita pelo eminente Ministro NÉRI DA SILVEIRA, quando assinalou, em seu douto voto, na condição de Relator da ADI 1.571-MC/DF que, “(...) para promover a ação penal pública, ut art. 129, I, da Lei Magna da República, pode o MP proceder às averiguações 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, Senhor Presidente, que o poder de investigar, em sede penal, também compõe a esfera de atribuições 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, 18^a ed., 1999, Forense, v.g.), cuja doutrina – construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América no célebre caso McCULLOCH v. MARYLAND (1819) – enfatiza 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.

Cabe assinalar, 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, através dela, 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 esta reconhecida com apoio na teoria dos poderes implícitos, e que permite, ao Ministério Público, adotar as medidas necessárias ao fiel cumprimento de suas funções institucionais e ao pleno exercício das competências que lhe foram outorgadas, diretamente, pela própria Constituição da República.

Não fora assim, e desde que adotada, na espécie, 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 eminent e saudoso Ministro OSWALDO TRIGUEIRO (“Os Poderes do Presidente da República”, “in” RDA, vol. 29/22):

“Nada mais lógico, portanto, do que recorrermos 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, Senhor Presidente, 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.

Tenho presente, neste ponto, 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)

Impende considerar, ante a sua extrema pertinência, as observações expedidas pelo eminentíssimo 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 sustentariam o seu pedido ao Judiciário, sob pena de ver coartado 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 supedanejar 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 sem 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 eqüidistância 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)

É importante 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 essa orientação, reconhecendo que não assiste, aos organismos policiais, o monopólio das investigações criminais, consoante exposto no duto 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 Civis, 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)

Nem se diga, de outro lado, que o reconhecimento do poder investigatório do Ministério Público poderia frustrar ou, então, 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.

Cumpre relembrar 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, por quanto todo o processo tem de ser estruturado sob a forma do contraditório para que o direito de defesa não sofra restrições indevidas. Decorrência 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), no estágio preliminar da persecução penal (“*informatio delicti*”), não autoriza a válida formulação de qualquer decisão condenatória cujo único fundamento 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 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 de 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 eminent 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).

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, impõe 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 acusação penal.

Vê-se, daí, que a 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 à garantia do contraditório, da bilateralidade do juízo e da plenitude de defesa, uma vez instaurada, em juízo, a fase processual da persecução penal.

Disso decorre que os subsídios ministrados pelas investigações policiais ou por aquelas promovidas pelo Ministério Público ou por uma Comissão Parlamentar de Inquérito, que são sempre unilaterais e inquisitivas – embora suficientes ao oferecimento da denúncia pelo Ministério Público –, não bastam, contudo, 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 eminent Professor LUIS ROBERTO BARROSO, cujo parecer ao versar a questão pertinente à investigação penal pelo Ministério Público, conclui, em manifestação aprovada pelo Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana, pela legitimidade constitucional do poder investigatório 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 4^a 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 situações específicas (quando se registrem, por exemplo, excessos cometidos pelos próprios agentes e organismos policiais, como tortura, abuso de poder, violência arbitrária ou corrupção, ou, então, nos casos em que se verifique uma intencional omissão da Polícia na apuração de determinados delitos ou se configure

o deliberado **intuito** da própria corporação policial **de frustrar**, em razão 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 eminent Professor CLÈMERSON 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 consequência: – 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 também envolve a necessidade de discutir os limites da atividade investigatória do Ministério Público, leva-me, na conclusão deste voto, a expender algumas reflexões em torno de tal matéria.

E, ao fazê-lo, devo ressaltar, desde logo, por extremamente relevante, 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, 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 próprio, considerado o privilégio 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 (RTJ 127/461 – RTJ 142/855), **nem recusar-lhe** 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, qualquer desses elementos de informação, cujo conteúdo, por referir-se ao objeto da apuração penal, deve ser tornado acessível à pessoa sob investigação.

Torna-se fundamental reconhecer que assiste 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 digam respeito à pessoa do seu cliente e que instrumentalizem prova já produzida nos autos, 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 facilita, quando solto, a assistência técnica do advogado, que este não 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 consequência 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)

Impende destacar, ainda, ante a sua inquestionável relevância, que o Ministério Público também não poderá intimar o Advogado para, na condição de testemunha, depor sobre fato relacionado com a pessoa de seu constituinte, sob pena de gravíssima transgressão à relação de confidencialidade existente entre o Advogado e o seu cliente, pois – como não se pode ignorar – esse profissional do Direito dispõe da prerrogativa de recursar-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 o E. Superior Tribunal de Justiça, em julgamento emanado de sua colenda Corte Especial, proferiu, a respeito desse tema, **decisão consubstanciada** em acórdão assim ementado:

"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)

Não custa rememorar 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

impôr 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 exigeu 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)

Cabe enfatizar, neste ponto – consideradas as observações que ora registro 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 órgãos 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 dirigida pelo Ministério Público – à semelhança do que ocorre com o próprio inquérito policial – 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 na produção da prova e na pesquisa dos fatos.

Daí porque, embora reconhecendo ao Ministério Público a possibilidade constitucional de promover, sob sua direção, investigações penais, entendo

que essa prerrogativa há de ser exercida **com estrita observância** das limitações que venho de referir.

Registro, finalmente, que os fundamentos que venho de expor nada mais refletem senão anteriores decisões **que proferi**, na colenda Segunda Turma desta Corte, sobre o litígio ora em exame, **como o revela** julgamento **consustanciado** em acórdão assim ementado:

“‘HABEAS CORPUS’ – CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS E DE CONCUSSÃO ATRIBUÍDOS A POLICIAIS CIVIS – POSSIBILIDADE DE O MINISTÉRIO PÚBLICO, FUNDADO EM INVESTIGAÇÃO POR ELE PRÓPRIO PROMOVIDA, FORMULAR DENÚNCIA CONTRA REFERIDOS AGENTES POLICIAIS – VALIDADE JURÍDICA DESSA ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA – CONDENAÇÃO PENAL IMPOSTA AOS POLICIAIS – 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 perseguitáveis 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: RE 535.478/SC, Rel. Min. ELLEN GRACIE – HC 91.661/PE, Rel. Min. ELLEN GRACIE – HC 85.419/RJ, Rel.

Min. CELSO DE MELLO – HC 89.837/DE Rel. Min. CELSO DE MELLO.

CONTROLE JURISDICIONAL DA ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO: OPONIBILIDADE 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 87.610/SC, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Eu gostaria de lembrar, Presidente, que, nessa jurisprudência que se consolida na Segunda Turma, tem-se enfatizado a necessidade de que haja a observância de ritos claros quanto à pertinência do sujeito investigado; a formalização do ato investigativo; a comunicação imediata ao Procurador Chefe, ao Procurador Geral; a autuação, numeração e controle e distribuição; publicidade dos atos; assegurar o pleno conhecimento dos atos de investigação à parte, na forma da Súmula nº 14; observar princípios e regras que orientam o inquérito e os procedimentos administrativos sancionatórios; assegurar a ampla defesa e o contraditório, e que haja prazo para a conclusão e o controle judicial.

Eu queria lembrar também um outro aspecto importante que é o fato de recentemente - e Vossa Excelência inclusive presidiu essa Sessão, no CNMP - ter-se celebrado o primeiro resultado dessa chamada estratégia nacional de segurança pública, em que se demonstrou que a investigação criminal **per se**, por exemplo, em matéria de homicídio, que era o foco daquela sessão, tem resultados extremamente tímidos. O índice de elucidação de homicídios, segundo foi apresentado, é baixo, e os estudos fixavam entre 5 e 8%. Depois dessa atividade de cooperação que envolve a atividade do Ministério da Justiça, Polícia, Ministério Público e Judiciário, houve uma ampliação significativa desses resultados. Teriam alcançado o índice de elucidação em 19%, o que mostra a necessidade dessa cooperação institucional.

Por outro lado, Presidente, há um fato grave - diria gravíssimo - nesse debate político, que vai trazer constrangimentos institucionais inclusive para esta Corte. É uma PEC que está tramitando, nesse momento, no Congresso Nacional, a qual enfatiza que a atividade de investigação criminal é tão somente da Polícia, o que vai gerar discussões a partir da missão institucional do próprio Ministério Público.

De modo que, com essas considerações, me parece que se deve dar conhecimento à Corte das decisões que têm sido tomadas na Segunda Turma.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: *Com efeito, acho importante, tal como eu próprio já o fizera neste mesmo voto, relembrar os diversos julgamentos que a colenda Segunda Turma desta Corte tem proferido a propósito do tema (HC 85.419/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 89.837/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 91.661/PE, Rel. Min. ELLEN GRACIE, v.g.).*

Sendo assim, e tendo em considerações as razões expostas, conheço deste recurso extraordinário, para negar-lhe provimento, por entender que o Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, pelos agentes do Ministério Público, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso 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 controle jurisdicional dos atos praticados pelos Promotores de Justiça e Procuradores da República.

É o meu voto.