

13/12/2011

SEGUNDA TURMA

HABEAS CORPUS 84.965 MINAS GERAIS

VOTO

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (Relator): Consoante se extrai do breve relatório, no presente *habeas corpus* a defesa requer o trancamento da ação penal, com o argumento de ilegalidade da investigação criminal realizada pelo Ministério Público e de falta de constituição do crédito tributário.

Ocorre que, em 2 de dezembro de 2004, o Min. Cezar Peluso determinou o sobrestamento da Ação Penal 0480.04.005.439-2, da comarca de Matias Barbosa, até o julgamento final deste *writ*. Destacou ser incontroversa a origem unilateral dos informativos da denúncia e que a questão de sua juridicidade está sob exame do Plenário da Corte, recomendando a prudência que se lhe aguarde o julgamento.

Incomoda-me, porém, o perverso efeito que o tempo impõe ao processo inconcluso, quer na apuração dos graves fatos noticiados, quer na sujeição indefinida dos denunciados. É por isso que trago o caso a julgamento desta Segunda Turma.

Postas essa premissas, transcrevo, por oportuno, trechos da denúncia, a fim de elucidar a causa:

“Durante o ano de 2003 até abril de 2004, na Comarca de Matias Barbosa/MG, os acusados associaram-se para, em comunhão de desígnios, cometer crimes, ora solicitando ou recebendo vantagem indevida para deixar de lançar tributo, ora alterando ou falsificando nota fiscal, de modo a simular crédito tributário. Alguns dos acusados ainda ocultaram a origem ilícita de valores obtidos com a prática criminosa.

A atividade desempenhada pelos denunciados corresponde à infiltração no aparato público da criminalidade organizada, representando a inoperância dos entes estatais no enfrentamento de práticas ilícitas, de vez que perpetrados inclusive por agentes públicos encarregados dessa repressão.

HC 84.965 / MG

A ação dos acusados consistia, basicamente, em quatro formas de agir. Na primeira, os agentes fiscais, bem como os policiais militares envolvidos, adremente combinados com empresários ou transportadores de cargas, aproveitavam de seu período de trabalho, conforme escala do Fisco Estadual, para permitir que veículos transportando cargas com destino ou originadas do Estado do Rio de Janeiro, passassem pelo posto fiscal, sem se submeter à devida fiscalização, o que permitia que não fosse lançado o imposto devido. Os transportadores apresentavam as notas fiscais, eram lançados os carimbos de fiscalização em todas as vias da nota fiscal, ficando retida no posto fiscal a via relativa à Receita Estadual, via esta que permite o lançamento do tributo. Acontece que essa via, por praxe, é depositada em um receptáculo próprio, tipo cesto, de onde é recolhida por volta das 8:00 (oito) horas do dia seguinte, para processamento. Os agentes, então, ora retiam consigo a guia pertencente ao Fisco, ora retiravam do cesto a guia ali depositada, antes que fosse computada para lançamento, simulando, para fins fiscais, que a carga acobertada por aquela nota fiscal não havia sequer entrado ou saído do Estado de Minas Gerais. Quando a carga chegava ao seu destino, havia a comunicação entre o transportador e um dos acusados, que providenciava a destruição das vias de nota fiscal, pertencentes ao Fisco.

Esse procedimento garantia que, se houvesse nova fiscalização do veículo transportador por algum posto fiscal móvel ou volante, antes que o transportador chegasse ao seu destino, não haveria suspeita sobre a fraude, porque a nota fiscal estaria regular. A simultânea destruição das notas afasta a comprovação da existência de fato gerador do tributo, proporcionando o não lançamento do tributo.

Na segunda forma de atuação, os agentes fiscais carimbavam um documento que não correspondia à nota fiscal referente à carga transportada, proporcionando que uma mesma nota fiscal emitida, mas substituída por outro documento, como um pedido, acobertasse vários

HC 84.965 / MG

carregamentos de mercadoria, com a sua reutilização, com se percebe do procedimento usado no documento de fls. 11/PA. Do mesmo modo se elide o lançamento de tributo, de vez que, para fins fiscais, a carga transportada sequer existiu, porque a nota fiscal pertencente ao Fisco não chegou a ser processada, em consequência, não houve lançamento do imposto.

Na terceira forma de agir, os acusados utilizavam notas fiscais frias, que não correspondem à real descrição das mercadorias nelas contidas ou, ainda, notas fiscais falsificadas, resultantes da composição de pessoas jurídicas de fachada, sem atividade econômica e com o único fim de possibilitar sua inscrição estadual e a emissão de notas fiscais. De posse desses documentos, emitiam essas notas fiscais, de modo a gerar crédito tributário de Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) em favor de determinadas empresas, que os utilizavam para abatimento na quantia que devem recolher ao Fisco a título de débito, ou seja, de imposto devido, numa operação de compensação tributária.

O produto adquirido por determinada empresa, como insumo de produção, gera um crédito a ser compensado com o valor devido com a alienação do objeto da produção. Acontece que, como os créditos tributários efetivamente não existem, porque as notas fiscais não correspondem à operação mercantil que descrevem, deixa de haver o recolhimento do tributo realmente devido.

Há uma quarta forma de atuação, que completa o esquema anterior, consistente no fornecimento de notas fiscais em branco, porém carimbadas pelos fiscais, de modo que poderiam ser preenchidas posteriormente, viabilizando que uma única nota fiscal acobertasse cargas diversas. As notas fiscais em branco também são trazidas do Estado do Rio de Janeiro para receberem o carimbo.

Alguns acusados ainda encobriam suas atividades ilícitas, num processo de lavagem de dinheiro indevidamente obtido pelos serviços escusos prestados, utilizando-se de interpostas pessoas para a posse da remuneração recebida em virtude do

HC 84.965 / MG

não lançamento do imposto. Assim, ora utilizavam-se de terceiros, para que houvesse o depósito de valores nas contas desses e não dos próprios acusados, ora deixavam dinheiro em espécie na guarda de terceira pessoa”.

Reitero que, segundo se infere dos autos, diante de ofício oriundo da Corregedoria da Secretaria de Estado de Fazenda dando conta da participação de servidores lotados em sua estrutura em práticas supostamente criminosas, a Promotoria de Justiça de Combate ao Crime Organizado do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, com fundamento no art. 26, I, da Lei 8.625/93 e no art. 67, I, da LC 34/94, instaurou procedimento administrativo investigatório (fls. 32-33).

A questão ora submetida a julgamento não é nova, é polêmica, apresenta posições bem delineadas e em sentidos diametralmente opostos.

Uma primeira corrente, contrariamente à possibilidade de o Ministério Público promover procedimentos administrativos investigatórios, aduz, em síntese, que:

a) a atividade investigatória, consoante o artigo 144, § 1º, IV, e § 4º, da Constituição Federal, é exclusiva da polícia judiciária.

b) a investigação procedida pelo *Parquet* viola o sistema acusatório, porquanto promove um desequilíbrio entre acusação e defesa.

c) o *Parquet* tem o poder de requisitar diligências ou a instauração de inquéritos policiais, mas jamais de presidi-los, nos termos do art. 129, III, da CF.

d) a inexistência de previsão legal de instrumento hábil a permitir e demarcar os limites das investigações.

Desse grupo, destaco o seguinte excerto da obra “Ministério Público e Investigação Criminal”, de Rogério Lauria Tucci:

“É de ser anotada, a tal propósito, desde logo, a asserção de que o poder investigatório seria concedido, ao Ministério Público, pela própria Constituição Federal, nos incs. I, VI, VIII e IX do art. 129; e, portanto, seria um contra-senso negá-lo ao

HC 84.965 / MG

titular da ação penal, encarregado de formar a *opinio delicti* e promover em juízo a defesa do *ius puniendi* do Estado.

Acresce, nesse particular, ao que já foi explanado, em sentido oposto, que, sobre inexistir, na realidade, essa pretendida concessão, o fato de ser o Ministério Público titular da ação, na defesa do interesse punitivo estatal, mostra-se, ele próprio, inibidor da sua atuação investigatória, posto que, como logo acima ressaltado, manifestamente interessado na colheita de prova desfavorável ao investigado, e, reflexivamente, desinteressado da que lhe possa beneficiar.

Dúvida alguma pode haver acerca dessa realidade, de sorte a restar ilusório o alvitre de uma investigação escorreita, pelo órgão ministerial, assim orientado, por amor à obra então realizada, a um desfecho exitoso do procedimento inquisitorial a seu cargo.

Ademais, o fato de ser possível a verificação da prática de infração penal, em autos de inquérito civil, a cargo do Ministério Público, não obsta a que, com os elementos eventualmente colhidos, se proceda, em seqüência, à apuração regular da materialidade do fato e respectiva autoria: até mesmo o órgão jurisdicional, por força do disposto no art. 40 do CPP, ao invés de proceder, diretamente, a investigação, deve remeter os respectivos autos ou papéis ao Ministério Público, para que este, se for o caso, requisite a instauração de inquérito policial.

De outra banda, e como, igualmente, salientado, as outras espécies de investigação, que não a policial, em voga, ostentam respaldo constitucional inquestionável, determinante da atribuição deferida a outras autoridades, tanto administrativas, como dos Poderes Judiciário e Legislativo.

E nem se venha dizer, por fim, que a negação desse tão almejado poder ministerial importaria em sobrelevação das atribuições conferidas à Polícia Judiciária, cuja atuação estaria comprometida em variadas circunstâncias, e. g. em relação à apuração de infrações penais cometidas por agentes policiais.

Tendo-se, necessariamente, presente que as autoridades

HC 84.965 / MG

policiais, assim como os membros do Ministério Público, atuam, normalmente, com zelo e diligência, bem é de ver que a repartição das atribuições estabelecidas para os agentes da persecução penal, presta-se à determinação dos lindes das respectivas atuações, ambas igualmente importantes e necessariamente conjugadas, em prol do resultado visado pelo legislador constituinte, ao diversificá-las”. – (Rogério Lauria Tucci, “Ministério Público e Investigação Criminal”, RT, São, 2004, p. 85-86).

Em sentido contrário, negando as premissas anteriores, o entendimento favorável ao poder de investigação do Ministério Público:

a) a atividade investigatória não é exclusiva da polícia judiciária, pois o próprio Código de Processo Penal prevê, em seu art. 4º, parágrafo único, que a competência da polícia judiciária não excluirá a de autoridades administrativas a quem por lei seja cometida a mesma função.

b) não há de se falar em violação ao sistema acusatório, na medida em que os elementos de informações colhidos pelo Ministério Público deverão ser submetidos ao crivo do contraditório e da ampla defesa perante a autoridade judiciária.

c) teoria dos poderes implícitos.

d) a Resolução 13 do CNMP delimita o procedimento investigatório promovido pelo *Parquet*.

Nesse sentido concluem Lenio Luiz Streck e Luciano Feldens:

“Parece não restar qualquer dúvida que a Constituição de 1988 representa uma ruptura paradigmática em nosso País. Trata-se de uma Constituição que se alinha na contemporânea tradição das constituições dirigentes e compromissárias, estabelecendo em seu texto - e em sua principiologia - os mecanismos aptos ao resgate das promessas da modernidade insculpidas no seu núcleo político essencial, que aponta para a construção de um Estado Social e Democrático de Direito. É desses mecanismos que o Estado - e as Instituições

HC 84.965 / MG

encarregadas constitucionalmente da consecução desse desiderato - não pode abrir mão, sob pena de 'demitir-se de sua função precípua', para recorrer às palavras de BAPTISTA MACHADO referidas anteriormente.

Entretanto, textos jurídicos, considerados em si-mesmos, pouco ou nada significam. Textos descontextualizados historicamente nada (as)seguram. A experiência ensina - diz FERRAJOLI - que 'nenhuma garantia jurídica pode reger-se exclusivamente por normas; que nenhum direito fundamental pode concretamente sobreviver se não é apoiado pela luta por sua atuação da parte de quem é seu titular e pela solidariedade com esta, de forças políticas e sociais; que, em suma, um sistema jurídico, porquanto tecnicamente perfeito, não pode por si só garantir nada'. Contrariamente, escreveu VITTORIO EMANUELE ORLANDO, 'nenhuma pessoa de bom senso crerá que uma simples mudança de uma ou mais leis poderia bastar para que o cidadão inglês do século XX venha a encontrar-se, em face de seu soberano, na mesma condição dos súditos do imperador de Uganda.'

Assim, de nada adianta todo o arcabouço jurídico-constitucional, forjado a partir do processo constituinte de 1986-88, apontar para um Estado Democrático de Direito, que traz ínsito um *plus* normativo, superador das concepções anteriores de Direito e de Estado (Liberal e Social), se, no conjunto das práticas dos juristas, não se constituir um substrato político, material e cultural, apto a concretizar essa normatividade. Trata-se, pois, de uma questão recorrente, representada pela discussão da crise de paradigmas: é preciso triunfar sobre a tradição sob pena de fracassarmos por causa dela!

É nesse contexto que entendemos que a decisão lançada pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito do RHC 81.326-DF não se coaduna com o conjunto de princípios e normas que constituem o arcabouço constitucional brasileiro. Antes disso, parece atender a outras determinantes, mais aproximadas a razões de natureza política (em sentido lato).

Deveras, são conhecidos os conflitos gerados entre Polícia

HC 84.965 / MG

e Ministério Público a partir do reconhecimento normativo de que também este órgão teria poderes para efetuar diligências investigatórias. Chegou-se a falar em 'invasão' de atribuições ou mesmo 'usurpação' de funções da Polícia por parte do Ministério Público. Afastadas metáforas ou hipérboles que em nada contribuem ao alcance de uma solução racional - até porque problemas corporativos têm sede distinta, que não a judiciária, para sua resolução -, não podemos negar o óbvio: é possível que em determinados casos tenhamos, a partir da co-legitimação de órgãos de Estado, uma duplicidade investigações.

Pois o problema reside exatamente neste ponto: consiste em estabelecermos um espaço teórico-discursivo dentro do qual possamos concluir se, da possibilidade de verificar-se tal situação, deveremos ter, como solução de gênero, a ab-rogação das prerrogativas investigatórias do ministério Público (conclusão a que chega a decisão prolatada no RHC 81.326-DF) ou, diversamente, se eventual 'excesso' por parte deste ou daquele órgão no exercício de suas atribuições não estaria a melhor comportar uma análise concreta (caso a caso) acerca de sua ocorrência, abrindo caminho, pois, a uma solução de espécie.

A lógica que impera sobre o sistema aponta para a segunda hipótese. Ora, existindo mecanismos ágeis e eficazes destinados à correção de abusos muitas vezes imputados aos agentes do Ministério Público - certamente não em maior número que aqueles imputados à própria Polícia -, e o *habeas corpus* e o mandado de segurança são os exemplos mais eloqüentes, o que não parece razoável é abortar-se *ab initio* a investigação criminal, concluindo-se pela invalidação de diligências investigatórias pelo exclusivo fato de haverem sido realizadas pelo Ministério Público, nada obstante sua inquestionável base normativa e o interesse público despontante dessa atividade.

Considere-se, ainda, que a investigação criminal exercida pelo Ministério Público não se consubstancia como uma regra

HC 84.965 / MG

geral. Melhor seria dizê-la confortada no plano da necessidade circunstancial. No mais das vezes, seu desencadeamento decorre ou da inconveniência casuística da instauração de um procedimento amplo como o inquérito policial ou mesmo da omissão da Polícia na investigação de determinados delitos, notadamente quando envolvidos agentes policiais.

O que aqui se preconiza, enfim, não é um 'Ministério Público-policial', a dar ensejo à figura de um procurador/promotor 'investigador por excelência'; quanto menos um Estado 'big brother', panóptico ante os meios social e individual. Sustenta-se, isto sim, com substrato na Constituição e na legislação vigente (e válida), a destruição de dogmas que apenas servem para alimentar feudos corporativos há muito inexistentes no Direito comparado.

Nesse sentido, curioso notar-se que ao revés do que se passa no Brasil, na Europa processa-se fenômeno nitidamente distinto. Sofrida pelo terrorismo e - em alguns países mais que em outros - pela corrupção política, bem assim temerosa em relação à danosidade decorrente da criminalidade econômica (muito especialmente em face do delito de 'lavagem de dinheiro', a exigir tratamento uniforme no âmbito comunitário), já se fala, naquela ordem de domínio, em princípio da universalização da investigação, inclusive mediante a criação de organismos supranacionais ao desempenho de tal atividade, concêntricos e mais amplos em relação aos que já existem no âmbito interno de cada nação. Considerado o nível de democracia atingido pelo modelo político europeu, tudo o que não se poderia fazer seria acoimá-lo de retrógrado.

No caso do Brasil, rigorosamente nada - nem jurídica, nem política, nem pragmaticamente - justifica a concentração da atividade investigatória nas mãos de um só órgão de Estado, ainda que a este se atribua, com primazia, o exercício de tal função.

O essencial, repetimos, é que existam mecanismos hábeis à efetivação de um controle sobre as diligências investigatórias conduzidas pelo Ministério Público. Em existindo, como de fato

HC 84.965 / MG

existem, tais estruturas de controle - ressalte-se, com proeminência, o controle jurisdicional -, elevadas razões jurídicas (art. 129, I e IX, da CRFB, c/c arts. 8º, V, da LC n.º 75/93, 26, da Lei n.º 8.625/93, e 4º, parágrafo único, do CPP), bem como o interesse público inerente à atividade investigatória, estão a justificar a sua realização pelo Ministério Público.

Numa palavra: é preciso ter claro que a discussão acerca do alcance da dicção do comando constitucional que aponta para a legitimidade de o Ministério Público realizar diligências investigatórias em matéria criminal não prescinde de uma análise do conjunto principiológico da Constituição, compreendida a partir da revolução copernicana que atravessou o Direito Constitucional no segundo pós-guerra, e que deixou marcas indeléveis nas democracias contemporâneas. Todo Estado de Direito passa a ser compreendido como Estado Constitucional, isto porque este é mais do que aquele. A Constituição passa a ser o estatuto jurídico do político. Mais do que isto, a Constituição constitui-se em remédio contra maiorias eventuais. Nesse contexto, torna-se necessário ter presente as alterações ocorridas no perfil do Estado e - naquilo que mais nos interessa neste debate - do Direito Penal, questões que se refletem no Poder Judiciário e especialmente no Ministério Público.

A matéria merece, pois, um banho de imersão constitucional. E isto implica superar paradigmas. Não é mais possível sustentar uma tradição assentada nos modelos investigativos que remontam à década de 40 do século passado. Naquele modelo, estava-se diante de um Estado autoritário, em que o Poder Judiciário e o Ministério Público longe estavam de qualquer autonomia e independência frente aos demais poderes. Afinal, ao Estado interessava o combate aos delitos de índole interindividual, com nítida preponderância aos crimes contra o patrimônio privado. Esse quadro - agravado por mais de duas décadas de ditadura militar - somente recebe novos contornos em 1988, quando o Brasil ingressa no universo dos

HC 84.965 / MG

países que adotaram o modelo de Constituição dirigente e compromissária, plasmando, no seu texto, instituições e mecanismos aptos a implementar direitos historicamente sonegados à Sociedade.

Daí o alerta de CANOTILHO, que chama a atenção para o fato de que a iluminação de muitos problemas jurídico-constitucionais carece (ainda) de um *background* explicativo e justificativo que só pode ser fornecido por uma reflexão teórica sobre o próprio Direito Constitucional. Não é possível, por exemplo, discutir o conceito de Constituição sem se falar em 'teorias da Constituição'. Seria metodologicamente empobrecedora uma análise dos direitos fundamentais sem uma exposição das 'teorias dos direitos fundamentais'. No mesmo sentido, aduz o mestre coimbrano, abordar o princípio democrático sem o suporte teórico das 'teorias da democracia'. Sem as teorias de NEWTON não se teria chegado à Lua - assim o diz e demonstra SAGAN; sem o húmus teórico, o Direito Constitucional dificilmente passará de vegetação rasteira, ao sabor dos 'ventos', dos 'muros' e da eficácia.

Do mesmo modo, não é possível analisar o texto constitucional - naquilo que diz respeito à atuação do Ministério Público no combate à criminalidade - sem recorrer às teorias do Estado e do Direito, ínsitas a qualquer teoria da Constituição. Consequentemente, toda e qualquer interpretação acerca da função investigatória do Ministério Público deve ser feita com os olhos voltados àquilo que o constitucionalismo contemporâneo nos legou: um Direito e um Estado com novos perfis.

Ou seja, os modelos de Estado e de Direito da década de 40, que forjaram a tradição de 'legitimidade investigatória policial', são absolutamente discrepantes dos atuais modelos jurídico-estatais. O processo constituinte de 1986-88, que complementa a transição do regime autoritário ao regime democrático, passa a ser um marco interruptivo nesse modelo de investigação policial e de direito processual penal.

Por isto, a problemática relacionada à função investigativa

HC 84.965 / MG

do Ministério Público assunte um viés nitidamente constitucional. Fazer o contrário é reduzir o problema ao plano (inferior) da infraconstitucionalidade. É como se, em vez de interpretarmos as leis em conformidade com a Constituição, passássemos a interpretar a Constituição em conformidade com as leis e, quiçá, com leis anteriores a Constituição, o que implicaria fazer uma leitura inconstitucional da própria Constituição!" – (Lenio Luiz Streck e Luciano Feldens, *Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público, Forense, Rio de Janeiro, 2003, p. 106-116*).

O próprio Supremo Tribunal Federal não logrou, ainda, firmar orientação dominante.

Ao analisar a controvérsia no âmbito do RE 205.473/AL, a Segunda Turma, em julgamento realizado em 15 de dezembro de 1998, reputou não caber ao membro do Ministério Público realizar, diretamente, investigações tendentes à apuração de infrações penais, mas somente requisitá-las à autoridade policial, competente para tal, nos termos do art. 144, §§ 1º e 4º.

No julgamento do RHC 81.326/DF, de relatoria do Min. Nelson Jobim, a Segunda Turma voltou a reafirmar que a *"Constituição Federal dotou o Ministério Público do poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (CF, art. 129, VIII). A norma constitucional não contemplou a possibilidade de o Parquet realizar e presidir inquérito policial. Não cabe, portanto, aos seus membros inquirir diretamente pessoas suspeitas de autoria de crime. Mas requisitar diligência nesse sentido à autoridade policial. Precedentes. O recorrente é delegado de polícia e, portanto, autoridade administrativa. Seus atos estão sujeitos aos órgãos hierárquicos próprios da Corporação, Chefia de Polícia, Corregedoria"*. – (RHC 81.326/DF, Rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 1.8.2003).

Em decisões mais recentes, todavia, é possível encontrar posicionamento diverso, permitindo ao Ministério Público promover, por autoridade própria, investigações de natureza penal.

Em processo de relatoria da Min. Ellen Gracie (HC 91.661/PE), a

HC 84.965 / MG

Segunda Turma, à unanimidade, asseverou que o “*art. 129, inciso I, da Constituição Federal, atribui ao Parquet a privatividade na promoção da ação penal pública. Do seu turno, o Código de Processo Penal estabelece que o inquérito policial é dispensável, já que o Ministério Público pode embasar seu pedido em peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia. Ora, é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos ‘poderes implícitos’, segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Se a atividade fim – promoção da ação penal pública – foi outorgada ao Parquet em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que ‘peças de informação’ embasem a denúncia*”.

Posteriormente, no julgamento do HC 89.837/DF, a Segunda Turma voltou a reafirmar essa orientação. Por oportuno, transcrevo trecho do voto proferido pelo relator, Min. Celso de Mello:

“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”.

Por fim, cabe observar que o Tribunal reconheceu, no RE 593.727/MG, a repercussão geral da matéria.

Postas essas premissas, tenho para mim que, nesta quadra do direito constitucional, enquanto não sobrevier decisão do Supremo Tribunal Federal estabelecendo os exatos contornos e limites dessa atividade, é lícito ao Ministério Público investigar, obedecidos os limites e os controles ínsitos a essa atuação.

HC 84.965 / MG

Não há controvérsia na doutrina ou na jurisprudência no sentido de que o poder de investigação é inerente ao exercício das funções da polícia judiciária – Civil e Federal –, nos termos do art. 144, § 1º, IV, e § 4º, da CF. E, como destaca o Min. Celso de Mello, *“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”* (HC 89.837 - DF).

A celeuma que se cria em torno da *exclusividade* do poder de investigação da polícia judiciária, sem adentrar o campo da argumentação não jurídica, perpassa a dispensabilidade do inquérito policial para o ajuizamento da ação penal e o poder de produzir provas conferido às partes.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente acentuado ser dispensável, ao oferecimento da denúncia, a prévia instauração de inquérito policial, desde que evidente a materialidade do fato delituoso e presentes indícios de autoria (HC 63.213/SP, rel. Min. Néri da Silveira, Primeira Turma, DJ 26.2.1988; HC 63.213/SC, rel. Min. Néri da Silveira, Segunda Turma, DJ 3.3.2000).

Dessa forma, considerando o poder-dever conferido ao Ministério Público na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, da CF), afigura-me indissociável às suas funções relativa autonomia para colheita de elementos de prova como, de fato, lhe confere a legislação infraconstitucional.

É ínsito ao sistema dialético de processo, concebido para o estado democrático de direito, a faculdade de a parte colher, por si própria, elementos de prova hábeis para defesa de seus interesses. E, nessa quadra, não poderia ser diferente com relação ao MP que tem, friso, o poder-dever da defesa da ordem jurídica.

E não se confundem eventuais diligências realizadas pelo Ministério Público em procedimento por ele instaurado com o inquérito policial. E

HC 84.965 / MG

essa atividade preparatória, consentânea com a responsabilidade do poder acusatório, não interfere na relação de equilíbrio entre acusação e defesa, na medida em que não está imune ao controle judicial – simultâneo ou posterior.

Importante mais uma vez advertir que a atividade investigatória não é exclusiva da polícia judiciária. O próprio constituinte originário, ao delimitar o poder investigatório das comissões parlamentares de inquérito (CF, art. 58, § 3º), pareceu encampar esse entendimento.

Raciocínio diverso – exclusividade das investigações efetuadas por organismos policiais – levaria à conclusão absurda de que também outras instituições, e não somente o Ministério Público, estariam impossibilitadas de exercer atos investigatórios, o que é de todo inconcebível.

Por outro lado, o próprio Código de Processo Penal, em seu art. 4º, parágrafo único, dispõe que a apuração das infrações penais e sua autoria não excluirá a competência de autoridades administrativas a quem por lei seja cometida a mesma função.

À guisa de exemplo, cito, entre outras, a atuação das comissões parlamentares de inquérito (CF, art. 58, § 3º), as investigações realizadas pelo Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF (Lei 9.613/98), pela Receita Federal, pelo Bacen, pela CVM, pelo TCU, pelo INSS e, por que não lembrar, *mutatis mutandis*, as sindicâncias e os processos administrativos no âmbito dos poderes do Estado.

Na linha do entendimento que venho expor, convém destacar excerto do voto proferido pelo Min. Celso de Mello no HC 89.837/DF:

“Mostra-se importante assinalar, nessa linha de pensamento, que a *instituição policial*, **qualquer que seja a dimensão política em que se ache estruturada (**quer** no âmbito da União, **quer** no dos Estados-membros), **não detém**, em nosso sistema normativo, **o monopólio** da competência investigatória **em matéria penal**, pois – **tal como observa** BRUNO CALABRICH (**“Investigação Criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais”**, p. 103/104,**

HC 84.965 / MG

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

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

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

Todo esse rol (...) não é exaustivo, nada impedindo, ademais, que outras leis prevejam a atribuição investigatória de outros órgãos, desde que sua natureza e função se harmonizem com a estrutura constitucional em que se inserem. – (HC 89.837/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe

HC 84.965 / MG

19.11.2009).

Porém, convém advertir que o poder de investigar do Ministério Público não pode ser exercido de forma ampla e irrestrita, sem qualquer controle, sob pena de agredir, inevitavelmente, direitos fundamentais. A atividade de investigação, seja ela exercida pela Polícia ou pelo Ministério Público, merece, por sua própria natureza, vigilância e controle.

Embora não esteja em causa neste *habeas corpus*, é salutar observar que não se justifica a existência de toda uma estrutura de controle para realização de atos investigativos por parte da autoridade policial, sem que se fale em idêntica estrutura e procedimento para investigações conduzidas pelo Ministério Público.

Daí, o entendimento de que as investigações realizadas no seio daquela Instituição devam ser, necessariamente, subsidiárias, ocorrendo, apenas, quando não for possível, ou recomendável, se efetivem pela própria polícia.

Note-se que caberá, sempre, ao Ministério Público, o controle externo da atividade policial, o que implica a natural participação do *Parquet* no controle das investigações realizadas.

Nessa linha de argumentação, percebo que só se justifica constitucionalmente o exercício da função investigativa, por quem não possui essa função constitucional precípua, a partir do reconhecimento do aspecto subsidiário dessa atividade.

O mesmo diga-se da amplitude dessa atuação. Se à polícia não é dado realizar investigações sem que haja pertinência do sujeito investigador com a base territorial e com a natureza do fato investigado, também não é razoável admitir que qualquer órgão do Ministério Público possa, a seu talante, instaurar investigação contra quem quer que seja.

Uma central de investigações em cada Ministério Público, não apenas para controlar externamente a atividade policial, como também para realizar as investigações subsidiárias que se fizerem necessárias, é um consectário dessa diferenciação funcional que emana da Constituição Federal.

Por outro lado, veja-se que o pleno conhecimento dos atos de

HC 84.965 / MG

investigação, como bem afirmado na Súmula Vinculante 14, exige não apenas que a essas investigações se aplique o princípio do amplo conhecimento de provas e investigações, como também se formalize o ato investigativo. Para tanto, é obrigatório que se emita um ato formal de instauração de procedimento administrativo penal no Ministério Público.

Não é razoável que se dê menos formalismo à investigação do Ministério Público do que aquele exigido para as investigações policiais. Menos razoável ainda é que se mitigue o princípio da ampla defesa quando for o caso de investigação conduzida pelo titular da ação penal.

Isso deve ser assim porque todas as regras que estão estabelecidas para o inquérito policial devem ser observadas para os processos administrativos que impliquem, no futuro, investigações de natureza penal ou ação penal propriamente dita.

Tal como ressaltado pelo eminente prof. Luís Roberto Barroso, em parecer encaminhado pela Secretaria de Direitos Humanos nos autos do INQ. 1968, fl. 21, *“não é desimportante lembrar que a Polícia sujeita-se ao controle do Ministério Público. Mas se o Ministério Público desempenhar, de maneira ampla e difusa, o papel da Polícia, quem irá fiscalizá-lo?”*.

Compartilhando dessa mesma preocupação, o Min. Celso de Mello teve a oportunidade de aduzir as seguintes ponderações a respeito da questão (HC 89.837/DF):

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

Isso significa que a unilateralidade das investigações **preparatórias** da ação penal **não autoriza** o Ministério Público – **tanto quanto** a própria Polícia Judiciária – **a desrespeitar** as garantias jurídicas **que assistem** ao suspeito **e** ao indiciado, **que não mais** podem ser considerados meros objetos de

HC 84.965 / MG

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”. – (HC 89.837/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 19.11.2009).

É certo, também, que a instalação de eventual concorrência entre os órgãos envolvidos pode comprometer a efetividade da apuração criminal, com sérios prejuízos para todos. A informalidade de um sistema investigatório, a criação de procedimentos informais podem acarretar, por seu turno, graves danos à proteção dos direitos individuais.

Transcrevo, no ponto, as severas críticas de Pacelli:

“O que deveria ser uma cooperação para o mais adequado exercício de funções públicas, como se esperaria dos poderes constituídos, tornou-se um imenso imbróglio, no qual os argumentos nem sempre conseguem escamotear o fato de tratar-se de pendengas de interesses meramente institucionais/corporativos”. (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de & Fischer, Douglas. Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência. 3ª ed., pg. 11. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011).

As previsões constitucionais que disciplinam a persecução penal não

HC 84.965 / MG

admitem uma atuação estatal arbitrária. Por isso, a necessidade de regras garantidoras da participação do atingido, assim como aquelas que definem critérios para a investigação pelo Ministério Público.

Nesse sentido, colho as ponderações de Lenio Luiz Streck e Luciano Feldens que assentam que o essencial *“é que existam mecanismos hábeis à efetivação de um controle sobre as diligências investigatórias conduzidas pelo Ministério Público. Em existindo, como de fato existem, tais estruturas de controle – ressalte-se, com proeminência, o controle jurisdicional –, elevadas razões jurídicas (art. 129, I e IX, da CRFB, c/c arts. 8º, V, da LC n.º 75/93, 26, da Lei n.º 8.625/93, e 4º, parágrafo único, do CPP), bem como o interesse público inerente à atividade investigatória, estão a justificar a sua realização pelo Ministério Público”* – (Lenio Luiz Streck e Luciano Feldens, Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público, Forense, Rio de Janeiro, 2003, p. 106-116).

Lembro, nesse ponto, que o inquérito policial é concebido, também, como instrumento de garantia do acusado. Não obstante a ausência do contraditório, não deixa o inquérito policial de representar um procedimento legal de mediação entre o interesse do acusado e o direito de punir do Estado. Daí, a existência de garantias mínimas ao acusado, tais como a existência de prazos, a supervisão judicial, a ciência das partes e a possibilidade de acompanhamento por meio de advogado.

Disso tudo resulta que o tema comporta e reclama disciplina legal, para que a ação do Estado não resulte prejudicada e não prejudique a defesa dos direitos fundamentais. É que esse campo tem-se prestado a abusos. Tudo isso é resultado de um contexto de falta de lei a regulamentar a atuação do Ministério Público.

Entendo que, em alguns casos, eventuais diligências poderiam ser admitidas. Se o Ministério Público recebe informações da Receita Federal ou do Banco Central, estaria impedido de requerer diligências complementares? Não me parece que a resposta seja, necessariamente, negativa. A ausência de uma disciplina normativa não invalida toda e qualquer atuação do Ministério Público, especialmente se ligada a elementos probatórios já existentes.

HC 84.965 / MG

Não obstante, no modelo atual, não entendo possível aceitar que o Ministério Público substitua a atividade policial incondicionalmente. Pela percuciente e judiciosa explanação, adiro ao já asseverado pelo Min. Celso de Mello no HC 89.837-DF:

“Reconheço, pois, que se reveste de legitimidade constitucional o poder de o Ministério Público, por direito próprio, promover investigações penais, sempre sob a égide do princípio da subsidiariedade, destinadas a permitir, aos membros do ‘Parquet’, em hipóteses específicas (quando se registrarem, por exemplo, situações de lesão ao patrimônio público ou, então, como na espécie, excessos cometidos pelos próprios agentes e organismos policiais, como tortura, abuso de poder, violências arbitrárias, concussão ou corrupção, ou, ainda, nos casos em que se verificar uma intencional omissão da Polícia na apuração de determinados delitos ou se configurar o deliberado intuito da própria corporação policial de frustrar, em função da qualidade da vítima ou da condição do suspeito, a adequada apuração de determinadas infrações penais), a possibilidade de coligir dados informativos para o ulterior desempenho, por Promotores e Procuradores, de sua atividade persecutória em juízo penal”. – (HC 89.837/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 19.11.2009).

No caso concreto, constata-se situação excepcionalíssima que, a meu ver, justifica a atuação do Ministério Público na coleta das provas que fundamentam a ação penal, tendo em vista a investigação encetada sobre suposto crime cometido por servidores públicos, inclusive policiais militares.

Ressalto que, em caso análogo ao dos autos, tive a oportunidade de sufragar entendimento no sentido do que venho expor. Refiro-me ao HC 93.930/RJ (DJe 3.2.2011), o qual tratava de investigação encetada sobre suposto crime de tortura cometido por policiais militares contra adolescentes apreendidos na posse de substância entorpecente. Dada a excepcionalidade do caso, reputei lícito o procedimento administrativo

HC 84.965 / MG

investigatório adotado pelo *Parquet*.

Não é demais observar que essa atividade supletiva do Ministério Público, ante a possibilidade de favorecimento aos investigados, vem sendo aceita em recentes pronunciamentos desta Corte, destacando-se os seguintes precedentes:

“*HABEAS CORPUS*. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA. EXISTÊNCIA DE SUPORTE PROBATÓRIO MÍNIMO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. POSSIBILIDADE DE INVESTIGAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. DELITOS PRATICADOS POR POLICIAIS. ORDEM DENEGADA. 1. A presente impetração visa o trancamento de ação penal movida em face dos pacientes, sob a alegação de falta de justa causa e de ilicitude da denúncia por estar amparada em depoimentos colhidos pelo ministério público. 2. A denúncia foi lastreada em documentos (termos circunstanciados) e depoimentos de diversas testemunhas, que garantiram suporte probatório mínimo para a deflagração da ação penal em face dos pacientes. 3. A alegação de que os pacientes apenas cumpriram ordem de superior hierárquico ultrapassa os estreitos limites do *habeas corpus*, eis que envolve, necessariamente, reexame do conjunto fático-probatório. 4. Esta Corte tem orientação pacífica no sentido da incompatibilidade do *habeas corpus* quando houver necessidade de apurado reexame de fatos e provas (HC n. 89.877/ES, rel. Min. Eros Grau, DJ 15.12.2006), não podendo o remédio constitucional do *habeas corpus* servir como espécie de recurso que devolva completamente toda a matéria decidida pelas instâncias ordinárias ao Supremo Tribunal Federal. 5. É perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito. Tal conclusão não significa retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (arts. 129 e 144) de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a

HC 84.965 / MG

correta e regular apuração dos fatos supostamente delituosos, mas também a formação da *opinio delicti*. 6. O art. 129, inciso I, da Constituição Federal, atribui ao *Parquet* a privatividade na promoção da ação penal pública. Do seu turno, o Código de Processo Penal estabelece que o inquérito policial é dispensável, já que o Ministério Público pode embasar seu pedido em peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia. 7. Ora, é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos 'poderes implícitos', segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Se a atividade fim - promoção da ação penal pública - foi outorgada ao *Parquet* em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que 'peças de informação' embasem a denúncia. 8. Cabe ressaltar, que, no presente caso, os delitos descritos na denúncia teriam sido praticados por policiais, o que, também, justifica a colheita dos depoimentos das vítimas pelo Ministério Público. 9. Ante o exposto, denego a ordem de *habeas corpus*." - (HC n. 91.661/PE, 2ª Turma, rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 10 de março de 2009).

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

HC 84.965 / MG

TRIGUEIRO, v.g.) – OUTORGA, AO MINISTÉRIO PÚBLICO, PELA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, DO PODER DE CONTROLE EXTERNO SOBRE A ATIVIDADE POLICIAL – LIMITAÇÕES DE ORDEM JURÍDICA AO PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – ‘HABEAS CORPUS’ INDEFERIDO.

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

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

- **A investigação penal**, quando realizada por organismos policiais, **será sempre dirigida** por autoridade policial, **a quem igualmente competirá** exercer, **com exclusividade**, **a presidência** do respectivo inquérito.

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

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

HC 84.965 / MG

- **Ainda** que inexistam **qualquer** investigação penal **promovida** pela Polícia Judiciária, o Ministério Público, **mesmo** assim, **pode** fazer instaurar, **validamente**, a pertinente “*persecutio criminis in iudicio*”, **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.

HC 84.965 / MG

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

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

- O Ministério Público, sem prejuízo da fiscalização intra-organica 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

HC 84.965 / MG

subsídios probatórios **coligidos** no curso da investigação, **não podendo**, o “Parquet”, **sonegar, selecionar ou deixar de juntar** aos autos, **quaisquer** desses elementos de informação, **cujo conteúdo**, por referir-se ao objeto da apuração penal, **deve ser tornado acessível** tanto à pessoa sob investigação **quanto** ao seu Advogado.

- **O regime de sigilo**, sempre excepcional, **eventualmente prevalecente** no contexto de investigação penal **promovida** pelo Ministério Público, **não se revelará oponível** ao investigado e ao Advogado por este constituído, **que terão direito** de acesso – **considerado** o princípio da comunhão das provas – **a todos** os elementos de informação que **já tenham** sido formalmente incorporados aos autos do respectivo procedimento investigatório.” – (HC 89.837/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 19.11.2009).

Dessa forma, não observo qualquer nulidade na atuação investigativa do Ministério Público, nos termos em que ela se deu no presente caso.

Por fim, melhor sorte não assiste à defesa na parte em que sustenta a ilegalidade da investigação criminal ante a falta de constituição definitiva do crédito tributário. Explico.

Em princípio, atesto que a decisão definitiva do processo administrativo consubstancia uma condição objetiva de punibilidade. Em outras palavras, não se pode afirmar a existência, tampouco fixar o montante da obrigação tributária, até que haja o efeito preclusivo da decisão final administrativa.

Vale ressaltar que, de fato, a partir do precedente firmado no HC 81.611/DF, formou-se, nesta Corte, jurisprudência remansosa no sentido de que o crime de sonegação fiscal (art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990) somente se consuma com o lançamento definitivo. É que, em razão da pendência de recurso administrativo perante as autoridades fazendárias, não se pode falar em crime, nem em justa causa para persecução penal.

Nesse mesmo sentido, por oportuno, cito precedentes firmados pelo

HC 84.965 / MG

Tribunal Pleno (HC no 81.611-DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 10.12.2003, acórdão ainda não publicado, noticiado no Informativo no 333); pela Primeira Turma (HC 83.414-RS, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ de 23.04.2004, e AI 419.578-SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 27.08.2004); e por esta Segunda Turma (HC 84.092-CE, rel. Min. Celso de Mello, DJ de 3.12.2004).

De tão pacífica a jurisprudência, esse entendimento está representado na Súmula Vinculante 24, nos seguintes termos: “*Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo*”.

Ocorre que, na hipótese dos autos, tenho para mim que não há que se falar na aplicação da jurisprudência firmada por esta Corte por ocasião do julgamento do HC 81.611/DF (falta de justa causa para a ação penal instaurada para apurar delito de sonegação fiscal quando ainda não exaurida a via administrativa e, por conseguinte, não constituído, definitivamente, o crédito tributário).

É que o presente caso não versa, propriamente, sonegação de tributos, mas, sim, crimes supostamente praticados por servidores públicos em detrimento da administração tributária. Anoto que o procedimento investigatório foi instaurado pelo *Parquet* com o escopo de apurar o envolvimento de servidores públicos da Receita estadual na prática de atos criminosos, ora solicitando ou recebendo vantagem indevida para deixar de lançar tributo, ora alterando ou falsificando nota fiscal, de modo a simular crédito tributário.

Após apurações levadas a efeito pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, foi oferecida denúncia contra 16 (dezesseis) pessoas, sendo 11 (onze) delas fiscais da Receita Estadual, outros 2 (dois) policiais militares, 2 (dois) advogados e 1 (um) empresário. A eles o *Parquet* imputou a suposta prática dos crimes previstos no art. 1º, IV, e no art. 3º, II, da Lei 8.137/90, c/c o art. 29, do CP, art. 1º, c/c o seu § 4º, da Lei 9.613/98, art. 288 do CP, na forma do art. 71 e 69, ambos do CP.

No intuito de elucidar a excepcionalidade do caso, transcrevo trecho da manifestação do Ministério Público do Estado de Minas Gerais:

HC 84.965 / MG

“A hipótese dos autos não foge à regra, mas exige análise própria. Não se está tratando daquelas hipóteses em que o tributo é lançado e simplesmente o contribuinte desconsidera a sua obrigação tributária, aferindo-se facilmente o valor do débito fiscal. Os agentes engendraram uma união que, numa de suas formas de agir, simplesmente permitia a passagem de caminhões sem a submissão do dever de fiscalizar. Ora, esse modo de agir não permite o cálculo preciso do valor que se deixou de arrecadar, simplesmente porque sequer lançado restou o tributo. O instrumento de fraude não possibilitou ao Fisco conhecer da existência do fato gerador, como era o costume dos agentes. Assim, nessas circunstâncias, salvo as situações concretas em que a Fiscalização interceptou caminhões sem a devida fiscalização, ficou prejudicada a identificação dos valores, mas comprovado que não foram recolhidos.

Da mesma forma, quando os agentes retiravam, do cesto próprio, as vias de notas fiscais que deveriam ser processadas pelo Fisco a fim de se efetuar o lançamento do tributo, impediam o conhecimento do fato gerador, impossibilitando a real noção dos valores sonegados. Sob essa forma de agir, a apreensão de notas fiscais em poder de terceiros, que não do Fisco, demonstra a lesão ao erário, permitindo se esboçar o valor do prejuízo.

A fabricação de créditos de ICMS através de notas inidôneas, porque oriundas de empresas fantasmas ou não correspondentes efetivamente à transação mercantil realizada também demonstra a materialidade do ilícito, mas de igual sorte somente possibilita uma estimativa do prejuízo ao Fisco. Portanto, como se pode perceber, os agentes, aproveitando-se do seu especial conhecimento da matéria, elegeram formas de agir que dificultavam a descoberta dos ilícitos e também a precisão dos valores sonegados.

Nada obstante, é preciso frisar que as ações lá desenvolvidas ensejaram sim a instauração de procedimento

HC 84.965 / MG

tributário administrativo, como ressei incontestemente dos documentos agora encaminhados a V. Ex^a e que constaram das informações prestadas no Habeas Corpus 85000. Nos documentos, percebe-se a existência de diversas autuações, originando os respectivos PTA's, ressaltando-se que somente puderam ser levadas a efeito após a atuação lá desenvolvida, com busca e apreensão, bem como com a prisão dos envolvidos. Assim, a materialidade do delito do art. 1º da Lei 8.137/90 não ficou de fato comprometida." - (fls. 177-178).

Com efeito, nos termos do que destacado pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, a presente controvérsia não trata daquelas hipóteses ordinárias em que o contribuinte, mediante as condutas-meios descritas no artigo 1º da Lei n. 8.137/90, simplesmente *suprime* ou *reduz tributo*. Na espécie, há notícia de que os denunciados, dentre eles fiscais da Receita estadual, simplesmente ignorando o seu dever de agir, em conluio com policiais militares, advogados e um empresário, conceberam uma união que visava a possibilitar a passagem de caminhões sem que se procedesse à devida fiscalização, o que sequer permitia o lançamento do tributo.

Nesse diapasão, sob todo o ângulo que se olhe, mormente diante do acervo documental acostado, plenamente razoável a instauração da persecução penal.

A corroborar o que venho expor, colho excerto do voto proferido pelo Min. Marco Aurélio, nos autos do HC 96.324:

“Conforme consignei ao indeferir a medida acauteladora, a denúncia não está a inviabilizar a defesa. Mais do que isso, versa não a simples sonegação de tributos, mas a existência de organização, em diversos patamares, visando à prática de delitos, entre os quais os de sonegação fiscal, falsidade ideológica, lavagem de dinheiro, ocultação de bens e capitais, corrupção ativa e passiva, com frustração de direitos trabalhistas. Daí não se poder considerar impróprio o curso da ação penal, não cabendo, no caso, exigir o término de possível

HC 84.965 / MG

processo administrativo fiscal”. – (HC 96.324/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe 17.8.2011).

Insta lembrar que um dos argumentos que motivaram a mudança de orientação na jurisprudência desta Corte foi a possibilidade de o contribuinte extinguir a punibilidade pelo pagamento, situação esta que sequer se aproxima da hipótese dos autos.

Ademais, é firme o entendimento desta Corte no sentido de que o trancamento de ação penal ou de inquérito policial é medida de caráter excepcional, sobretudo na via estreita do *habeas corpus*.

Dessarte, como não restou comprovada, de plano, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria e materialidade, é indispensável a continuidade da persecução criminal (HC 95.761/PE, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJe 18.9.2009; HC 91.603/DF, rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJe 26.9.2008; HC 98.631/BA, rel. Min. Ayres Britto, 1ª Turma, DJe 1.7.2009; HC 93.224/SP, rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, DJ 5.9.2008).

Diante de todo o exposto, meu voto é no sentido de denegar a ordem de *habeas corpus*. Torno sem efeito a liminar anteriormente deferida pelo Min. Cezar Peluso. Determino, portanto, a comunicação ao Juízo da comarca de Matias Barbosa/MG para dar prosseguimento à Ação Penal 0480.04.005.439-2.

É como voto.