

07/12/2010

SEGUNDA TURMA

**HABEAS CORPUS 93.930 RIO DE JANEIRO****VOTO**

**O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - (Relator):** No presente *habeas corpus*, discute-se a possibilidade, ou não, de o Ministério Público promover, por autoridade própria, investigações de natureza penal.

Primeiramente, há de se notar que, nesta quadra do direito constitucional, enquanto não sobrevier decisão do Supremo Tribunal Federal estabelecendo os exatos contornos e limites desta atividade, é lícito ao Ministério Público investigar, obedecidos os limites e os controles ínsitos a esta atuação.

Convém observar que o poder de investigar do Ministério Público não pode ser exercido de forma ampla e irrestrita, sem qualquer controle, sob pena de agredir 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 a realização de atos investigativos por parte da Autoridade Policial, sem que fale em idêntica estrutura e idêntico procedimento para investigações conduzidas pelo Ministério Público. Tanto mais se justifica quando se observa que o titular da ação penal não possui esta função constitucional específica.

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

Nesta linha de argumentação, percebo que só se justifica

HC 93.930 / RJ

constitucionalmente o exercício da função investigativa porque não possui esta função constitucional, a partir do reconhecimento do aspecto subsidiário desta atividade.

O mesmo diga-se da amplitude desta 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 desta diferenciação funcional que emana da Constituição Federal.

Por outro lado, veja-se que o pleno conhecimento dos atos de investigação, como bem afirmado na Súmula Vinculante n. 14 desta Corte, exigem não apenas que a estas 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 junto ao 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.

No presente caso, cabe examinar se a existência de novas provas obtidas, exclusivamente, pelo Ministério Público poderia, validamente, ensejar o início da ação penal.

A questão que ora se coloca não pode ser resolvida, a meu ver, em termos apodícticos muito ao gosto de alguns intérpretes literalistas: "o MP

HC 93.930 / RJ

pode investigar" ou "o MP não pode investigar", afirmam as diversas correntes. Entre uma e outra afirmação, coloca-se a indagação que há de ser respondida: O que significa investigar ou, para usar a linguagem da Constituição, o que significa realizar "a apuração de infrações penais"?

A questão é controvertida na doutrina. Do grupo que não a admite, 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 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 escoreita, 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

HC 93.930 / RJ

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 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, há os que defendem a possibilidade da investigação pelo *Parquet*. Assim concluem Lenio Luiz Streck e Luciano Feldens:

"III - 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 encarregadas constitucionalmente da consecução

**HC 93.930 / RJ**

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

IV- 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.'

V - 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 insito 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 *normati vidade*. 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!

VI - 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).

VII - Deveras, são conhecidos os conflitos gerados entre

HC 93.930 / RJ

Polícia 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' (sic) 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. VIII - 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.

IX - 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.

X - Considere-se, ainda, que a investigação criminal exercida pelo Ministério Público não se consubstancia como uma regra geral. Melhor seria dizê-la confortada no plano da

HC 93.930 / RJ

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.

XI - 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.

XII - 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.

XIII - 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.

XIV - O essencial, repetimos, é que existam mecanismos hábeis à efetivação de um controle sobre as diligências

HC 93.930 / RJ

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 nº 75/93, 26, da Lei nº 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.

XV - 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.

XVI - 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



HC 93.930 / RJ

contornos em 1988, quando o Brasil ingressa no universo dos 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.

XVII - 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.

XVIII - 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. Conseqüentemente, 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.

XIX - 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

**HC 93.930 / RJ**

penal.

XX - Por isto, a problemática relacionada à função investigativa 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 texto constitucional, como ressaltado, estabelece que compete à Polícia Civil exercer as funções de polícia judiciária e realizar a apuração das infrações penais (CF, art. 144, § 4º).

Por seu turno, arrola o texto constitucional, de forma expressa, competir ao Ministério Público (Art. 129):

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

II - zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

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

IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações

## HC 93.930 / RJ

e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

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

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

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.

No que toca aos poderes conferidos ao Ministério Público, em geral, estamos diante de um complexo de normas que assume uma feição institucional.

A Constituição outorga, não raras vezes, garantia a determinados institutos, isto é, a um complexo coordenado de normas, tais como a propriedade, a herança, o casamento etc. Outras vezes, clássicos direitos de liberdade dependem, para sua realização, de intervenção do legislador.

Assim, a liberdade de associação (CF, art. 5º, XVII) depende, pelo menos parcialmente, da existência de normas disciplinadoras do direito de sociedade (constituição e organização de pessoa jurídica etc.). Também, a liberdade de exercício profissional exige a possibilidade de estabelecimento de vínculo contratual e pressupõe, pois, uma disciplina da matéria no ordenamento jurídico. O direito de propriedade, como observado, não é sequer imaginável sem disciplina normativa.

Da mesma forma, o direito de proteção judiciária, previsto no art. 50, XXXV, o direito de defesa (art. 50, LV), e o direito ao juiz natural (art. 50, XXXVII), as garantias constitucionais do *habeas corpus*, do mandado de segurança, do mandado de injunção e do *habeas data* são típicas garantias de caráter institucional, dotadas de âmbito de proteção marcadamente normativo.

Entre nós, Ingo Sarlet assinala como autênticas garantias

HC 93.930 / RJ

institucionais no catálogo da nossa Constituição a garantia da propriedade (art. 5º, XXII), o direito de herança (art. 5º, XXX), o Tribunal do Júri (art. 50, XXXVIII), a língua nacional portuguesa (art. 13), os partidos políticos e sua autonomia (art. 17, *caput* e § 1º). Também, fora do rol dos direitos e garantias fundamentais (Título II) podem ser localizadas garantias institucionais, tais como a garantia de um sistema de seguridade social (art. 194), da família (art. 226), bem como da autonomia das universidades (art. 207), apenas para mencionar os exemplos mais típicos. Ressalte-se que alguns desses institutos podem até mesmo ser considerados garantias institucionais fundamentais, em face da abertura material propiciada pelo art. 50, § 2º da Constituição.

Nesses casos, a atuação do legislador revela-se indispensável para a própria concretização do direito. Pode-se ter aqui um autêntico dever constitucional de legislar (*Verfassungsauftrag*), que obriga o legislador a expedir atos normativos "conformadores" e concretizadores de alguns direitos.

Com essas considerações, fica evidente a natureza de inequívoca garantia institucional da chamada "apuração das infrações penais" por parte dos órgãos estatais dela incumbidos. Embora o texto constitucional forneça balizas quanto à atuação desses órgãos, é certo que há uma forte dose de imprecisão e de interseção entre as atividades. E, em larga medida, esse caráter institucional exige uma definição legal.

Algumas conclusões são, desde logo, possíveis.

Tal como ressaltado pelo eminente Prof. Luís Roberto Barroso, em parecer encaminhado pela Secretaria de Direitos Humanos nos autos do INQ. n. 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?*".

É certo, outrossim, 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 pode acarretar, por seu turno, graves danos à proteção dos direitos individuais.

**HC 93.930 / RJ**

As previsões constitucionais que disciplinam a persecução penal não admitem uma atuação estatal arbitrária. Daí, a necessidade de regras garantidoras da participação do atingido, assim como aquelas que definem critérios para a investigação pelo Ministério Público.

Refiro-me ao conceito de "direito à organização e ao procedimento" (*Recht auf Organization und auf Verfahren*) para designar todos aqueles direitos fundamentais que dependem, na sua realização, tanto de providências estatais com vistas à criação e conformação de órgãos, setores ou repartições (direito à organização), como de outras, normalmente de índole normativa, destinadas a ordenar a fruição de determinados direitos ou garantias, como é o caso das garantias processuais-constitucionais (direito de acesso à justiça; direito de proteção judiciária; direito de defesa) (Cf., sobre o assunto, HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, cit., p. 144; ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 430; CANOTILHO, *Direito Constitucional*, Coimbra, 1993, p. 546 e s.).

Reconhece-se o significado do direito à organização e ao procedimento como elemento essencial da realização e garantia dos direitos fundamentais [HESSE Konrad, *Bedeutung der Grundrechte*, in: *Handbuch des Verfassungsrechts*, in: BENDA, Ernest/MAIHOFER, Werner/ VOGEL, Hans-Jochen, *Handbuch des verfassungsrechts*, Berlim, 1995, p. 127 (146-147)].

Isto se aplica de imediato aos direitos fundamentais que têm por objeto a garantia dos postulados da organização e do procedimento, como é o caso da liberdade de associação (CF, art. 5º, XVII), das garantias processuais-constitucionais da defesa e do contraditório (art. 5º, LV), do direito ao juiz natural (art. 5º, XXXVII), das garantias processuais-constitucionais de caráter penal (inadmissibilidade da prova ilícita, o direito do acusado ao silêncio e à não-auto-incriminação etc.). Também, poder-se-ia cogitar aqui da inclusão, no grupo dos direitos de participação na organização e procedimento, do direito dos partidos políticos a recursos do fundo partidário e do acesso à propaganda política gratuita nos meios de comunicação (art. 17 § 30 da CF), na medida em que se trata de prestações dirigidas tanto à manutenção da estrutura

HC 93.930 / RJ

organizacional dos partidos (e até mesmo de sua própria existência como instituições de importância vital para a democracia), quanto à garantia de uma igualdade de oportunidades no que concerne à participação no processo democrático (SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais, p. 196).

Ingo Sarlet ressalta que a problemática dos direitos de participação na organização e procedimento centra-se na possibilidade de exigir-se do Estado (de modo especial do legislador) a emissão de atos legislativos e administrativos destinados a criar órgãos e estabelecer procedimentos, ou mesmo de medidas que objetivem garantir aos indivíduos a participação efetiva na organização e procedimento. Na verdade, trata-se de saber se existe uma obrigação do Estado neste sentido e se a esta corresponde um direito subjetivo fundamental do indivíduo (SARLET, A eficácia dos direitos fundamentais, p. 196-197.).

Assim, quando se impõe que determinadas medidas estatais que afetem direitos fundamentais devam observar um determinado procedimento, sob pena de nulidade, não se está a fazer outra coisa senão proteger o direito mediante o estabelecimento de determinadas normas de procedimento.

É o que ocorre, *v.g.*, quando se impõe que determinados atos processuais somente poderão ser praticados com a presença do advogado do acusado. Ou, tal como faz a Constituição brasileira, quando se estabelece que as negociações coletivas somente poderão ser celebradas com a participação das organizações sindicais (Constituição Federal, art. 8º, VI) (Cf. ADIMC 1361, DJ de 12.4.96.).

Canotilho anota que o direito fundamental material tem irradiação sobre o procedimento, devendo este ser conformado de forma a assegurar a efetividade ótima do direito protegido (J.J. Gomes Canotilho, Tópicos sobre um curso de mestrado sobre direitos fundamentais. Procedimento Processo e Organização, Coimbra, 1990, tópico 2.2.).

Ao prever, no art. 5º, LV, o contraditório e a ampla defesa nos âmbitos administrativo e judicial, por certo o Constituinte estabeleceu um dever de adotar normas de organização e procedimento a fim de evitar

**HC 93.930 / RJ**

que outros bens coletivos ou princípios consagrados na Constituição fossem atingidos.

Os direitos à organização e ao processo constituem espécie dos direitos a prestações positivas, a saber, direitos a prestações positivas de caráter normativo, ou seja, o direito à edição de leis que estabelecem normas organizatórias e procedimentais que ampliem a proteção das posições jurídicas dos cidadãos. Cuida-se, portanto, de uma pretensão exigível frente ao Estado no sentido de que adote normas organizatórias e procedimentais aptas a garantir a observância de direitos, interesses e prerrogativas dos titulares de direitos fundamentais quando do exercício de prerrogativas administrativas ou judiciais, orientando direitos a prestações normativas com a teleologia dos direitos de proteção. Corroborando tais considerações, a matéria viu-se assim tratada novamente pelo principal teórico da análise jurídica dos direitos fundamentais na República Federal da Alemanha, Robert Alexy, *in verbis*:

“Os direitos a procedimentos judiciais e administrativos são essencialmente direitos a uma ‘proteção jurídica efetiva’. Condição de uma efetiva proteção jurídica é que o resultado do procedimento garanta os direitos materiais do respectivo titular de direitos.

(...)

Uma comparação dos direitos ao procedimento em sentido estrito com os direitos a competências de direito privado mostra claramente os diferentes objetivos que se perseguem no âmbito da organização e do procedimento. Enquanto os direitos a competências de direito privado asseguram, sobretudo, a possibilidade de que possam realizar-se determinadas ações iusfundamentalmente garantidas, os direitos ao procedimento em sentido estrito servem, em primeiro lugar, para a proteção de posições jurídicas existentes frente ao Estado e frente a terceiros. Por isso, é possível tratar estes últimos também dentro do marco dos direitos de proteção. (Robert Alexy, “Theorie der Grundrechte”, Frankfurt am Main, 1986, pp. 472 e 474).

HC 93.930 / RJ

Enfim, resta evidente que a própria garantia dos direitos fundamentais exige, para a sua realização, uma participação no procedimento (*Teilhabe durch Verfahren*). Neste sentido, Canotilho:

"Daí a necessidade de as leis dinamizarem dimensões participatórias procedimentais a fim de, através de um due process, se garantirem eficazmente posições jurídicas fundamentais. Para além dos clássicos direitos processuais, a *Verfahrensteilhabe* (participação procedimental) alargou-se aos procedimentos legislativos e administrativos (...). A intervenção legal, regulando a forma de participação, torna-se, assim, decisiva para assegurar o status activos processualis (...)" (Canotilho, *Direito Constitucional*, 5a. Ed., Coimbra, Almedina, 1991, p. 653).

A ideia de participação procedimental constitui nota marcante de um estado democrático de direito. Não se nega, portanto, a necessidade e a relevância de uma atuação efetiva do Ministério Público em prol do interesse público. Todavia, a intervenção extrema não se dá, em estado democrático de direito - repita-se - sem a observância de garantias mínimas ao atingido, tais como distribuição impessoal e objetiva dos processos, procedimentalização das diligências, normas de abertura e arquivamento das investigações, de oitiva do acusado e testemunhas, de responsabilização para os excessos e abusos cometidos pelos membros do *Parquet*.

Lembro, nesse ponto, que o inquérito policial é concebido, também, como um instrumento de garantia do acusado, realizando justamente essa perspectiva de participação procedimental. 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, e a ciência das partes, a possibilidade de acompanhamento por meio de advogado.



**HC 93.930 / RJ**

Com esse intuito, é digno de destaque o Anteprojeto de Lei assinado pelo Ministro José Arnaldo da Fonseca, constante do já referido livro de Rogério Lauria Tucci, "Ministério Público e investigação Criminal", São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004. Também, o Projeto de Lei n. 4.209/2001, que modifica dispositivos do Código de Processo Penal relativos à investigação criminal, cujo texto também integra aquela obra.

Nesse sentido, o magistério do notável René Ariel Dotti, a propósito:

"A discussão em torno dos poderes investigatórios do Ministério Público assumiu proporções extraordinárias nos mais variados espaços: nos juízos e tribunais, nos cursos de Direito, nas entidades corporativas, nas academias jurídicas, na imprensa e, obviamente, entre os profissionais que atuam nas causas criminais. A literatura nacional já é copiosa e o confronto das idéias e conclusões é interminável.

Em conferência publicada no ano de 1986 (O Ministério Público e a Polícia Judiciária Relações formais e desencontros materiais), afirmei que *'o sistema adotado em nosso País deixa muito a desejar quanto à eficácia e agilidade das investigações. E o maior obstáculo para alcançar estes objetivos decorre da falta de maior integração não somente das categorias funcionais da Polícia Judiciária e do Ministério Público como também de seus integrantes. Observa-se, lamentavelmente e em muitas circunstâncias, a existência de um processo de rejeição que parece ser genético'*(1).

Passados os anos, mantenho a observação. Salvo exceções, como na ação conjunta da Polícia e do Ministério Público nas missões chamadas de força-tarefa ou nas atividades de órgãos integrados como as promotorias de investigação criminal (PICs), os casos rotineiros ainda mostram o descompasso de atuação dos agentes públicos. O expediente corriqueiro da baixa dos autos para novas diligências é um dos fatores concorrentes da prescrição. O formalismo e a burocracia na colheita da prova indiciária são outros.

É necessária e urgente a reformulação do inquérito policial. Essa é a tônica do Projeto de Lei n° 4.209/2001, elaborado por comissão coordenada pela professora Ada

HC 93.930 / RJ

Pellegrini Grinover e caracterizado pela transparência, desburocratização e celeridade. Em relação aos crimes contra o sistema financeiro nacional, a ordem tributária ou econômica, o projeto consagra a orientação já adotada na prática da dispensa do inquérito policial. A autoridade administrativa remete diretamente ao Ministério Público o material colhido (art.23).

O projeto estabelece a estrita vinculação das diligências policiais ao objetivo da acusação a ser proposta. Com efeito, dispõe o art. 7º: 'Os elementos informativos da investigação deverão ser colhidos na medida estritamente necessária à formação do convencimento do Ministério Público ou do querelante sobre a viabilidade da acusação, bem como a efetivação de medidas cautelares (...)'

Fica eliminada a concorrência de apuração ou a investigação paralela que é fonte material de insegurança e injustiça.

Acredito que para decifrar a esfinge da investigação criminal, algumas coordenadas do pensamento são inevitáveis. Adotando um critério simples e direto, que traduz o exercício da Advocacia há mais de quarenta anos - na defesa de acusados e vítimas - penso que tais diretrizes podem ser assim expostas: 1ª) O desafio não se resolverá pela interpretação de textos [CF, CPP, leis federais (LC nº 75/93 e Lei nº 8.625/93) e diplomas estaduais do MP, etc.]; 2ª) A Polícia Judiciária não detém (desde o advento do CPP) o monopólio da apuração dos ilícitos penais; 3ª) O procedimento preparatório da ação penal deverá designar-se inquérito criminal em oposição ao inquérito civil, assim nominado pela Constituição (art. 129, III) e pela Lei nº 7.347/85 (ação civil pública, art. 8º, § 1º); 4ª) O inquérito criminal deve constituir um procedimento único, vale dizer, não se pode admitir a investigação paralela (inquérito, pela Polícia Judiciária, e Procedimento Administrativo, pelo Ministério Público); 5ª) Uma reordenação constitucional e legal é necessária para estabelecer o concurso de funções e superar o conflito de atribuições entre o MP e a Polícia Judiciária (2); 6ª)

**HC 93.930 / RJ**

Quando necessária a apuração inicial do crime pela Polícia Judiciária, a colheita de prova deve ser sumária com a remessa do inquérito ao Ministério Público em prazo curto; 7ª) Recebendo os autos, o MP poderá propor o arquivamento, oferecer denúncia ou prosseguir - ele mesmo - conduzindo a investigação; 8ª) Não haverá mais a baixa ou devolução de autos, rotina que alimenta a usina de prescrição; 9ª) O chamado Procedimento Administrativo Investigatório do Ministério Público (ou designação equivalente) ofende o princípio do devido processo legal porque: a) não há prazo de encerramento; b) não há controle jurisdicional; c) o indiciado ou suspeito não tem a faculdade de requerer diligência, em atenção ao princípio da verdade material; d) o sigilo do procedimento é a regra e não a exceção como prevê o CPP(3); e) um procedimento administrativo formal (portaria, autuação, juntada de documentos, registro de informações, colheita de depoimentos e outros elementos de prova, etc.) para ter força cogente e suscetível de expedir notificações e intimações - inclusive para suspeitos e indiciados, determinando o comparecimento - exige a previsão legislativa para o seu funcionamento regular, em obediência aos princípios do devido processo legal - no plano geral (CF, art. 50, LV) - e da legalidade - no plano pessoal (CF, art. 50, II); f) um procedimento administrativo formal (para investigar crimes) não pode ser objeto de lei estadual, frente à regra constitucional que defere à União, em caráter privativo, a competência para legislar sobre direito processual (art. 22, I); 10ª) O aludido procedimento administrativo tem sido utilizado como alternativa necessária contra a burocracia, abuso de poder ou corrupção do inquérito policial e constitui um ponto de partida para a constitucionalização (e regulação ordinária) do inquérito criminal como procedimento único; 11ª) Uma nova concepção de Política Processual Penal deverá modificar textos constitucionais e legais para atribuir ao MP o controle da investigação, sem prejuízo do trabalho auxiliar da Polícia Judiciária; 12ª) A afirmação generalizadora de que "o Ministério Público não tem poderes investigatórios" é absolutamente

HC 93.930 / RJ

equivocada frente aos textos legais que atribuem ao Parquet a competência e autonomia para requisitar e obter elementos de prova e à própria natureza do processo penal, de feição democrática, para o qual a apuração dos crimes não é monopólio da Polícia (4) ; 13ª) A investigação criminal é exercício do poder estatal; deve coordená-la o órgão que promove a ação penal de natureza pública (5).

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. Não obstante, no modelo atual, não entendo possível aceitar-se que o Ministério Público faça um inquérito policial substitutivo, justamente por inexistir qualquer disciplina a estabelecer condições e limites a essa atividade.

No caso concreto, constata-se situação, excepcionalíssima, que, a meu ver, justifica a atuação do Ministério Público na coleta das novas provas que fundamentam a ação penal, tendo em vista a investigação encetada sobre suposto crime de tortura cometido por policiais militares contra adolescentes apreendidos na posse de substância entorpecente. Por oportuno, transcrevo trecho do voto conduzido no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

“No que se refere ao presente *writ*, os indícios de que o adolescente teria sido vítima de tortura se deu quando de sua oitiva perante o representante do Ministério Público da Justiça

**HC 93.930 / RJ**

da Infância e Juventude que, poratamente, encaminhou ofício à 3ª Central de Inquéritos solicitando a apuração da eventual conduta delituosa imputada a policiais militares do 15º BMP.” – (fl. 173).

Nesse mesmo sentido, também o STJ:

“A hipótese dos autos, na verdade, trata de controle externo da atividade policial, uma vez que o órgão ministerial, tendo em vista a notícia de que o adolescente apreendido por policiais na posse de substância entorpecente teria sofrido torturas, iniciou investigação dos fatos, os quais ocasionaram a deflagração da presente ação penal.

Como se vê, o Ministério Público iniciou a prática de atos investigatórios e requereu a prisão preventiva dos acusados, os quais são policiais militares, praticando, assim, atos de controle externo da atividade policial, o que, consoante acima disposto, não exclui a atividade de outras autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.” (fl. 26).

Por fim, observo que essa atividade supletiva do Ministério Público, ante a possibilidade de favorecimento aos investigados policiais, 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*

HC 93.930 / RJ

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 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

HC 93.930 / RJ

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).

Inicialmente, asseverou-se que não estaria em discussão, por indisputável, a afirmativa de que o exercício das funções inerentes à Polícia Judiciária competiria, ordinariamente, às polícias Civil e Federal (CF, art. 144, § 1º, IV e § 4º), com exceção das atividades concernentes à apuração de delitos militares.

Esclareceu-se que isso significaria que os inquéritos — nos quais se consubstanciam, instrumentalmente, as ações penais promovidas pela Polícia Judiciária — serão dirigidos e presididos por autoridade competente, e por esta, apenas (CPP, art. 4º, *caput*). Enfatizou-se, contudo, que essa especial regra de competência não impediria que o Ministério Público, que é o *dominus litis* — e desde que indique os fundamentos jurídicos legitimadores de suas manifestações — determinasse a abertura de inquéritos, ou, então, requisitasse diligências investigatórias, em ordem a prover ação 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*.

Consignou-se que a existência de inquérito não se revelaria imprescindível ao oferecimento da denúncia, podendo o Ministério Público, desde que disponha de elementos informativos para tanto, deduzir, em juízo, a pretensão punitiva do Estado. Observou-se que o órgão ministerial, ainda quando inexistente qualquer ação penal promovida pela Polícia Judiciária, poderia, assim mesmo, fazer instaurar, validamente, a pertinente persecução criminal. (HC 89837/DF, rel. Min. Celso de Mello, 20 de outubro de 2009, Informativo 564).

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

Pelo exposto, denego a ordem.

É como voto.