

21/06/2012

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 593.727 MINAS GERAIS

VOTO

O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (RELATOR): 1. Nos diversos sistemas de processo penal conhecidos, tem-se por inafastável, em regra, alguma forma preliminar ou prévia de apuração da responsabilidade, com função preservadora e preparatória.

O processo penal, sabe-se, constitui em si mesmo carga e signo social negativos; o acusado sofre e padece o processo penal.¹ Carregado de simbolismos, produz efeitos indelévels em quem responde a acusação formal, ainda quando esta resulte em definitiva sentença penal absolutória.

No processo civil, o que está em risco em relação ao réu é, pura e simplesmente, a chamada esfera de liberdade jurídica. O réu do processo civil defende-se tão só para resguardar o conjunto de direitos subjetivos e de poderes em que se resolve sua liberdade jurídica, evitando seja esta degradada, diminuída ou restringida por efeitos de sentença favorável ao autor. Sua posição processual básica consiste, pois, em tentar afastar o risco de decisão que lhe venha, de algum modo, a atingir o espaço da liberdade jurídica.

No processo penal, todavia, está em jogo, em relação ao acusado, especificamente a liberdade física, vista como um dos mais importantes e sensíveis direitos da personalidade. Daí, a substancial diferença quanto à disciplina, entre outros temas, da incoação de ambos os processos. O processo civil pode legitimamente iniciar-se sem particular gravame, nem prova alguma dos fatos fundantes da pretensão deduzida pelo autor; o processo penal já não o pode, porque o impedem as consequências, que

1 **PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes.** *Inquérito policial: exercício do direito de defesa.* Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, ano 7, n. 83, edição especial, p. 14, out. 1999. No mesmo sentido, cf. **MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis.** *Justa causa para a ação penal: doutrina e jurisprudência.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 246.

RE 593.727 / MG

são outras e graves.

A pendência do processo penal implica ao réu pesadas consequências, assim do ponto de vista prático, como teórico. A despeito da garantia constitucional da proibição de prévia consideração de culpabilidade,² a só pendência do processo criminal representa sempre, do ângulo empírico, perante a sociedade, um estigma, um sinal infamante, reconhecido como tal não apenas por preconceito. O processo criminal, nesse sentido, constitui palco das chamadas “*cerimônias degradantes*”, porque tem por definição e objeto a apuração da acusação de um fato ou ato que, por ser crime em tese, é, ainda nesse condição hipotética, sempre abjeto do ponto de vista do seu significado ético e social. Assim, a par de atingir, em potência, o *status libertatis* do cidadão, atinge-lhe, em ato, sobretudo o *status dignitatis*.

Este desonroso significado ético e social é ainda o substrato da concepção, agora jurídica, segundo a qual o próprio ordenamento considera a mera pendência de processo criminal como coação ou constrangimento. Por vê-lo claro, basta acarear o disposto nos arts. 647 e 648, inc. I, do Código de Processo Penal, cuja conjugação demonstra que a própria lei qualifica como coação ou constrangimento **ilegal** a existência de processo a que falte justa causa. Donde, a pendência de processo criminal é, também e *a contrario sensu*, do ponto de vista normativo, constrangimento ou coação,³ ainda quando ilegal não seja.⁴

Logo, para se exercer e instaurar ação penal, é indispensável juízo rigoroso e fundamentado de controle da legitimidade desse exercício.

Daí que, para acusar, se deve ter prova que, obtida em algum ato ou procedimento de apuração prévia à ação penal de conhecimento, de natureza condenatória, demonstre, com relativo grau de certeza, a existência material do fato, aparentemente ilícito e típico, e, com certo grau de probabilidade, a existência de, ao menos, indícios de autoria,

2 Art. 5º, inc. LVII.

3 PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Breves notas em torno da coação processual penal*. *Ciência Penal*, São Paulo, Bushatsky, v. 1, 1973, p. 107-110.

4 A propósito, cf. meu longo voto vencedor no INQ nº 2.033-DF, j. 16.06.2004, in DJ de 17.12.2004.

RE 593.727 / MG

coautoria ou participação, sem prejuízo de elementos de convicção quanto à possível culpabilidade do indiciado.

Este suporte probatório, anterior ao ajuizamento da ação penal de conhecimento, é, de ordinário, logrado mediante persecução ou apuração prévia à instauração da ação penal, e legalmente estruturada sob formas diversas, variáveis conforme o instante histórico, político e social de determinado Estado.

Em duas ponderáveis razões de ser repousa, dessarte, a persecução penal preliminar. Primeiro, ostenta função preservadora, consistente em *“preservar a inocência contra acusações infundadas e o organismo judiciário contra o custo e a inutilidade em que estas redundariam”*,⁵ propiciando sólida *“base e elementos para a propositura e exercício da ação penal”*.⁶ Já lecionava **JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA:**

“A instrução preliminar é uma ‘instituição indispensável à justiça penal’. Seu primeiro benefício é ‘proteger o inculpado’. Dá à defesa a faculdade de dissipar as suspeitas, de combater os indícios, de explicar os fatos e de destruir a prevenção no nascedouro; propicia-lhe meios de desvendar prontamente a mentira e de evitar a escandalosa publicidade do julgamento. Todas as pesquisas, investigações, testemunhos e diligências são submetidas a sério exame para, de antemão, se rejeitar tudo o que não gera graves presunções. E assim se forma o processo preparatório, como base do juízo de primeiro grau”.⁷

Note-se que este especial aspecto, dito preservador da apuração preliminar, foi ressaltado, na Exposição de Motivos do Código de

5 MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. *Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 17.

6 MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1980, v. 1, p. 167-168. Ainda, PIMENTA BUENO, José Antonio. *Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Empresa Nacional do Diário, 1857, p. 73-74. SOUZA, José Barcelos de. *Teoria e prática da ação penal*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 29.

7 MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. *Princípios fundamentais...*, *op. cit.*, p. 11.

RE 593.727 / MG

Processo Penal de 1941, como uma das razões para a manutenção do inquérito policial na sistemática do processo penal brasileiro:

“É ele [o inquérito policial] uma garantia contra apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime ou antes que seja possível uma exata visão de conjunto dos fatos, nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas. Por mais perspicaz e circunspecta, a autoridade que dirige a investigação inicial, quando ainda perdura o alarma provocado pelo crime, está sujeita a equívocos ou falsos juízos *a priori*, ou a sugestões tendenciosas.”⁸

Mas não é só.

Há, ainda, para além da função preservadora da liberdade contra acusações infundadas, uma segunda relevante função da persecução preliminar e que se pode dizer preparatória ou acautelatória. Com o decurso inexorável do tempo, os vestígios do delito tendem a desaparecer, reclamando, assim, a existência de mecanismo que acautele meios de prova, às vezes inadiáveis ou intransponíveis, levando-os ao conhecimento do juiz e, depois, ao bojo de eventual ação penal.

Por isso, no mais das vezes, são necessárias distinção e sucessão de duas fases no procedimento da persecução penal. A primeira, que aqui nos interessa, dita persecução ou instrução, preliminar ou prévia, a qual apresenta, como se viu, dupla função ou objetivo: um propósito preservador, tendente a evitar, diminuir ou atenuar o risco de acusações infundadas, temerárias e, até, caluniosas, bem como o custo de imputações inúteis;⁹ e outro, preparatório, ordenado a acautelar eventuais meios de prova.

Ressalve-se, desde logo, a possibilidade, aliás prevista no art. 12 do Código de Processo Penal, de dispensa de inquérito policial, quando já se disponha, por ato ou procedimento doutra ordem, de elementos

8 *Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, item IV.*

9 PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Inquérito policial...*, *op. cit.*.

RE 593.727 / MG

suficientes ao ajuizamento fundado da ação penal condenatória. Nesse caso, porque colhidos e documentados elementos que tornam desnecessária outra atividade preliminar específica, sob forma de procedimento, para preservar o juízo e acautelar meios de prova, é legítimo dar início à segunda fase, judicial, da persecução penal, mediante formalização do ato acusatório. Disto, porém, cuidarei mais à frente.

2. A persecução penal prévia, compreendidas suas características estruturais, tais como denominação, atos e formas, órgão que a executa, grau de cognição exigido, menor ou maior possibilidade de participação da pessoa investigada, pode diferir de sistema para sistema jurídico-normativo, segundo as opções de política criminal.

No direito brasileiro, assinalo, sempre houve alguma forma de apuração preliminar ou prévia, como primeira fase da persecução penal, variável conforme as circunstâncias históricas e políticas do país.

O Código de Processo Criminal de Primeira Instância, do Império, de cunho liberal tanto no campo da organização judiciária, como no procedimento ou rito, extinguiu as devassas e querelas, até então constantes das Ordenações, e transferiu o poder de investigação de delitos para os juízes de paz, eleitos pelo povo. O procedimento de formação da culpa – ou *sumário de culpa*, como era ali chamado –, embrião do que depois seria regulamentado como inquérito policial, era rápido, curto e constituía única base para a acusação criminal.¹⁰ Formada a culpa, os autos seguiam para o júri, provido de dois conselhos, dos quais o primeiro era o júri popular, destinado a confirmar ou reformar a pronúncia ou impronúncia, enquanto ato decisório formador da culpa.

Posteriormente, a Lei nº 261, de 03.12.1841, e o Regulamento nº 120, de 31.01.1842, mudaram a feição do sumário de culpa, passando-o para a competência dos chefes de polícia e, em casos de difícil elucidação, para os juízes municipais, tendo o júri de acusação sido suprimido e, suas

10 MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. *Princípios fundamentais...*, op. cit., p. 198-200.

RE 593.727 / MG

funções incorporadas às do juiz municipal.¹¹ Como os delegados e subdelegados, que pronunciavam, deveriam remeter o processo ao juiz municipal para manutenção, ou não, da decisão, ou, nos casos mais complexos, para que formasse a culpa, a autoridade policial tratava de registrar os resultados das indagações anteriores, a fim de auxiliar a autoridade competente em decidir da formação da culpa, compondo, assim, aquilo que viria a ser denominado “*inquérito policial*”.

Com a edição da Lei nº 2.033, de 20.09.1871, e do Decreto nº 4.824, de 22.11.1871, a formação da culpa passou da esfera de atribuição das autoridades policiais para a dos juízes municipais e juízes de direito, que exerciam atividades nas comarcas, e, com isso, as autoridades policiais deixaram de pronunciar. Diante, porém, da necessidade de colher as provas tão logo se tivesse notícia da infração, certas atribuições foram ressaltadas às autoridades policiais, consagrando-se, desta forma, o inquérito policial, afeito à polícia judiciária.¹²

A Constituição da República de 1891 entregou aos Estados-membros a competência para legislar em matéria de processo penal, podendo cada um estabelecer forma própria para prévia apuração das infrações penais.¹³ Alguns omitiram-se, mas outros, como Rio Grande do Sul, Pará, Minas Gerais, Sergipe, Rio Grande do Norte, Paraná, Distrito Federal e Maranhão, elaboraram legislação própria.

A Constituição de 1934 acabou, no entanto, com o sistema pluralista no processo penal. Com o objetivo de prover o país de um Código de Processo Penal único, foi elaborado o *Projeto Vicente Ráo*, que, dizia-se, eliminava o inquérito policial e criava o juizado de instrução. Este,

11 KOERNER, Andrei. *Judiciário e cidadania na Constituição da República brasileira*. São Paulo: Hucitec, 1998, p. 35-38. TORRES, João Camillo de Oliveira. *A democracia coroadada: teoria política do Império do Brasil*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1964, p. 275.

12 MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. *Princípios fundamentais...*, op. cit., p. 134. AUTRAN, Manoel Godofredo de Alencastro. *Código do processo criminal de primeira instância*. Rio de Janeiro: Garnier, 1881, p. 18.

13 PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru: Jalovi, 1983, p. 158-161.

RE 593.727 / MG

contudo, na forma como foi concebido, em verdade não suprimia propriamente o inquérito policial, mas apenas lhe mudava a denominação para “*diligências policiais*”, deixando à polícia a tarefa de preservar e conservar os vestígios da infração. Em virtude do golpe de Estado de 1937, o Projeto não chegou a ser convertido em lei.

Sobreveio, então, o Código de Processo Penal de 1941, que, ao disciplinar a forma de apuração prévia, manteve o inquérito policial. Na Exposição de Motivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 03.10.1941, o Ministro da Justiça, **FRANCISCO CAMPOS**, justificou a opção:

“Foi mantido o inquérito policial como processo preliminar ou preparatório da ação penal, guardadas as suas características atuais. O ponderado exame da realidade brasileira, que não é apenas a dos centros urbanos, senão a dos remotos distritos das comarcas do interior, desaconselha o repúdio do sistema vigente.

O preconizado *juízo de instrução*, que importaria limitar a função da autoridade policial a prender criminosos, averiguar a materialidade dos crimes e *indicar* testemunhas, só é praticável sob a condição de que as distâncias dentro do seu território de jurisdição sejam fácil e rapidamente superáveis. Para atuar proficuamente em comarcas extensas, e posto que deva ser excluída a hipótese de criação de juizados de instrução em cada sede do distrito, seria preciso que o juiz instrutor possuísse o dom da ubiqüidade. De outro modo, não se compreende como poderia presidir a todos os processos nos pontos diversos da sua zona de jurisdição, a grande distância uns dos outros e da sede da comarca, demandando, muitas vezes, com os morosos meios de condução ainda praticados na maior parte do nosso *hinterland*, vários dias de viagem. Seria imprescindível, na prática, a quebra do sistema: nas capitais e nas sedes de comarca em geral, a imediata intervenção do juiz instrutor, ou a *instrução única*; nos distritos longínquos, a continuação do sistema atual. Não cabe, aqui, discutir as proclamadas vantagens do juízo de instrução.

Preliminarmente, a sua adoção entre nós na atualidade,

RE 593.727 / MG

seria incompatível com o critério de unidade da lei processual. Mesmo, porém, abstraída essa consideração, há em favor do inquérito policial, como *instrução provisória* antecedendo à propositura da ação penal, um argumento dificilmente contestável: é ele uma garantia contra apressados e errôneos juízos, formado quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime ou antes que seja possível uma exata visão de conjunto dos fatos nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas. Por mais perspicaz e circunspecta, a autoridade que dirige a investigação inicial, quando ainda perdura o alarma provocado pelo crime, está sujeita a equívocos ou falsos juízos *a priori*, ou a sugestões tendenciosas.

Não raro, é preciso voltar atrás, refazer tudo, para que a investigação se oriente no rumo certo, até então despercebido. Porque, então, abolir-se o inquérito preliminar ou instrução provisória, expondo-se a justiça criminal aos azares do *detetivismo*, às marchas e contramarchas de uma instrução imediata e única? Pode ser mais expedito o sistema de unidade de instrução, mas o nosso sistema tradicional, com o inquérito preparatório, assegura uma justiça menos aleatória, mais prudente e serena".¹⁴

O Código disciplinou o inquérito policial, enquanto instrumento de apuração das aludidas infrações, repetindo, no art. 4º, o conceito que lhe dera o Regulamento nº 4.824, de 22.11.1871. Cuidou das formas pelas quais pode ter início (arts. 5º e 8º), do seu conteúdo e atividade (art. 6º) e da sua finalização (art. 10).

O inquérito, entretanto, sempre foi alvo de críticas, e, de tempos em tempos, ressurgiu a ideia suprimir o modelo vigente e de substituí-lo por outra forma de persecução.

Por isso, visando à reforma do Código de Processo Penal como um todo, o *Anteprojeto Hélio Tornaghi*, de 1963, cuidava também do inquérito policial, definindo-o como simples coleta de dados que permitiriam a propositura de ação penal. Determinava, ainda, que, durante o inquérito,

14

Exposição de Motivos ao Código de Processo Penal de 1941, item IV.

RE 593.727 / MG

não seriam autorizados atos de acusação e de defesa, mas facultava que o acusado formulasse espécie de “contestação” antes do juízo acerca de recebimento da denúncia.

O *Anteprojeto José Frederico Marques* mantinha o inquérito policial e estatuiu a possibilidade de o indiciado, ou seu representante legal, requerer quaisquer diligências nessa fase do procedimento. E regulamentava o ônus do acusado de exercer direito de resposta antes do exame para recebimento da denúncia.

O Projeto de Reforma de 1983 cuidava também do inquérito policial e assegurava ao indiciado, ou a seu representante legal, o exercício do direito de defesa, mediante poder de requerer diligências. Previa, ademais, juízo liminar de recebimento da acusação, a fim de que o acusado oferecesse resposta, só depois da qual viriam o juízo sobre a denúncia e o despacho saneador.

O Projeto de Lei nº 4.895/95 introduzia, ao lado do inquérito policial, a autuação sumária. Entregava maior poder de direção do inquérito policial ao Ministério Público e disciplinava o indiciamento.

Uma lei, por fim, trouxe mudanças importantes de cenário: a Lei nº 9.099/95, que cuida do procedimento nos casos de crimes de menor potencial ofensivo, dispensando, de forma direta, o inquérito policial, substituído pelo termo circunstanciado. Não obstante essa expressa dispensa, muitas vezes o inquérito policial torna-se necessário, sobretudo quando a autoria do fato seja desconhecida ou indeterminada, ou aparente ser-lhe, o autor, imputável ou semi-imputável, bem como nas hipóteses em que não haja composição civil dos danos ou de não ser aceita, proposta, nem acolhida a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, ou, ainda, em situações mais complexas, quando os autos devem ser enviados ao juízo comum, para instauração de inquérito policial.

3. Hoje, portanto, o instrumento legal da formação da culpa, em sentido amplo, entendida como etapa preliminar destinada à apuração do fato que se desenha ilícito e típico, e de sua autoria, coautoria e

RE 593.727 / MG

participação, encontra-se, primordialmente, no inquérito policial. Trata-se, como visto até aqui, de escolha normativa ditada por razões de política criminal.

Determina o art. 4º do Código de Processo Penal que a apuração das infrações penais e de sua autoria é atribuição da polícia judiciária.

A expressão “polícia judiciária” é usada com dois significados jurídicos diferentes, ora na acepção de atividade, ora na designação do próprio organismo estatal competente para a desempenhar.

Entendida como atividade, a polícia consubstancia-se nas práticas desenvolvidas no curso do inquérito policial. É, nesse sentido, tarefa de polícia judiciária a investigação e preservação dos meios de prova.¹⁵ O Código de Processo Penal adota, aliás, a expressão polícia judiciária “no significado de atividade, cujo conteúdo discrimina em todo o Título segundo, sob a rubrica ‘do inquérito policial’”.¹⁶

Saber qual o organismo que, competente para exercer essa atividade de polícia judiciária, pode também ser chamado de polícia judiciária, porque age depois de cometidas as infrações,¹⁷ “para investigar e informar

15 COSTA MANSO, Manuel. *O processo na segunda instância e suas aplicações à primeira*. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1923, v. 1, p. 482-483. ROCHA, Ubirajara. *Noções de polícia e justiça*. São Paulo: Serviço Gráfico da Secretaria da Segurança Pública, 1967, p. 29. ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p.210. CASTELO BRANCO, Vitorino Prata. *Como se faz uma defesa criminal no juízo singular e no tribunal do júri*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1963, p. 53. COBRA, Coriolano Nogueira. *Manual de investigação policial*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 5.

16 MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. *Atividade policial criminal*. *Arquivos da Polícia Civil de São Paulo*, São Paulo, ano 3, n. 6, 1943, p. 63-86, 2. sem., p. 66.

17 Com efeito, a polícia judiciária é espécie de polícia de segurança: “A polícia, assim, e no tocante à tríplice função, pode se dividir em administrativa, em sentido estrito [...], e de segurança. Essa, voltada à paz pública, bipartindo-se em dissuasória, porque destinada a afastar o propósito e a ameaça de agressão a bens jurídicos, tutelados pelo direito penal; e em judiciária, porquanto ubicada a perseguir as infrações penais, para o fim de informar ao Judiciário” (PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Posição institucional da polícia*. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, ano 25, n. 29, p. 251-257, jun. 1988, p. 253-254.

RE 593.727 / MG

os órgãos da justiça criminal, acerca dos meios de prová-las”,¹⁸ é indagação cuja resposta deve ser buscada na Constituição da República. E é dada pelo art. 144, que preceitua competir à polícia federal (art. 144, § 1º, inc. IV) e às polícias civis (art. 144, § 4º) o exercício das funções de polícia judiciária enquanto atividade.

Estes regramentos relativos à polícia judiciária estão estatuídos no Capítulo III – *Da segurança pública* –, do Título V – *Da defesa do Estado e das instituições democráticas*.

Do art. 144, da Constituição da República, consta, *expressis verbis*, que a segurança pública, “*dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio*”, por meio, dentre outros órgãos aí discriminados, das polícias federal (§ 1º, inc. I) e civis (§ 4º).

Competem, pois, às polícias, federal e civil, as atribuições de prevenir e apurar infrações penais, exceto as militares, e exercer as funções de polícia judiciária (art. 144, § 1º, incs. I, II e IV, e § 4º, da Constituição da República).

Conjugando as duas acepções da locução *polícia judiciária*, tem-se que “*a Polícia, em palavras simples, consiste no órgão da administração direta, voltado à segurança pública. Quando atua como integrante da Justiça Penal, se diz que a polícia é judiciária. Incumbe-lhe, qual todos sabem de raiz, a feitura dos inquéritos policiais, dentre outros deveres. Existe, talvez, certo exagero em vê-los, apenas, sob o ângulo da administração pública. Afinal de contas, a função, também, faz o órgão*”.¹⁹ Quando realiza inquérito policial, a polícia exerce função judiciária, porque, “*se organicamente a polícia judiciária entronca na máquina administrativa do Estado, funcionalmente ela se liga ao aparelho judiciário*”.²⁰

Cabe, portanto, à autoridade policial, civil ou federal, a condução do inquérito policial.

18 MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. *Atividade policial...*, op. cit., p. 65.

19 PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Inquérito policial: novas tendências*. Belém: CEJUP, 1987, p. 16.

20 TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 2, p. 202.

RE 593.727 / MG

Isto ninguém discute.

4. No caso, a questão nodal está em saber se o Ministério Público possui, concorrente ou concomitantemente, atribuição constitucional para, sozinho, de maneira direta e autônoma, realizar também atos de investigação e instrução, na chamada primeira fase da persecução penal.

O Tribunal ainda não firmou posição sobre o tema. Permito-me, aqui, reproduzir trecho do voto do Min. **GILMAR MENDES**, no **HC nº 91.613**, julgado pela 2ª Turma em 15 de maio de 2012, e que sintetiza os recentes pronunciamentos da Corte sobre a matéria:

“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.

RE 593.727 / MG

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

RE 593.727 / MG

A disquisição do tema passa pela necessária delimitação constitucional do que sejam (i) *função*, (ii) *competência* e (iii) *procedimento*. E, nesta empresa, valho-me, desde logo, da perspectiva constitucional desenvolvida por **GOMES CANOTILHO**, para quem o enunciado linguístico *função*, polissêmico, comporta variedade de sentidos:

“Função no sentido de ‘actividade’ (função judicial, função do Tribunal Constitucional); função como ‘tarefa’ (função da imprensa num Estado democrático, função constitucional das Forças Armadas); função como equivalente a ‘dimensões’ ou ‘aspectos’ de uma norma jurídica (função objectiva e função subjectiva das normas consagradoras de direitos fundamentais); função identificada com eficácia jurídica (mudança de função das normas programático-constitucionais de simples ‘apelos ao legislador para normas impositivas de tarefas); função como sinónimo de ‘poder’ (função de Estado); função equiparada a ‘competência’ (poderes de regulamentação ou conformação jurídica atribuídos a um órgão); função técnico-formalmente entendida como ‘relação de referência’ entre fim e efeito de uma norma (uma das funções das normas de competência é a função de protecção dos cidadãos através da delimitação e distribuição do exercício do poder por vários órgãos).

Na literatura juspublicística, os sentidos mais correntes são os de função como ‘actividade’ ou como ‘poder de Estado’. Estes sentidos estarão presentes na exposição seguinte, devendo, porém, observar-se que a ordenação material das funções de Estado desenvolvida na mais recente literatura apela para o conceito de função como relação referencial. **A função é sempre uma relação de referência entre uma norma de competência e os fins dessa mesma norma**”.²¹

Ainda, deve-se entender por *competência*:

21 **CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 529-530.**

RE 593.727 / MG

“o poder de acção e de actuação atribuído aos vários órgãos e agentes constitucionais com o fim de prosseguirem as tarefas de que são constitucional ou legalmente incumbidos. A competência envolve, por conseguinte, a atribuição de determinadas tarefas bem como os meios de acção (‘poderes’) necessários para a sua prossecução. Além disso, a competência delimita o quadro jurídico de actuação de uma unidade organizatória relativamente a outra”.²²

Por fim, anota o ilustre professor, a conversão da competência em atos faz-se por meio de *(iii) procedimentos* juridicamente regulados:

“Para converterem os seus ‘poderes’ (competência) em actos, os órgãos ou agentes constitucionais devem obedecer a um **procedimento** juridicamente regulado. O exercício das funções públicas está sujeito a um iter procedimental juridicamente adequado à garantia dos direitos fundamentais e à defesa dos princípios básicos do Estado de direito democrático (exs.: procedimento legislativo ® modo de exercício da função legislativa, procedimento administrativo ® modo de exercício da função administrativa, processo jurisdicional ® modo de exercício da função jurisdicional)”.²³

Esta construção teórica permite enfrentar, com maior rigor, a questão substancial da competência para apuração preliminar de infrações penais pelo órgão do Ministério Público, à luz soberana do texto constitucional.

Assim, a primeira indagação diz respeito à pertinência subjetiva da *(i)* função, entendida como programa constitucional (previsão abstrata) do conjunto de atividades atribuídas a determinado órgão, da qual decorrerá a *(ii)* competência, enquanto conjunto dos poderes outorgados para o desempenho da função.

Somente após tal resposta é que cumprirá examinar o *(iii)* procedimento juridicamente regulado, no qual se convertem em atos a

22 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional...*, op. cit., p. 529.

23 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional...*, op. cit., p. 530.

RE 593.727 / MG

função (i) e a competência (ii). Em outras palavras, primeiro se há de examinar se é (i) função do Ministério Público apurar infrações penais, daí decorrendo, ou não, (ii) a competência para fazê-lo, e, só então, perquirir acerca da existência de (iii) procedimento juridicamente regulado para que a instituição transforme em atos a função e a competência que lhe tenham sido, eventualmente, outorgadas pela Constituição da República.

Entendo que este proceder metodológico nos conduz de forma mais clara e serena à solução constitucional do tema, objeto teórico da discussão central da causa. Por isso, entro à análise da função e da atividade dos órgãos da persecução, sempre com os olhos voltados à Constituição da República.

5. As funções e as competências, tanto do Ministério Público, como da Polícia, como já se viu, vêm delimitadas na Constituição da República.

O Ministério Público está regulamentado na Seção I do Capítulo IV – *Das funções essenciais à Justiça* –, do Título IV – *Da organização dos Poderes*. Segundo o art. 127, inc. I, da Constituição, é “*instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*”. No art. 129, estão taxativamente arroladas as funções institucionais do Ministério Público.

Friso, logo, que não existe, em nosso ordenamento constitucional, norma expressa que permita ao Ministério Público realizar investigação e instrução criminal preliminar ou preparatória da ação penal de conhecimento, de caráter condenatório. Pretende-se inferir tal atribuição à leitura conjugada da Constituição da República, do Código de Processo Penal, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e da Lei Orgânica do Ministério Público da União.²⁴

Os argumentos alinhavados para sustentar a legitimidade de investigações criminais pelo Ministério Público – denominadas

24 PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Procedimento administrativo criminal, realizado pelo Ministério Público*. Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel, São Paulo, n. 22, 2003.

RE 593.727 / MG

“investigações preliminares”, “procedimentos investigatórios preliminares”, ou “procedimentos administrativos criminais” – podem ser assim resumidos:²⁵

(i) por ser o Ministério Público o titular da ação penal de conhecimento, de caráter condenatório e de iniciativa pública (art. 129, inc. I, da Constituição Federal), teria, por conseguinte, em razão da chamada teoria dos poderes implícitos, poder de realizar diligências investigatórias e instrutórias diretamente, quando entendesse necessário;

(ii) para tanto, haveria legitimação constitucional, fundada no art. 129, inc. IX, da Constituição da República, e base legal, revelada pelo art. 5º, inc. VI e § 2º, e art. 8º, inc. V, da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993. Os poderes de investigação do Ministério Público decorreriam da amplitude da norma inserida no inc. IX do art. 129 da Constituição da República, que lhe faculta o exercício de “*outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade*”.

(iii) o inc. VI do art. 129 da Constituição teria ido além, atribuindo ao Ministério Público o poder de expedir notificações e requisitar informações e documentos nos procedimentos administrativos de sua competência, na forma da lei complementar respectiva, a Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, ou, ainda, do art. 26, inc. I, alíneas *a* e *b*, da Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público);

(iv) inexistiria o monopólio da polícia para a realização da primeira fase da persecução penal. O art. 144 da Constituição da República teria tido o só escopo de distribuir as atribuições entre as diversas polícias – federal, rodoviária, ferroviária, civil e militar. O parágrafo único do art. 4º do Código de Processo Penal admite, expressamente, que autoridades administrativas, diversas das de polícia judiciária, possam exercer função

25 STRECK, Lenio Luiz e FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. SANTIN, Valter Foletto. *O Ministério Público na investigação criminal*. Bauru: Edipro, 2001. LIMA, Marcellus Polastri. *Ministério Público e persecução criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. BASTOS, Marcelo Lessa. *A investigação nos crimes de ação penal de iniciativa pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

RE 593.727 / MG

investigatória, como acontece, *v.g.*, no âmbito das Comissões Parlamentares de Inquérito;

(v) sustenta-se, pois, que não faria sentido manter o titular da ação penal de iniciativa pública como mero espectador das atividades desenvolvidas pela polícia. Argumenta-se, ao depois, que não é esse o modelo adotado nos sistemas processuais penais europeus contemporâneos. Além disso, admitindo-se formulação de denúncia que prescindia de inquérito policial, como o autoriza o art. 12 do Código de Processo Penal, deveria também poder o Ministério Público, por boa razão lógica, investigar direta e autonomamente.

Analiso-os todos.

6. Argumenta-se que, sendo o Ministério Público o titular da ação penal de iniciativa pública (art. 129, inc. I, da Constituição da República), estaria, por consequência, em razão da teoria dos poderes implícitos (*quem pode o mais, pode o menos*), autorizado a realizar diligências investigatórias, quando necessário. Aduz-se, nesse sentido, que tais poderes de investigação decorreriam da abertura dada pela norma inscrita no inc. IX do art. 129 da Constituição da República.

O que extraio, porém, dessa norma, é exatamente o oposto.

Penso que o texto constitucional deixa muito claro que não constitui função do Ministério Público apurar infrações penais mediante atos próprios de investigação e de instrução, na primeira fase da persecução penal.

À luz das já transcritas distinções dogmáticas de **CANOTILHO**, o art. 129 da Constituição Federal, ao atribuir ao Ministério Público certas *funções*, fê-lo empregando a locução no sentido de *competência*, entendida como autorização de exercício do poder (atividade) para proteção dos cidadãos, sem cometer-lhe função nem competência de apurar infrações penais.

É o que se tira ao disposto no inciso. I:

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

RE 593.727 / MG

I. Promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.”

Como se vê logo sem grande esforço, o preceito cuida apenas da legitimidade para promover a ação penal de iniciativa pública, sem menção alguma à função de conduzir inquérito, nem à apuração preliminar de infrações penais. Não custa, aliás, observar que a Constituição da República até relativizou o monopólio do Ministério Público no tocante à legitimação para mover ação penal de iniciativa pública, ao estabelecer, no art. 5º, inc. LIX, que “*será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal*”.

Ademais, isenta leitura do disposto no inc. III do art. 129, onde se estatui que são funções institucionais do Ministério Público “*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*”, demonstra, de modo nítido, que, quando pretendeu atribuir função investigativa ao Ministério Público, a Constituição o fez em termos expressos.

Provê, ainda, o inc. VIII do art. 129:

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
(...)

VIII. Requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais.”

Estoutra norma revela, às inteiras, que, longe do que poderia sugerir visão apressada do inciso III, a Constituição da República discerne muito bem, das outras fases da chamada persecução penal, a primeira ou preliminar, correspondente ao escopo do inquérito policial, cuja condução não incluiu entre as funções deferidas ao Ministério Público. Não só não a incluiu, como lhe exigiu, antes, que, quando deva, requisite, evidentemente a **outro órgão**, diligências investigatórias e instauração de inquérito policial, sempre indicando os fundamentos jurídicos de suas manifestações.

RE 593.727 / MG

E por que lhe não impôs igual zelo ao outorgar a função de promover o inquérito civil? A única resposta jurídica sensata está em que a Constituição Federal timbrou em distinguir e separar, entre dois órgãos, polícia judiciária e Ministério Público, as funções respectivas de apurar infrações penais e a de acusar em juízo, diversamente do que dispôs sobre o inquérito civil, na óbvia pressuposição da grave mas necessária e regulamentada restrição que a *persecutio criminis* representa aos direitos fundamentais. Daí vem, não só a distinção e a separação daquelas funções, mas ainda a necessidade de fundamentação jurídica, a qual, note-se mais uma vez, não é sequer demandada à instauração de inquérito civil (art. 129, inc. III, da Constituição da República).

E, em eloquente coerência e disciplina sistemática, ao excluir da esfera de atuação institucional do Ministério Público a função de apuração prévia de infrações penais, a qual delegou, expressa e exclusivamente, à polícia, incumbiu o Ministério Público do relevante controle externo da atividade policial, demonstrando *ipso facto* que, pela razão já exposta de necessário resguardo aos direitos fundamentais do cidadão contra eventuais abusos, as investigações preliminares da prática de delitos postulam fiscalização heterônoma. Veja-se:

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
(...)

VII. Exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no inciso anterior.”

Do conjunto dessas provisões constitucionais, vê-se, à margem de qualquer dúvida razoável, que a Constituição não conferiu ao Ministério Público a função de apuração preliminar de infrações penais, de modo que seria fraudá-las todas (*fraus constitutionis*) extrair a fórceps tal competência à leitura isolada do disposto no inc. IX do art. 129, onde consta, dentre suas funções institucionais, a de “*exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas*”.

E isto percebeu-o, com seu habitual descortino, **JOSÉ AFONSO DA**

RE 593.727 / MG

SILVA, ao repudiar, neste caso, invocação da doutrina dos poderes implícitos:

“[...] poderes implícitos só existem no silêncio da Constituição, ou seja, quando ela não tenha conferido os meios expressamente em favor do titular ou em favor de outra autoridade, órgão ou instituição. **Se ela outorgou expressamente a quem quer que seja o que se tem como meio para atingir o fim previsto, não há falar em poderes implícitos.** Como falar em poder implícito onde ele foi explicitado, expressamente estabelecido, ainda que em favor de outra instituição?

[...]

No caso sob nossas vistas, a Constituição se ocupou do tema, conferindo a investigação na esfera penal à polícia judiciária, logo, ela não cabe a nenhum outro órgão ou instituição, nem, portanto, ao Ministério Público”.²⁶

7. No artigo 144, § 1º, a Constituição estabelece:

“Art. 144.

(...)

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

[...]

IV - **exercer, com exclusividade, as funções de polícia**

26 **SILVA, José Afonso da.** *Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente?* *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 12, n. 49, p. 368-388, jul.-set. 2004, p. 376-377.

RE 593.727 / MG

judiciária da União.”

No art. 144, § 4º, determina:

“Art. 144.

(...)

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, **as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais**, exceto as militares.”²⁷

A transparência semântica desses enunciados evidencia que a Constituição da República, de modo expresso, cometeu a função e a competência para apuração de infrações penais tão somente às polícias (federal e civis), sem as partilhar, em texto e modo algum, com o Ministério Público, cujas atribuições, posto conexas, são distintas. E sua manifesta *ratio iuris* diz com a intuitiva necessidade de delimitação e distribuição, entre organismos públicos diversos, dos poderes inerentes a todas as atividades e fases da persecução penal, com vistas à estrita observância da lei e à consequente proteção dos cidadãos.

É esta a razão substantiva por que não vejo como a Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) ou a Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União) poderiam, sem incorrer em grossa inconstitucionalidade, ter atribuído também ao Ministério Público funções e competências que, reservadas às instituições policiais, lhe foram negadas pela Constituição Federal.

Mas o fato é que lhas não atribuíram.

Antes, o primeiro desses diplomas legais, a Lei Complementar nº 75, de 1993, só reafirma as dicções constitucionais:

“Art. 7º Incumbe ao Ministério Público da União, sempre que necessário ao exercício de suas funções institucionais:

27

Grifos nossos.

RE 593.727 / MG

I - instaurar inquérito civil e outros procedimentos administrativos correlatos;

II - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, podendo acompanhá-los e apresentar provas;

III - requisitar à autoridade competente a instauração de procedimentos administrativos, ressalvados os de natureza disciplinar, podendo acompanhá-los e produzir provas.”

É verdade que, no artigo subsequente, lhe prevê poderes de realização direta de diligências instrumentais ou instrutórias. Mas basta atentar no expressivo fraseado que compõe a disposição do *caput* para arredar logo qualquer tentação de entrever, na discriminação desses poderes, outorga de função e competência para apuração preliminar de infrações penais. Leia-se:

“Art. 8º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência:

I - notificar testemunhas e requisitar sua condução coercitiva, no caso de ausência injustificada;

II - requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta;

III - requisitar da Administração Pública serviços temporários de seus servidores e meios materiais necessários para a realização de atividades específicas;

IV - requisitar informações e documentos a entidades privadas;

V - realizar inspeções e diligências investigatórias;

VI - ter livre acesso a qualquer local público ou privado, respeitadas as normas constitucionais pertinentes à inviolabilidade do domicílio;

VII - expedir notificações e intimações necessárias aos procedimentos e inquéritos que instaurar;

RE 593.727 / MG

- VIII - ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública;
IX - requisitar o auxílio de força policial.”²⁸

Como ressalta vistoso ao enunciado normativo, a previsão de tais poderes, longe de instituir conjunto de atribuições autônomas, serve apenas como instrumento operacional **para o exercício das atribuições** do Ministério Público, **nos procedimentos de sua competência**, a qual é definida pela Constituição Federal e por normas subalternas que lhe sejam compatíveis, entre as quais não se encontra nem descobre a de exercer poder de polícia judiciária. E escusa advertir que sustentar coisa contrária, recoberta por qualquer etiqueta linguística, sobre caracterizar interpretação forçada do texto, cujos limites léxicos não toleram distorção semântica, a qual seria já *contra legem*, implicaria fraude escancarada à Constituição da República.

Não se tira tampouco outra conclusão ao disposto no art. 26 da Lei nº 8.625, de 1993, cujas proposições, de igual modo, só confirmam os preceitos constitucionais e as regras correspondentes da Lei Complementar nº 75, do mesmo ano:

“Art. 26. **No exercício de suas funções**, o Ministério Público poderá:

I - instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los:

a) expedir notificações para colher depoimento ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar, ressalvadas as prerrogativas previstas em lei;

b) requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados,

28

Grifos nossos.

RE 593.727 / MG

do Distrito Federal e dos Municípios;

c) promover inspeções e diligências investigatórias junto às autoridades, órgãos e entidades a que se refere a alínea anterior;

II - requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que officie;

III - requisitar à autoridade competente a instauração de sindicância ou procedimento administrativo cabível;

IV - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, observado o disposto no art. 129, inciso VIII, da Constituição Federal, podendo acompanhá-los.”²⁹

Do ponto de vista específico do ordenamento institucional, não subsiste, pois, nenhuma dúvida de que não compete ao Ministério Público exercer atividades de polícia judiciária, as quais, tendentes à apuração das infrações penais, seja lá o nome que se lhes dê aos procedimentos ou aponha na capa dos autos, foram, com declarada exclusividade, cometidas às polícias, federal e civis, pela Constituição da República, segundo cláusulas pontuais do art. 144, que se tornam a transcrever por manter viva a matriz do discurso:

“Art. 144.

(...)

§1º A **polícia federal**, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

RE 593.727 / MG

[...]

V - **exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.**

[...]

§ 4º Às **polícias civis**, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, **as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.**³⁰

No quadro das normas e das razões constitucionais, a instituição que investiga, não promove a ação penal, e a que a promove, não investiga. Não por acaso, senão por deliberada congruência, deram-se ao Ministério Público, no art. 129, VII, da Constituição, como já enfatizei, a função e a competência de exercer o controle externo da atividade policial, por ser intuitivo que quem investiga não pode ao mesmo tempo controlar a legalidade das investigações.³¹

8. Não me escapa a importância das preocupações sobre eventual necessidade, ditada por exigências da disforme realidade brasileira, de mudança do regime adotado, na matéria, pela Constituição da República, e, em particular, sobre situações extremas, como a de supostos ilícitos praticados por policiais, a cujo respeito se questiona se a autoridade policial teria a isenção suficiente para sua apuração rigorosa.

A estas responde o próprio sistema jurídico-constitucional, em que se entregou ao Ministério Público o conspícuo dever de controle externo da atividade policial, mediante exercício de todos os poderes indispensáveis ao formal escrutínio da regularidade das investigações oficiais da polícia mesma.

Àquelas observa-se, mais uma vez, que não é papel desta Corte atuar como *legislador positivo*, inovando, sob pretexto de mera interpretação, o teor de normas constitucionais ou legais destituídas de qualquer vício,

30 Todos os grifos ainda são nossos.

31 PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RE 593.727 / MG

para remediar eventuais disfunções orgânicas. Recordo, ao propósito, que tramita, na Câmara dos Deputados, o *Projeto de Lei nº 8.045/2010*, no qual se propõem regras gerais para a investigação criminal, sem, contudo, extinguir a figura do inquérito policial. Foi-lhe agora apensado o *Projeto de Lei nº 7.987/2010*, de autoria do deputado **MIRO TEIXEIRA** e cujo texto prevê:

“Art. 9º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

§ 1º A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.

§ 2º **É atividade exclusiva da polícia judiciária a apuração de infração penal, sendo vedado ao Ministério Público realizar diretamente investigações no âmbito de procedimento criminal.**”³²

Igual sentido guarda a *PEC nº 37-A/2011*, de autoria do deputado **LOURIVAL MENDES**, a qual acresce ao art. 144 o § 10, onde se declara que a apuração das infrações penais incumbe, **privativamente**, às polícias federal e civis dos Estados e do Distrito Federal.³³

9. Outro dos fundamentos da tese oposta nasce do art. 4º, § único, do Código de Processo Penal, cujo cânone admite, é verdade, que autoridades administrativas estranhas à organização policial recebam, **da lei**, competência para exercício da função de polícia judiciária.

Mas, aqui, é de concordar logo com a irrefutável objeção de **JOSÉ AFONSO DA SILVA**, quando pondera:

“Argumenta-se que a Constituição não deferiu à Polícia Judiciária o monopólio da investigação criminal. É verdade,

32 Grifos nossos. Ambos os Projetos aguardam exame e parecer de Comissão Especial, que não foi ainda instalada.

33 Grifo nosso. Este projeto também aguarda parecer da Comissão Especial.

RE 593.727 / MG

mas as exceções estão expressas na própria Constituição e nenhuma delas contempla o Ministério Público”.³⁴

Entre as essas exceções expressas está, por exemplo, o caso das Comissões Parlamentares de Inquérito, que são investidas de poderes investigatórios próprios das autoridades judiciais, inclusive os de polícia judiciária, *ex vi* do art. 58, § 3º, da Constituição da República.

E a objeção, já de si intransponível, não exclui a crítica da não menor impropriedade de se pretender interpretar a Constituição da República sob a ótica da legislação infraconstitucional, *a fortiori* diante da larga distância cronológica, histórica, ideológica e política que separa a Constituição de 1988 e o Código de Processo Penal de 1941, como se este pudera legitimar atribuição de poderes que aquela repudia! O que é de mister, aliás, em casos como este, e não raro tem-no feito esta Corte, é, antes, reconstruir a interpretação do velho arcabouço processual penal, declarando-lhe as incompatibilidades com o ordenamento constitucional superveniente.

Hoje, a chamada formação da culpa, enquanto fase destinada à apuração do fato que se desenhe ilícito e típico, e de sua autoria, coautoria, ou de eventual participação, como procedimento preparatório à instauração da ação penal, se dá, primordialmente, no inquérito conduzido pelas autoridades policiais, como estatui o art. 4º, *caput*, do Código de Processo Penal.

Esta é a regra; não, porém, absoluta.

É que convém lembrar a existência válida dos institutos do inquérito policial militar, do inquérito administrativo *stricto sensu*, do inquérito civil, atinente à ação civil pública, do inquérito parlamentar e, até, da modalidade de formação da culpa nos crimes contra a propriedade imaterial. Há, portanto, nas três esferas de Poder, distintas formas que ou são já, por natureza, preliminares de persecução penal, como, *v. g.*, o inquérito policial militar, ou que, não o sendo, podem, na prática, funcionar como tais, e todas elas lícitas.

Na órbita da administração pública, os processos administrativos,

34

SILVA, José Afonso da. *Em face da Constituição Federal de 1988...*, op. cit., p. 380.

RE 593.727 / MG

disciplinares ou não, podem dar ensejo a ações penais de conhecimento, de natureza condenatória, desde que revelem, em razão do fenômeno jurídico da múltipla incidência normativa, elementos suficientes a acusação penal formal.³⁵

Nisso ninguém põe dúvida.³⁶

Sabe-se, nesse sentido, que, em relação a crimes contra a ordem tributária, a ordem econômica ou o sistema financeiro nacional, não é raro que procedimento administrativo, oriundo do Fisco, de órgão do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, do Banco Central do Brasil ou da Comissão de Valores Mobiliários, funcione como legítimo procedimento cujo resultado seja capaz de instruir e fundamentar a instauração da ação penal.

De igual modo, nas ações penais dirigidas a apurar o cometimento de crimes funcionais, os dados de processos administrativos figuram, no mais das vezes, como suporte bastante da denúncia, substituindo o inquérito policial, nos termos do art. 513 do Código de Processo Penal.

Também em casos de crime contra o meio ambiente, procedimentos realizados por órgãos do Sistema Nacional do Meio Ambiente podem

35 Tal fenômeno, bem conhecido da dogmática jurídica, consiste em que um mesmo fato histórico, ou parcela dele, pode figurar elemento de *fattispecie* normativas de taxonomia diversa, provocando, como tal, diversas qualificações e consequências jurídicas, como se dá na hipótese aventada, onde certo fato pode tipificar, ao mesmo tempo, ilícito administrativo e ilícito penal. É que *"non vi sono fatti (tipi) aventi in se medesimi la capacità di imporsi alla norma, in maniera univoca, una certa conseguenza giuridica; si dice insomma che il medesimo tipo de condizioni di fatto può essere valutato diversamente da due norme. Dal punto de vista formale, infatti, è perfettamente legittimo sorvolare sulla **necessità storica** che há indotto il **legis lator** ad apprezzare certe condizioni di fatto in un senso anziché in un altro, e a ricollegarvi certe conseguenze giuridiche al posto di altre ugualmente possibili"* (ANGELO ERMANNIO CAMMARATA. *Formalismo e sapere giuridico – studi*. Milano: Dott. A. Giuffrè, 1963, p. 286-287. Grifos do original).

36 "... elementos probatórios, sejam documentais ou testemunhais, coletados na investigação administrativa, podem constituir conjunto preliminar suficiente para o início da ação penal, hipótese em que poderá haver dispensa, formal ou tácita, do inquérito policial, sem com isto se dar vazão a qualquer vício, de qualquer natureza, no que diz respeito à inicial penal" (EL TASSE, Adel. *Investigação preparatória*. Curitiba: Juruá, 2000, p. 109).

RE 593.727 / MG

servir de base à propositura da ação penal, assim como o podem procedimentos administrativos levados a cabo por órgãos do Sistema Nacional de Proteção ao Consumidor, quanto a delitos contra relações de consumo.³⁷

É que, não poucas vezes, o fato histórico subjacente à tipificação de ilícito administrativo configura, ao mesmo tempo, ilícito penal. A autoridade que, no exercício da **função de apuração de ilícito administrativo**, de caráter disciplinar ou não, tome conhecimento da possível prática de crime de ação pública, à luz dos elementos colhidos em **procedimento regular** (= conforme às regras jurídicas), deve comunicá-lo à autoridade competente, sob pena de incidir na contravenção do art. 66, inc. I, da Lei das Contravenções Penais, ou nos crimes de prevaricação (art. 319 do Código Penal) ou de condescendência criminosa (art. 320 do Código Penal).

Da mesma forma, o inquérito parlamentar, realizado por Comissão Parlamentar, pode servir de base a acusação criminal, quando o fato apurado no Legislativo seja, aparentemente, ilícito, típico e culpável.

Nos crimes contra a propriedade imaterial, a formação judicial do corpo de delito configura forma preliminar ou preparatória do processo penal.

Além da licitude do uso suficiente de elementos probatórios produzidos em outras instâncias administrativas, pode também haver dispensa da investigação prévia em inquérito, para efeito de propositura da ação penal, nos termos do que dispõe o art. 12 do Código de Processo Penal.

Neste passo, é fundamental tornar patente que a teórica aproveitabilidade jurídica das provas coligidas em todos esses procedimentos alternativos, as quais, bastando a legitimar a instauração da ação penal, tornam prescindível a abertura de inquérito policial, não

³⁷ Bem como procedimentos originários de outras agências, autarquias e órgãos da administração direta e indireta que tenham poder e atribuição para a realização de processos administrativos, destinados a apurar fatos que, na sua configuração histórica, possam tipificar ilícitos administrativos **como objeto próprio da investigação** e, eventual e concomitantemente, ilícitos penais.

RE 593.727 / MG

decorre da aparente incidência do § único do art. 4º do Código de Processo Penal, que preceitua:

“Art. 4º. A **polícia judiciária** será exercida pelas autoridades policiais no território de suas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem seja por lei cometida a **mesma função**.”³⁸

É que, tirante a Comissão Parlamentar de Inquérito, nenhuma dessas outras autoridades todas, não policiais, que colhem as provas úteis em procedimentos administrativos **regulados por lei**, está investida de função e competência constitucional, nem sequer legal, se esta bastasse por hipótese, para exercício dos poderes de **polícia judiciária**, nem as colhe nessa condição, senão que age no só desempenho de função e competência meramente **administrativas**, deferidas pela lei para o fim específico de apuração de ilícitos administrativos, cuja demonstração pode fazer dispensável abertura de inquérito policial, se o mesmo fato histórico demonstrado seja, em tese, também criminoso. Não se trata, pois, de hipóteses de atribuição de competência de polícia judiciária por norma infraconstitucional, à revelia da Constituição da República, mas da **previsão constitucional e legal** doutras competências, de cujo exercício podem resultar também dados retóricos que, nos termos do ordenamento processual penal, dispensem, por inutilidade consequente, procedimento específico de polícia judiciária. Onde, tais exemplos não se prestam tampouco a confortar, dalgum outro modo, o débil argumento de que a lei poderia dar ao Ministério Público função e competência de polícia judiciária.

10. Submeto, neste ponto, à elevada reflexão da Corte, à luz do art. 5º, incs. XLV e XLVI, da Constituição da República, as repercussões, que tem na espécie, a natureza pessoal, individual e subjetiva, da

38 Grifos nossos.

RE 593.727 / MG

responsabilidade criminal.

Esta singular natureza da responsabilidade penal não pode deixar de refletir-se no perfil do instrumento metodológico de sua apuração, que é a *persecutio criminis* considerada em todas as suas fases.

E uma de suas mais imediatas e vigorosas consequências está em que só se concebe propositura lícita de ação penal, com base exclusiva em elementos reunidos em outras formas de apuração preliminar que não a do inquérito policial, se tal prova contenha indícios que, inculcando materialidade do fato e sua autoria, caracterize **justa causa** para instauração do processo. E a razão intuitiva é porque a tutela constitucional dos direitos e garantias individuais não permite sujeitar ninguém aos constrangimentos inerentes à pendência do processo criminal, sem suporte probatório mínimo que o torne viável e, como tal, tenha peso axiológico para justificar a consequente restrição à esfera jurídica do réu.

Não é só.

Conquanto a serventia teórica das provas colhidas alhures, para fim de legitimação da instauração da ação penal, não provenha, como já acentuei, da incidência do disposto no § único do art. 4º do Código de Processo Penal, exige-se lei, válida e constitucional, que discipline os respectivos procedimentos administrativos, para que seus resultados retóricos se tornem aproveitáveis no âmbito criminal e dispensem abertura de inquérito policial. Não é à toa, pois, que todos os exemplos dados são de procedimentos administrativos regulados por lei, que só desta pode emanar valia jurídica de elementos probatórios não coligidos em inquérito policial, para corporificar **justa causa** ao processo-crime.

E, por vê-lo claro, escusam largos latins, bastando a necessária reverência ao disposto nos arts. 1º e 5º, incs. II, LIV e LV, da Constituição da República.

No Estado Democrático de direito (art. 1º), ninguém pode comportar-se à margem da legalidade (art. 5º, inc. II). Se, nisso, ao particular vale o princípio de que é permitido tudo o que a lei não lhe proíba, ao Poder Público só dado fazer o que lhe autorize a lei:

RE 593.727 / MG

“É nesse sentido que se deve entender a assertiva de que o Estado, ou o Poder Público, ou os administradores não podem exigir qualquer ação, nem impor qualquer abstenção, nem mandar tampouco proibir nada aos administrados, senão em virtude de lei”.³⁹

E:

“[...] é a representação popular, o Legislativo, que deve, impessoalmente, definir na lei e na conformidade da Constituição os interesses públicos e os meios e modos de persegui-los, cabendo ao Executivo, cumprindo ditas leis, dar-lhes a concreção necessária. Por isso se diz, na conformidade da máxima oriunda do Direito inglês, que no Estado de Direito quer-se o governo das leis, e não o dos homens; impera a *rule of law, not of men*”.⁴⁰

Em suma, o Poder Público, no Estado Democrático de direito, só pode agir estritamente *secundum legem*.

Como já adiantei, a conversão da competência – aliás, de todo ausente neste caso – em atos dá-se sempre em procedimentos juridicamente regulados, ou, noutras palavras, “*o exercício das funções públicas está sujeito a um iter procedimental juridicamente adequado à garantia dos direitos fundamentais e à defesa dos princípios básicos do Estado de direito democrático*”.⁴¹

Assim, ainda quando, por epítrope, se pudesse extrair ao art. 129 da Constituição da República a suposta competência do Ministério Público para apurar a prática de infrações penais, é evidente que só poderia

39 SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 420.

40 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 91-92.

41 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional...*, op. cit., p. 530.

RE 593.727 / MG

exercida nos precisos termos da necessária disciplina de lei,⁴² em procedimento juridicamente regulado, à vista das cláusulas constitucionais do devido processo legal (art. 5º, incs. LIV e LV) e da competência privativa da União para legislar em matéria processual (art. 22, inc. I), que, como é mais que óbvio, abrange o procedimento por observar na primeira fase da *persecutio criminis*.

Vem logo, daí, que são írritas e frustradas, senão até inconcebíveis, as tentativas de regulamentação da matéria por via de resoluções – e aqui me refiro, dentre outras, estaduais e federais, designadamente à Resolução nº 13, de 02.10.2006, do Conselho Nacional do Ministério Público.

Dos três grandes modelos existentes para conceber e regular a atuação do órgão encarregado de, com competência de polícia judiciária, cujo poder se concentra na investigação policial, promover a instrução penal preliminar, poderia nosso sistema jurídico ter adotado qualquer dos outros dois – o do juiz instrutor ou o do promotor investigador –,⁴³ desde que o fizesse mediante particularizada disciplina legal, condizente com a Constituição, sobretudo com o resguardo do direito de defesa.

Abrindo parêntese, é preciso convir em que considerar o membro do Ministério Público, ao mesmo tempo, como “advogado sem paixão” e “juiz sem imparcialidade”, segundo a expressiva qualificação de **CALAMANDREI**,⁴⁴ fora exigir-lhe demais. Na condição de parte acusadora, seria humano e natural que nem sempre pudesse conduzir, com objetividade e isenção suficientes, a primeira fase da *persecutio criminis*, acabando, nesse papel, por causar prejuízos ao acusado e à sua defesa:

“A acusação formal, clara e fiel à prova é garantia da

42 **ANDRADE, Mauro Fonseca. Ministério Público e sua investigação criminal.** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

43 **LOPES JR., Aury. Sistemas de investigação preliminar no processo penal.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

44 **CALAMANDREI, Piero. Eles, os juízes, vistos por nós, advogados.** Lisboa: Clássica. trad. de Ary dos Santos. 4ª ed., 1960, p. 59.

RE 593.727 / MG

defesa, em Juízo, do acusado. Espera-se, então, do acusador público imparcialidade. Tanto que se permite argüir-lhe a suspeição, impedimento, ou outra incompatibilidade com determinada causa penal. É o que se encontra na Lei do Processo. Dirigir a investigação e a instrução preparatória, no sistema vigente, pode comprometer a imparcialidade. Desponta o risco da procura orientada de prova, para alicerçar certo propósito, antes estabelecido; com abandono, até, do que interessa ao envolvido. Imparcialidade viciada desatende à justiça”.⁴⁵

Neste ponto, é de rigor lembrar notável precedente desta Corte, representado do julgamento do RHC nº 48.728 (Rel. Min. LUIZ GALLOTTI, j. 26/05/1971). Ainda sob regramento constitucional de viés autoritário, os Ministros expressaram funda preocupação com a hipótese de se concentrarem os poderes de investigar e de denunciar na mesma autoridade pública. Transcrevo, ao propósito, excerto do voto do Min. AMARAL SANTOS:

“Mas entre a investigação e a denúncia vai a formulação de um juízo de valor: a estimação da investigação. Por outras palavras, na denúncia há o resultado de um juízo sobre a investigação. Esta é um opus, um processo de natureza administrativa, desprovido de elementos (fatos e provas) para oferecer à apreciação de quem vai formular o juízo. Da investigação o mais que se pode concluir é que o órgão encarregado dela, relatando-a, a ofereça ao órgão incumbido do poder de representação judicial. Este, independente e autônomo, segundo seu próprio juízo, encontrará ou não na investigação elementos fáticos e probatórios suficientes para a formulação e oferecimento da denúncia. Há, pois, um autor da investigação e um destinatário da investigação, que em razão mesmo de suas atribuições não podem se unipessoalizar.

45 PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Procedimento administrativo criminal...*, op. cit., 2003.

RE 593.727 / MG

Permitir que o autor da investigação, isto é, seu dirigente, orientador ou executor, ele próprio, aprecie os seus resultados e lhe confira idoneidade bastante para, com fundamento nela, propor a ação penal, corresponde a entregar à mesma pessoa o poder de ajuizar dos seus próprios atos, o que repugna à consciência jurídica.

(...)

Em suma, no sistema brasileiro, em que o Ministério Público oferecerá a denúncia quando encontrar elementos suficientes para ela, podendo até mesmo recusar-se a denunciar por não encontrá-los, existe veemente a incompatibilidade jurídica entre o autor da investigação e o órgão estatal titular do direito de ação penal”.

E concluiu S. Ex^a:

“O promotor é parte, mas não parte para apreciar suas próprias investigações.”

Sobre o impedimento do promotor que atue como presidente de sindicância para investigar os fatos, sublinhou o Min. **ANTÔNIO NEDER**:

“Resumo, pois, os fundamentos deste voto: [...] o terceiro (que, aliás, deveria ser indicado em primeiro lugar), é o de que o procurador, ele mesmo, fez a sindicância ou investigação e ofereceu a denúncia com base no que investigou, anomalia esta que não se harmoniza, como é óbvio, com o processo penal entre nós vigente, que comete a uma autoridade o poder de investigar a existência de crime e a outra o poder de denunciar o autor que for indiciado em tal investigação, isto para a garantia do indiciado, que pode ser perseguido pelo investigador que, ao mesmo tempo, seja o acusador.

(...)

O funcionário que faz a investigação, a sindicância, não pode acusar.”

RE 593.727 / MG

O Min. **THOMPSON FLORES**, citando outros precedentes do Tribunal, não foi menos incisivo:

“Tenho como ilegítimo o representante do Ministério Público que ofereceu a denúncia contra o paciente e outros.

Correta estaria a delegação para a sindicância, nos termos da lei e da Portaria nº 1.320. E sua execução já contra-indicaria o delegado para o exercício da ação penal, como se tem reconhecido e acentuou o julgado desta Corte no RHC 34.827, do qual foi Relator o eminente e saudoso Ministro Nelson Hungria (Rev. Jurídica do Rio Grande do Sul, vol. 29, p. 80-1). [Também publicado na RTJ 1/694-695.] Sua ementa dispõe, verbis:

‘O C. Pr. Pen. não autoriza a deslocação de competência, ou seja a substituição da autoridade policial pela judiciária e membro do Ministério Público, na investigação de crime.’

E o eg. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em acórdão de que fora Relator o ilustre Desembargador Celso Afonso Pereira, destacara em sua ementa, Rev. Justiça, vol. 31, p. 269:

‘A boa administração da justiça criminal exige que haja formal separação entre o Ministério Público e a política [rectius: polícia?] judiciária. O encargo de acusador oficial é incompatível com a autorização de proceder ele mesmo a atos de instrução, embora preparatória.’

(...)

Penso que não poderia fazê-lo, usando o próprio sindicante, o ilustre Procurador, essa dupla atribuição.

Não o quer o próprio Código, art. 28, pelo sistema que

RE 593.727 / MG

nele se insculpe, e, ademais, em seu desfavor ocorreria o impedimento a que se refere o art. 252, I, c/c o art. 258, do citado Diploma”.

Por todas essas razões, as quais me avigoram o convencimento, é que, fechando o parêntese, deixo registradas também minhas sérias dúvidas quanto à conveniência política e adequação jurídica da adoção de tal modelo *de iure condendo*.

Retomo o raciocínio para encarecer as percucientes observações de **RENÉ ARIEL DOTTI**:

“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; *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. 5º, LV) – e da **legalidade** – no plano pessoal (CF, art. 5º, 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)”⁴⁶.

A cláusula do *due process of law* só tolera investigação ali onde haja

46 DOTTI, René Ariel. *O desafio da investigação criminal*. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, ano 12, n. 138, p. 8, maio 2004.

RE 593.727 / MG

lei que a discipline. E, não qualquer lei, senão aquela que sirva à dupla função instrumental do procedimento prévio: averiguar a existência de delito e sua autoria, bem como evitar acusações infundadas.

Como bem ponderado por **RENÉ ARIEL DOTTI**, a investigação direta pelo Ministério Público, no quadro constitucional vigente, não atende a nenhum daqueles requisitos já arrolados, simplesmente porque, não encontrando válido apoio legal, produziria consequências insuportáveis dentro do sistema governado pelos princípios elementares do devido processo da lei: (i) não há prazo para diligências nem para sua conclusão; (ii) não se disciplinam os limites de seu objeto; (iii) não se submete a controle judicial, porque carece de existência jurídica; (iv) não se assujeita à publicidade geral dos atos administrativos, da qual o sigilo é exceção, ainda assim sempre motivado e fundado em disposição de lei; (v) não prevê e não garante o exercício do direito de defesa, nem sequer a providência de ser ouvida a vítima; (vi) não se subjeta a controle judicial dos atos de arquivamento e de desarquivamento, criando situação de permanente insegurança para as pessoas tidas por suspeitas ou investigadas; (vii) não contém regras para produção das provas, nem para aferição de sua consequente validade; e, do ponto de vista de coisas práticas, (viii) não prevê sobre o registro e numeração dos autos, nem tampouco sobre seu destino, quando a investigação já não interesse ao Ministério Público.

Não se deve esquecer, ademais, que há atos instrutórios que, próprios dessa fase antecedente à propositura da ação penal, são irrepetíveis e, como tais, dotados de efeito jurídico-processual absoluto, como o reconhecimento, a juntada de documentos, a busca e apreensão etc., os quais seriam praticados, na hipótese, à margem e à revelia da lei. Como conceber-se, sob o signo do Estado Constitucional, a produção de prova dotada de efeito probatório absoluto que não encontre disciplina em lei?

O saudoso jurista **SÉRGIO PITOMBO** bem ilustra, sob outros aspectos não menos nevrálgicos, a dificuldade invencível de o Ministério Público exercer funções típicas da polícia judiciária:

RE 593.727 / MG

“No sistema de direito processual penal, o Procurador da República e o Promotor de Justiça não se consideram Autoridade. Não podem eles presidir auto de prisão em flagrante delito; nem usar o instituto da voz de prisão. Não se admite que, em certos casos, concedam fiança. Não se aceita que solicitem ao Poder Judiciário, para si, autorização ou cumpram, de modo direto, mandado judicial de busca e de apreensão. Não guardam poder de ordenar a restituição, quando cabível, de coisa apreendida. Muito menos pretender a infiltração de agentes seus, em tarefas de investigação. Autoridade, na fase extrajudicial da persecução penal, denominada procedimental, ou de inquérito policial é quem pode exercer, por inteiro, as funções de polícia judiciária, tal como marcadas na Lei Maior. Precisa o Ministério Público, por isso, no correr do pretendido procedimento investigatório e instrutório, que instaurou, requisitar o concurso da polícia judiciária, federal ou estadual. O procedimento, assim, torna-se híbrido, causando tumulto na justiça criminal.”⁴⁷

E relembra que, suposto autorizada apuração direta de infrações penais pelo Ministério Público, ainda assim este continuaria a depender da polícia judiciária, no correr da investigação:

“Em síntese, Procuradores da República e Promotores de Justiça necessitam dos serviços das Autoridades policiais, para levar avante o pretense procedimento preparatório, que venham a iniciar. Polícia judiciária, havida por inconfiável, os secundando, não obstante fiscalizada e corrigida, de maneira externa, pelo Ministério Público. Mais, ainda, a dúvida de quem faria o controle interno, do mencionado procedimento administrativo ministerial, operacionalizado pela polícia judiciária, a mando e comando dos Procuradores da República e Promotores de Justiça. O artificialismo da idéia, de imaginada

⁴⁷ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Procedimento administrativo criminal...*, op. cit., p. 3.

RE 593.727 / MG

atuação administrativa interna do Ministério Público, para a apuração de infrações penais e respectiva autoria, rompe com a lógica. Mostra-se suspeita de outra destinação, para além da propalada busca de eficiência” “Em síntese, Procuradores da República e Promotores de Justiça necessitam dos serviços das Autoridades policiais, para levar avante o pretense procedimento preparatório, que venham a iniciar. Polícia judiciária, havida por inconfiável, os secundando, não obstante fiscalizada e corrigida, de maneira externa, pelo Ministério Público. Mais, ainda, a dúvida de quem faria o controle interno, do mencionado procedimento administrativo ministerial, operacionalizado pela polícia judiciária, a mando e comando dos Procuradores da República e Promotores de Justiça. O artificialismo da idéia, de imaginada atuação administrativa interna do Ministério Público, para a apuração de infrações penais e respectiva autoria, rompe com a lógica. Mostra-se suspeita de outra destinação, para além da propalada busca de eficiência”.⁴⁸

Por tudo isso, adverte-se que

“[...] as possibilidades de o Ministério Público investigar diretamente dependem da previsão legal de disposições regulando a investigação, de tal sorte que as lesões decorrentes do abuso na investigação possam ser objeto de reclamação perante o Judiciário – princípio da inafastabilidade da jurisdição – e o sistema de freios e contrapesos possa funcionar”.⁴⁹

11. Aduz-se, ainda, que, podendo oferecer denúncia direta, isto é, sem instauração prévia de investigação policial, poderia o Ministério Público, por via de consequência, investigar diretamente.

O argumento, sobre não ter valor no âmbito do Direito Público, não

48 PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Procedimento administrativo criminal...*, op. cit., p. 3.

49 PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório...*, op. cit., p. 133.

RE 593.727 / MG

se sustentaria diante da expressa reserva constitucional de competência, outorgada às polícias federal e civil (art. 144), que devem exercê-la mediante o instrumento legalmente regulamentado do inquérito policial.

12. Alega-se, por fim, que não faria sentido manter o titular da ação penal na posição de mero espectador das investigações desenvolvidas pela Polícia, até porque não seria este o modelo adotado, por exemplo, nos sistemas processuais europeus contemporâneos.

Tal postura, que guarda mais sentido crítico que consistência jurídica, pressupõe a ideia de que o inquérito policial constituiria apenas base para acusação legítima e, nisto, revela, quando menos, visão parcial da realidade. O inquérito é também suporte para arquivamento do procedimento investigatório, quando se verifique sejam ineficazes as provas reunidas, quanto à existência do fato ou definição da autoria, ou logo demonstrem que o fato é inexistente ou atípico, ou, ainda, que há causa de exclusão da antijuridicidade ou de extinção da punibilidade,⁵⁰ e, nesses termos, caracteriza poderoso instrumento de defesa e de tutela de direitos fundamentais, na medida em que, em muitos desses casos, a obrigatória decisão judicial de arquivamento é coberta por *res iudicata* material.⁵¹

Não creio mereça consideração a referência a modelos estranhos, cuja experiência, ainda quando bem sucedida no contexto cultural em que foram adotados, em nada influi no reconhecimento do perfil do nosso direito positivo, nomeadamente na organização dos Poderes Públicos e no arcabouço processual penal. É matéria de algum relevo apenas *de lege ferenda*.

E, subentendendo-se a existência de motivos apócrifos, ligados a crítica de eventual ineficiência e, até, a desconfiança quanto ao cumprimento das funções policiais, o certo é que, como já demonstrado,

50 Cf. PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Inquérito policial...*, op. cit., p. 22-23.

51 Cf. HC nº 83.346 – SP, 1ª Turma, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, j. 17/05/2005; PET nº 3.197 – QO – SP, Plenário, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, j. 31/03/2005; PET nº 3.943 – MG, Plenário, Rel. Min. CEZAR PELUSO, j. 14/04/2008; PET nº 3.297 – MG, Plenário, Rel. Min. CEZAR PELUSO, j. 19/12/2005 (in RTJ 198/579 e Lex-JSTF 327/515).

RE 593.727 / MG

perante textos expressos da Constituição, o Ministério Público não é espectador passivo das investigações criminais, em lhe competindo as importantes e decisivas tarefas de “*exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar*”, e de “*requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais*” (incs. VII e VIII do art. 129).

13. Não vejo, em suma, como nem por onde reconhecer ao Ministério Público competência para, mediante procedimento investigativo destinado à apuração de infrações penais, como medida preparatória à instauração de ação penal, exercer poderes de polícia judiciária, reservados aos organismos policiais, sobre cujas correspondentes atividades tem, no entanto, poder de requisição e fiscalização:

“Os referenciados regramentos constitucionais determinam, destacadamente, os campos de atuação de cada uma dessas instituições estatuais atuantes na *persecutio criminis*, distinguindo entre a atividade instrutória, atribuída à Polícia Judiciária, e a dela provocatória e supervisora, concedida ao Ministério Público”.⁵²

14. Concedo, porém, consoante de há muito já o fiz no julgamento do HC nº 93.224,⁵³ que, à luz da vigente ordem jurídica, possa o Ministério Público realizar, diretamente, atividades de investigação da prática de delitos, para fins de preparação e eventual instauração de ação penal, em **hipóteses excepcionais e taxativas**, desde que se observem certas condições e cautelas tendentes a preservar os direitos e garantias assegurados na cláusula constitucional do justo processo da lei (*due process of law*), como, aliás, o admitem precedentes da Corte.⁵⁴

52 TUCCI, Rogério Lauria. *Ministério Público e investigação criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 30.

53 Rel. Min. EROS GRAU, DJ 04/09/2008.

54 HC nº 89.837, Rel. Min. CELSO DE MELLO; HC nº 91.613, Rel. Min. GILMAR MENDES), já *infra* citados.

RE 593.727 / MG

Tenho, contudo, com a devida vênia, que tal excepcionalidade exige predefinição de limites estreitos e claros, a começar pela necessidade de que a atuação do Ministério Público se desenvolva e documente em procedimento formal, de regra público e sempre submetido ao controle judicial, nos mesmos termos em que se documentam e desenvolvem os inquéritos policiais. Lembro que a Corte já se viu compelida a garantir ao patrono de pessoa investigada o acesso aos autos de investigação conduzida, durante dois anos, pelo Ministério Público, mas até então marcada por sigilo oposto também ao próprio Judiciário:

“ADVOGADO. Investigação sigilosa do Ministério Público Federal. Sigilo inoponível ao patrono do suspeito ou investigado. Intervenção nos autos. Elementos documentados. Acesso amplo. Assistência técnica ao cliente ou constituinte. Prerrogativa profissional garantida. Resguardo da eficácia das investigações em curso ou por fazer. Desnecessidade de constarem dos autos do procedimento investigatório. HC concedido. Inteligência do art. 5º, LXIII, da CF, art. 20 do CPP, art. 7º, XIV, da Lei nº 8.906/94, art. 16 do CPPM, e art. 26 da Lei nº 6.368/76 Precedentes. É direito do advogado, suscetível de ser garantido por *habeas corpus*, o de, em tutela ou no interesse do cliente envolvido nas investigações, ter acesso amplo aos elementos que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária ou por órgão do Ministério Público, digam respeito ao constituinte” (HC nº 88.190, Rel. Min. CEZAR PELUSO, DJ de 06.10.2006).

Essas condições primárias são essenciais, mas não bastam para legitimar investigação pelo Ministério Público, a qual precisa estar ainda justificada por qualquer das competências funcionais previstas na Constituição da República e na legislação subalterna, no preciso sentido de que os atos de polícia judiciária sejam praticados em razão da competência já atribuída para investigar, administrativamente, os próprios membros e servidores da instituição, as autoridades e agentes

RE 593.727 / MG

policiais, cujo comportamento seja, em tese, criminoso, ou para suprir omissão ou recusa dessas autoridades em instaurar inquérito policial, pois, em todas essas hipóteses, a prática de eventual delito pode, figurada no mesmo fato ou ato, coexistir com a prática de infração disciplinar ou funcional. É que, como se viu, o mesmo fato histórico pode comportar mais de uma qualificação e consequência jurídico-normativas.⁵⁵

Em palavras descongestionadas, admito que o Ministério Público promova atividades de investigação de infrações penais, como medida preparatória para instauração de ação penal, desde que o faça nas seguintes condições: 1) mediante procedimento regulado, por analogia, pelas normas que governam o inquérito policial; 2) que, por consequência, o procedimento seja, de regra, público e sempre supervisionado pelo Poder Judiciário; 3) e que tenha por objeto fato ou fatos teoricamente criminosos, praticados por membros ou servidores da própria instituição (a), ou praticados por autoridades ou agentes policiais (b), ou, ainda, praticados por outrem, se, a respeito, a autoridade policial, cientificada, não haja instaurado inquérito policial (a).

15. Aplicadas ao caso todas noções expostas, dentro da cognição limitada do recurso, não me parecem coexistir tais requisitos de excepcionalidade.

É que, segundo os fatos incontroversos da causa, que o âmbito do recurso extraordinário não me autoriza a rever à luz das provas, o Ministério Público não se limitou a receber documentos bastantes à instauração da ação penal, mas, consoante o reconhece *in expressis*, abriu procedimento investigatório específico, nomeado e registrado como tal (**Procedimento Administrativo nº 270/06**), onde, dentre outras providências, intimou o ora paciente, que não estava obrigado a fazê-lo à **míngua de lei** que lho impusesse, para prestar informações sobre a representação da suposta credora. E, com só apoio nos elementos aí coligidos, formalizou a denúncia.

Noutras palavras, a Procuradoria de Combate aos Crimes Praticados

55

Cf. *infra* as notas nº 35 e 36.

RE 593.727 / MG

por Agentes Políticos Municipais agiu *a legibus soluta* como se fora autoridade policial, prescindindo da instauração de inquérito, cuja desconsideração não justificou, nem pode, a meu aviso, ser justificada.

16. Ante ao exposto, **dou provimento ao recurso**, para decretar a nulidade *ab initio* do **Processo Crime nº 1.0000.06.444038-1/000**, em trâmite perante o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, e em que figura como réu o ora recorrente.