

DIREITO PÚBLICO CONSTITUCIONAL

COMENTÁRIO À JURISPRUDÊNCIA

DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A INVESTIGAÇÃO DE NATUREZA CRIMINAL

LAÉRCIO CONCEIÇÃO LIMA

Promotor de Justiça

Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Brasil

laercio@mp.mg.gov.br

1. Introdução

Inicialmente, cumpre analisar a legitimidade do Ministério Público – MP – sob o *prisma constitucional*, nos exatos termos dos artigos 127, *caput*, e 129, *caput* e incisos I e VIII, da Carta Constitucional. O legislador constituinte atribuiu ao *Parquet*, entre as funções institucionais mencionadas no artigo 127 – defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses individuais indisponíveis –, a defesa dos interesses sociais, quer estes se apresentem como difusos ou coletivos.

No âmbito dos interesses sociais, está o interesse difuso, consistente, por excelência, no direito de punir do Estado e acima de tudo da própria sociedade. Isso se depreende do teor do inciso I do artigo 129 da Carta da República, no qual se inscreve, como função institucional do MP, “*promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei*”, e do inciso VIII, que estabelece a prerrogativa do órgão de “*requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial*”, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais.” (BRASIL, 1988, grifo nosso).

Assim, a legitimação do *Parquet* para a *proteção do interesse de punir* do Estado – antes de tudo constituído em *interesse social*,

representando, por excelência, interesse difuso de todo o corpo social – é recebida diretamente da Carta Magna.

No ordenamento infraconstitucional, ela vem disciplinada em vários diplomas legais, entre os quais a Lei n. 8.625/1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), nos seus artigos 1º, 25, inciso IV, alíneas “a” e “b”, e 26, inciso I, e a Lei Complementar Estadual n. 34/1994 (Lei Orgânica do Ministério Público de Minas Gerais), nos seus artigos 1º, 66, inciso VI, alíneas “a” e “b”, e 67, inciso I.

2. O poder-dever de propor ação penal pública como fundamento da legitimação para a investigação criminal

A legitimação para a investigação criminal é corolário da titularidade da ação penal pública. Não pode ser outro o entendimento, pois ao MP compete promover a proteção do interesse de agir do Estado.

Em função dessa responsabilidade, prevista na Constituição Federal, todos os elementos de convicção no inquérito policial devem ser amealhados para que o MP exerça a promoção da ação penal. Ora, se toda investigação deve ser feita em função do *Parquet*, não há motivo para que ele seja impedido de, por autoridade própria, promover – seja em caráter supletivo ou complementar – a investigação criminal para a apuração de qualquer infração penal. Trata-se de uma competência legal concorrente com a da polícia judiciária, não se justificando a resistência das Polícias Civil e Federal a esse poder investigatório no âmbito criminal.

Caberá ao órgão do MP a decisão de definir em que situação deverá intervir para que a investigação criminal seja por ele levada a efeito. Não se pretende tomar a competência legal da polícia judiciária na apuração dos fatos criminosos; por outro lado, não se quer a negação do poder investigatório do MP.

Aliás, já que essa investigação policial é feita para possibilitar à instituição – titular absoluta da ação penal pública – a proteção dos interesses sociais – entre eles o interesse de punir do Estado, que nada mais é que a proteção dos legítimos interesses e valores da sociedade civil –, a polícia judiciária deveria estar vinculada ao pró-

prio *Parquet*, e não aos governos das unidades federativas, seja a União, os Estados-Membros ou o Distrito Federal. Por isso, toda e qualquer investigação policial deveria ficar sob o controle direto do MP, excluindo-se a intervenção do Judiciário nessa fase, em que os elementos de convicção são colhidos para a formação da *opinio delicti* do órgão ministerial.

É importante dizer que o magistério da jurisprudência de nossos Tribunais, especialmente do Supremo Tribunal Federal¹ e do Superior Tribunal de Justiça, é no sentido de assegurar a legitimidade do *Parquet* para a atividade de investigação, uma vez que lhe é conferida a prerrogativa exclusiva de promoção da ação penal pública.

Isso não significa que seja desprezado ou derogado o papel nobre e relevante da polícia judiciária. O que se quer dizer é que, em casos e situações excepcionais – como ocorre nos crimes perpetrados por Policiais Militares e Cíveis, Prefeitos, agentes públicos do alto escalão dos governos estaduais e federal etc. –, é necessário que o bastião seja encetado pelo órgão do MP. Do contrário, a apuração dos fatos ficaria comprometida, já que envolve agentes integrantes da polícia judiciária e militar e de pessoas que possuem o controle administrativo sobre as polícias.

Em julgamento proferido no Recurso Extraordinário n. 464.893-GO, pela Segunda Turma, em 20 de maio de 2008, o Ministro-relator Joaquim Barbosa defende expressamente a legitimidade do *Parquet* para a investigação criminal e a não obrigatoriedade do órgão ministerial de promover a ação penal baseada exclusivamente no inquérito policial. No caso em questão, houve oferecimento de denúncia contra Prefeito baseada exclusivamente em inquérito civil. Nas palavras do Ministro:

O que autoriza o Ministério Público a investigar não é a natureza do ato punitivo que pode resultar da investigação (sanção administrativa, cível ou penal), mas, sim o fato a ser apurado, incidente sobre bens jurídicos cuja proteção a Constituição explicitamente confiou ao *Parquet*.

¹ O pleno do STF ainda não julgou a legitimidade do MP para a investigação criminal.

A rigor, nesta como em diversas outras hipóteses, é quase impossível afirmar, *a priori*, se se trata de crime, de ilícito cível ou de mera infração administrativa. Não raro, a devida valoração do fato somente ocorrerá na sentença!

Note-se que não existe uma diferença ontológica entre o ilícito administrativo, o civil e o penal. Essa diferença, quem a faz é o legislador, ao atribuir diferentes sanções para cada ato jurídico (sendo a penal subsidiária e a mais gravosa).

Assim, parece-me lícito afirmar que a investigação se legitima pelo *fato investigado*, e não pela ponderação objetiva acerca de qual será a responsabilidade do agente e qual a natureza da ação a ser eventualmente proposta. (Grifo do original)

Na prática, penso que é possível propor tanto a ação civil pública com base em inquérito policial quanto ação penal subsidiada em inquérito civil. *Essa divisão entre civil e penal é mera técnica de racionalização da atividade estatal. O que é de fato relevante é a obrigação constitucional e legal a todos imposta de se conformar às regras jurídicas, indispensáveis a uma convivência social harmônica.* (BRASIL, 2008a, grifo nosso).

A ementa desse julgado foi assim resumida:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PENAL. PROCESSUAL PENAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. OFERECIMENTO DE DENÚNCIA COM BASE EM INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO. VIABILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. Denúncia oferecida com base em elementos colhidos no bojo de Inquérito Civil Público destinado à apuração de danos ao meio ambiente. Viabilidade.

2. *O Ministério Público pode oferecer denúncia independentemente de investigação policial, desde que possua os elementos mínimos de convicção quanto à materialidade e aos indícios de autoria, como no caso (artigo 46, § 1º, do CPP).*

3. Recurso a que se nega provimento. (BRASIL, 2008a, grifo nosso).

Não é diferente o entendimento esposado pela mesma Segunda Turma no *Habeas Corpus* n. 89.837/DF – julgado em 20 de outubro de 2009, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello –, cuja decisão foi unânime pela legitimidade do poder investigatório do MP:

EMENTA: ‘HABEAS CORPUS’ – CRIME DE TORTURA ATRIBUÍDO A POLICIAL CIVIL – POSSIBILIDADE DE O MINISTÉRIO PÚBLICO, FUNDADO EM INVESTIGAÇÃO POR ELE PRÓPRIO PROMOVIDA, FORMULAR DENÚNCIA CONTRA REFERIDO AGENTE POLICIAL – VALIDADE JURÍDICA DESSA ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA – CONDENAÇÃO PENAL IMPOSTA AO POLICIAL TORTURADOR – LEGITIMIDADE JURÍDICA DO PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – MONÓPOLIO CONSTITUCIONAL DA TITULARIDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA PELO ‘PARQUET’ – TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS – CASO ‘McCULLOCH v. MARYLAND’ (1819) – MAGISTÉRIO DA DOUTRINA (RUI BARBOSA, JOHN MARSHALL, JOÃO BARBALHO, MARCELLO CAETANO, CASTRO NUNES, OSWALDO TRIGUEIRO, v.g.) – OUTORGA, AO MINISTÉRIO PÚBLICO, PELA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, DO PODER DE CONTROLE EXTERNO SOBRE A ATIVIDADE POLICIAL – LIMITAÇÕES DE ORDEM JURÍDICA AO PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – ‘HABEAS CORPUS’ INDEFERIDO. NAS HIPÓTESES DE AÇÃO PENAL PÚBLICA, O INQUÉRITO POLICIAL, QUE CONSTITUI UM DOS DIVERSOS INSTRUMENTOS ESTATAIS DE INVESTIGAÇÃO PENAL, TEM POR DESTINATÁRIO PRECÍPUO O MINISTÉRIO PÚBLICO.

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

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

A outorga constitucional de funções de polícia judiciária à instituição policial não impede nem exclui a possibilidade de o Ministério

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

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

Ainda que inexistir qualquer investigação penal promovida pela Polícia Judiciária, o Ministério Público, mesmo assim, pode fazer instaurar, validamente, a pertinente *persecutio criminis in iudicio*, desde que disponha, para tanto, de elementos mínimos de informação, fundados em base empírica idônea, que o habilitem a deduzir, perante juízes e Tribunais, a acusação penal. Doutrina. Precedentes.

A QUESTÃO DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DE EXCLUSIVIDADE E A ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA.

A cláusula de exclusividade inscrita no art., §1º, inciso IV, da Constituição da República – que não inibe a atividade de investigação criminal do Ministério Público – tem por única finalidade conferir à Polícia Federal, dentre os diversos organismos policiais que compõem o aparato repressivo da União Federal (polícia federal, polícia rodoviária federal e polícia ferroviária federal), primazia investigatória na apuração dos crimes previstos no próprio texto da Lei Fundamental ou, ainda, em tratados ou convenções internacionais.

Incumbe, à Polícia Civil dos Estados-membros e do Distrito Federal, ressalvada a competência da União Federal e excetuada a apuração dos crimes militares, a função de proceder à investigação dos ilícitos penais (crimes e contravenções), sem prejuízo do poder investigatório de que dispõe, como atividade subsidiária, o Ministério Público.

Função de polícia judiciária e função de investigação penal: uma distinção conceitual relevante, que também justifica o reconhecimento, ao Ministério Público, do poder investigatório em matéria penal. Doutrina.

É PLENA A LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO PODER DE INVESTIGAR DO MINISTÉRIO PÚBLICO, POIS OS ORGANISMOS POLICIAIS (EMBORA DETENTORES DA FUNÇÃO DE POLÍCIA JUDICIÁRIA) NÃO TÊM, NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO, O MONOPÓLIO DA COMPETÊNCIA PENAL INVESTIGATÓRIA.

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

CONTROLE JURISDICIONAL DA ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO: Oponibilidade, a estes, do sistema de direitos e garantias individuais, quando exercido, pelo *PARQUET*, o poder de investigação penal.

O Ministério Público, sem prejuízo da fiscalização intra-orgânica e daquela desempenhada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, está permanentemente sujeito ao controle jurisdicional dos atos que pratique no âmbito das investigações penais que promova *ex propria auctoritate*, não podendo, dentre outras limitações de ordem jurídica, desrespeitar o direito do investigado ao silêncio (*nemo tenetur se detegere*), nem lhe ordenar a condução coercitiva, nem constrangê-lo a produzir prova contra si próprio, nem lhe recusar o conhecimento das razões motivadoras do procedimento investigatório, nem submetê-lo a medidas sujeitas à reserva constitucional de jurisdição, nem impedi-lo de fazer-se acompanhar de Advogado, nem impor, a este, indevidas restrições ao regular desempenho de suas prerrogativas profissionais (Lei nº 8.906/94, art. 7º, v.g.).

O procedimento investigatório instaurado pelo Ministério Público deverá conter todas as peças, termos de declarações ou depoimentos, laudos periciais e demais subsídios probatórios coligidos no curso da investigação, não podendo, o “Parquet”, sonegar, selecionar ou deixar de juntar, aos autos, quaisquer desses elementos de informação, cujo conteúdo, por referir-se ao objeto da apuração penal, deve ser tornado acessível tanto à pessoa sob investigação quanto ao seu Advogado.

O regime de sigilo, sempre excepcional, eventualmente prevalecente no contexto de investigação penal promovida pelo Ministério Público, não se revelará oponível ao investigado e ao Advogado por este constituído, que terão direito de acesso - considerado o princípio da comunhão das provas - a todos os elementos de informação que já tenham sido formalmente incorporados aos autos do respectivo procedimento investigatório. (BRASIL, 2009).

No mesmo sentido é o voto do eminente Ministro Celso de Mello, no *Habeas Corpus* n. 93930/RJ, de 7 de dezembro de 2010, cujo acórdão é da relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Nele também a decisão pela legitimidade do MP foi unânime.

Extrai-se do referido voto a seguinte conclusão:

Sendo assim, em face das razões expostas e considerando, sobretudo, precedentes emanados desta colenda Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal (HC 85.419/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELO – RE 535.478, Rel. Min. ELLEN GRACIE – HC 91.661/PE, Rel. Min. ELLEN GRACIE - HC 87.610/SC, Rel. Min. CELSO DE MELO, v.g.), indefiro o pedido de ‘habeas corpus’, por entender que o Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, investigações de natureza penal, desde que respeitadas, pelo ‘Parquet’, os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, pelos agentes do Ministério Público, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os advogados (Lei nº 8.906/94, art. 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado Democrático de Direito – do permanente (e inafastável) controle jurisdicional dos atos praticados pelos Promotores de Justiça e Procuradores da República. (BRASIL, 2011, grifo do autor).

No excelso STJ, não é diferente a compreensão de legitimação do *Parquet*, que, conforme sua condição de *dominus litis*, é visto como capaz de promover a investigação criminal e subsidiar a formação de sua *opinio delicti*. A consolidação desse entendimento ficou clara no julgamento do *Habeas Corpus* n. 50.095/MG, pela Quinta Turma, em 5 de maio de 2008. Os impetrantes do HC eram Policiais Militares, que foram denunciados por praticar, por setenta e duas vezes, o crime de tortura. O teor da ementa está transcrito a seguir:

HABEAS CORPUS. TORTURA. INVESTIGAÇÃO REALIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, SEM PARTICIPAÇÃO DA POLÍCIA JUDICIÁRIA. POSSIBILIDADE. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL POR ATIPICIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. DELITO PRATICADO POR POLICIAIS MILITARES PARA CONTENÇÃO DE MOTIM. EXERCÍCIO TEMPORÁRIO DE FUNÇÃO ATRIBUÍDA À POLÍCIA CIVIL. GUARDA, PODER E AUTORIDADE SOBRE OS DETENTOS, EM TESE, CONFIGURADA. ORDEM DENEGADA.

1. *O Ministério Público, por expressa previsão constitucional e legal (art. 129, VI, da Constituição Federal e art. 26, I, b, da Lei 8.625/93), possui a prerrogativa de conduzir diligências investigatórias, podendo requisitar diretamente documentos e informações que julgar necessários ao exercício de suas atribuições de dominus litis.*

2. *O policial militar que auxilia a polícia civil na contenção de rebelião em estabelecimento prisional, durante a operação, detém, legitimamente, guarda, poder e autoridade sobre os detentos, podendo, nessa condição, ainda que momentânea, responder, em tese, pelo crime de tortura preconizado no art. 1º, inciso II, da Lei 9.455/97.*

3. *Ordem denegada. (BRASIL, 2008b, grifo nosso).*

É importante destacar alguns tópicos presentes no voto do eminente relator, Ministro Arnaldo Esteves Lima. Eles deixam clara não apenas a posição do autor, mas também a jurisprudência consagrada e pacífica do STJ a respeito da matéria em questão. Em verdadeira harmonia e plena sintonia com o entendimento da Suprema Corte, o relator traz à colação os seguintes acórdãos:

Conforme relatado, os impetrantes buscam o trancamento da ação penal ajuizada contra os pacientes, sob os argumentos de que as investigações foram realizadas diretamente pelo Ministério Público, sem participação da Polícia Judiciária, e que os policiais militares não podem responder pelo crime de tortura de detentos, pois não são responsáveis pela guarda destes.

Inicialmente, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça *consolidou o entendimento de que o Ministério Público, por expressa previsão constitucional e legal* (art. 129, VI, da Constituição Federal e art. 26, I, *b*, da Lei 8.625/93), *possui a prerrogativa de conduzir diligências investigatórias, podendo requisitar diretamente documentos e informações que julgar necessários ao exercício de suas atribuições de dominus litis*. Cabe consignar, ainda, que o inquérito presidido pela autoridade policial constitui peça informativa que *não vincula a atuação do titular da ação penal à propositura da ação penal*. (BRASIL, 2006, grifo nosso).

Sobre o tema, trago à colação precedente – por tratar da atribuição do MP relativa ao controle externo da atividade policial – a seguinte ementa, que se amolda ao caso em questão:

CRIMINAL. HC. TORTURA. CONCUSSÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO. ATOS INVESTIGATÓRIOS. LEGITIMIDADE. ATUAÇÃO PARALELA À POLÍCIA JUDICIÁRIA. CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL. ÓRGÃO MINISTERIAL QUE É TITULAR DA AÇÃO PENAL. INEXISTÊNCIA DE IMPEDIMENTO OU SUSPEIÇÃO. SÚMULA N.º 234/STJ. ORDEM DENEGADA.

1- *São válidos os atos investigatórios realizados pelo Ministério Público, na medida em que a atividade de investigação é consentânea com a sua finalidade constitucional (art. 129, inciso IX, da Constituição Federal), a quem cabe exercer, inclusive, o controle externo da atividade policial.*

2- *Esta Corte mantém posição no sentido da legitimidade da atuação paralela do Ministério Público à atividade da polícia judiciária, na medida em que, conforme preceitua o parágrafo único do art. 4º do Código de Processo Penal, sua competência não exclui a de outras autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função. Precedentes.*

3- Hipótese na qual se trata de controle externo da atividade policial, uma vez que o órgão ministerial, tendo em vista a notícia de que o adolescente apreendido pelos policiais na posse de substância entorpecente teria sofrido torturas, iniciou investigação dos fatos, os quais ocasionaram a deflagração da presente ação penal.

4- Os elementos probatórios colhidos nesta fase investigatória servem de supedâneo ao posterior oferecimento da denúncia, sendo o *parquet* o titular da ação penal, restando justificada sua atuação prévia.

5- 'A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia.' (Súmula n. 234/STJ).

6- Ordem denegada. (BRASIL, 2007a, grifo nosso).

Outros julgados no mesmo sentido:

RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. ABUSO DE AUTORIDADE E PRIVAÇÃO DE LIBERDADE DE ADOLESCENTE SEM ORDEM JUDICIAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. PODERES DE INVESTIGAÇÃO. LEGITIMIDADE.

1. *A legitimidade do Ministério Público para conduzir diligências investigatórias decorre de expressa previsão constitucional, oportunamente regulamentada pela Lei Complementar n.º 75/93.*

2. *É consectário lógico da própria função do órgão ministerial – titular exclusivo da ação penal pública - proceder à coleta de elementos de convicção, a fim de elucidar a materialidade do crime e os indícios de autoria, mormente quando se trata de crime atribuído a autoridades policiais que estão submetidas ao controle externo do Parquet.*

3. A ordem jurídica confere explicitamente poderes de investigação ao Ministério Público - art. 129, incisos VI, VIII, da Constituição Federal, e art. 8º, incisos II e IV, e § 2º, da Lei Complementar n.º 75/1993.

4. A competência da polícia judiciária não exclui a de outras autoridades administrativas. Inteligência do art. 4º, parágrafo único, do Código de Processo Penal. Precedentes do STJ.

5. Recurso desprovido. (BRASIL, 2008c, grifo nosso).

HABEAS CORPUS . DENÚNCIA POR CRIME DE TORTURA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS MÍNIMOS PARA A PERSECUÇÃO CRIMINAL EXISTENTES NO CASO CONCRETO. LEGITIMIDADE DO MP PARA PROCEDER À INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. SÚMULA 234/STJ. NEGATIVA DE AUTORIA E FALTA DE PROVAS. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA INCOMPATÍVEL COM A VIA ELEITA. INDICIAMENTO FORMAL APÓS O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. CONSTRAINGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO, NO PONTO. PRECEDENTES DO STJ. HC CONCEDIDO PARCIALMENTE, APENAS PARA SUSSTAR O INDICIAMENTO FORMAL DO PACIENTE, SEM PREJUÍZO DO PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL.

1. O trancamento da ação penal é medida de todo excepcional, não sendo admitido quando a alegação é de inexistência ou fragilidade das provas colhidas e de negativa de autoria, de modo a substituir a ação de rito ordinário.

2. Se a denúncia está formalmente em ordem e atribui ao paciente o cometimento, em tese, do ilícito penal de tortura, com a transcrição dos fatos e das provas que embasaram a acusação (laudo pericial e testemunhos), contendo, ainda, os elementos essenciais ao exercício da ampla defesa e do contraditório pleno, revela-se inadmissível a conclusão em sentido contrário na via estreita do *Habeas Corpus*, que, em regra, não comporta dilação probatória.

3. O Ministério Público tem legitimidade para instaurar procedimento investigativo com o fim de apurar eventual prática de ilícito penal. Consoante a Súmula 234/STJ, a participação de membro do Parquet, na fase investigatória criminal, não acarreta o seu impedimento ou a sua suspeição para o oferecimento da denúncia.

4. Constitui constrangimento ilegal a determinação de indiciamento formal do acusado após o recebimento da denúncia, que é ato próprio da fase inquisitorial da *persecutio criminis*, já ultrapassada. Precedentes desta Corte.

5. Parecer do MPF pela denegação da ordem.

6. HC conhecido em parte e, nessa parte, concedida a ordem, tão-só e apenas para sustar o indiciamento formal do paciente, sem prejuízo do prosseguimento da ação penal. (BRASIL, 2007b, grifo nosso).

Vê-se que é clara a posição adotada nesses julgamentos, especialmente no acórdão do *Habeas Corpus* n. 89.837/DF, julgado em 20 de outubro de 2009 pela Segunda Turma do STF, no qual funcionou como relator o Ministro Celso de Mello, e do *Habeas Corpus* n. 93.930/RJ, julgado em 7 de dezembro de 2010, no qual funcionou como relator o Ministro Gilmar Mendes, ambos decididos por unanimidade.

3. Da conclusão

Estando a legitimidade do Ministério Público assegurada constitucionalmente para a promoção da ação penal pública, de forma exclusiva e privativa, não há dúvida de que ele está autorizado a proceder às investigações diretamente, com a finalidade de apurar eventual prática de ilícito penal.

Nos casos em que o *Parquet* decidir pela persecução criminal, visando à apuração plena dos fatos noticiados, ele não estará dispensado, na busca da construção de elementos probatórios, da chancela do órgão jurisdicional, quando o ordenamento jurídico constitucional e legal exigir a autorização deste para a quebra de quaisquer garantias e direitos dos cidadãos. Sob tal circunstância, far-se-á necessário impetrar as medidas cautelares e urgentes para o alcance desses direitos e garantias, como o direito à intimidade, ao sigilo das comunicações telefônicas e de dados e à inviolabilidade do domicílio. Trata-se, evidentemente, de garantias constitucionais que só podem ser quebradas mediante autorização da autoridade judiciária competente, em respeito aos princípios do devido processo legal e do juiz natural.

Portanto, não se justifica a Proposta de Emenda à Constituição n. 37 – PEC-37 –, sob votação na Câmara dos Deputados Federais, que visa atribuir exclusividade às Polícias Civil e Federal para a apuração das infrações penais. Se isto vier a se consagrar, haverá, em verdade, graves consequências no combate à criminalidade – praticada por Policiais Militares e Cíveis, Prefeitos, Agentes Públicos do alto escalão dos governos estaduais e federal, entre outras situações e exemplos – e sérios prejuízos à sociedade.

Fica aqui esta reflexão.

4. Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 8 abr. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 464.893-GO, Segunda Turma, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Brasília, DF, 20 de maio de 2008. *DJe*, 1 ago. 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=539283>>. Acesso em: 8 abr. 2013. [2008a]

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 89.837/DF, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 20 de outubro de 2009. *DJe*, 20 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2889837.NUME.+OU+89837.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/cjpfmy>>. Acesso em: 9 abr. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 93.930/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, voto do Min. Celso de Mello, Brasília, DF, 7 de dezembro de 2010. *DJe*, 3 fev. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 9 abr. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 50.095/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Brasília, DF, 5 maio 2008. *DJe*, 23 jun. 2008. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/781120/habeas-corpus-hc-50095-mg-2005-0192386-0-stj>>. Acesso em: 9 abr. 2013. [2008b]

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 756.719/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, Brasília, DF, 2 fev. 2006. *DJ*, 6 mar. 2006. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=756719&b=ACOR>. Acesso em: 10 abr. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 84.266/RJ, Rel. Min. Jane Silva (Des. convocada do TJMG), Brasília, DF, 4 out. 2007. *DJ*, 22 out. 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200701288403&dt_publicacao=22/10/2007>. Acesso em: 9 abr. 2013. [2007a]

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 18.845/DF, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, Brasília, DF, 13 dez. 2007. *DJ*, 11 fev. 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200502114486&dt_publicacao=11/02/2008>. Acesso em: 9 abr. 2013. [2008c]

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 61.105/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Brasília, DF, 20 set. 2007. *DJ*, 8 out. 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=61105&b=ACOR&p=-true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 10 abr. 2013. [2007b]

DOI: 10.5935/1809-8487.20130011