

ACÇÃO CAUTELAR 1.756 – DF

Relator: O Sr. Ministro Menezes Direito

Requerente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

Requeridos: Wediniz Mendes Sales e Jorge Santos Alves

Ação cautelar em matéria criminal. Confirmação de liminar.

1. A liminar concedida em ação cautelar proposta para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário deve ser submetida ao referendo da Turma. Inteligência do art. 21, incisos IV e V, do RISTF.

2. O recurso extraordinário a que se pretende dar efeito suspensivo foi interposto contra acórdão que concedeu o *habeas corpus* para anular o processo penal em virtude de diligências investigativas levadas a termo pelo Ministério Público.

3. Reputa-se, assim, presente o perigo da demora necessário à concessão da medida quando o acórdão impugnado possa conduzir à prescrição da pretensão punitiva do Estado.

4. A fumaça do bom direito afigura-se suficiente, pelo menos para a concessão da liminar pleiteada, tendo em vista precedentes antigos da Suprema Corte.

5. Liminar em ação cautelar referendada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Carlos Britto, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, referendar a decisão liminar do Relator.

Brasília, 13 de maio de 2008 – Menezes Direito, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Menezes Direito: O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios propõe a presente ação cautelar visando dar efeito suspensivo ao RE 507.756/DF, interposto, a seu turno, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que concedeu *habeas corpus* para anular ação penal.

Os Réus Wediniz Mendes Sales e Jorge Santos Alves foram condenados à pena de 3 anos de reclusão, além da perda do cargo público e da interdição para o seu exercício pelo prazo correspondente ao dobro da pena aplicada,

pela prática, em tese, do crime de tortura, previsto no art. 1º, inciso I, a, da Lei 9.455/97.

Sobreveio, então, recurso de apelação, provido em 22-11-07, conforme se pode extrair do sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Simultaneamente, impetrou-se *habeas corpus*, que também obteve êxito, julgado, porém, em data bem anterior, 23-11-00 (fls. 22 a 31). A ementa desse acórdão está assim posta:

Habeas corpus - Apelação criminal - Interposição concomitante - Possibilidade - Ministério Público - Atribuições - Depoimentos de testemunhas colhidos no Gabinete do Promotor de Justiça - Princípio do devido processo legal - Nulidade do processo.

1 - O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que a impetração de *habeas corpus* simultaneamente com o recurso de apelação não é causa para que não se conheça do *writ*, ainda que idênticos os fundamentos.

2 - Embora o Promotor de Justiça seja o titular da ação penal, as respectivas atribuições não passam do poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e policial-militar. Somente na ação civil pública e no inquérito civil é que a função do Ministério Público abrange também medidas e procedimentos administrativos pertinentes, incluídas então as diligências investigatórias, pena de violentar a garantia constitucional do devido processo legal e seus corolários: a ampla defesa e o contraditório.

3 - Os requerimentos, inquirições, provas e contraprovas realizados diretamente pelo Promotor de Justiça repercutem irremediavelmente nos atos processuais que se seguem, impondo-se a anulação do processo a partir dos referidos atos.

4 - Ordem concedida. Maioria.

(Fl. 22.)

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (fls. 38 a 45).

Irresignado, o Ministério Público interpôs recursos especial (fls. 46 a 62) e extraordinário (fls. 63 a 77), ambos admitidos na origem (fls. 78/79).

Os autos vieram inicialmente a este Supremo Tribunal Federal, oportunidade em que o Ministro **Sepúlveda Pertence** determinou a sua remessa ao Superior Tribunal de Justiça para que lá fosse julgado, em primeiro lugar, o recurso especial (fls. 86 a 90).

O recurso especial não foi conhecido de acordo com decisão monocrática do Ministro **Arnaldo Esteves de Lima** (fls. 91 a 94). Contra essa decisão foi interposto agravo regimental (fls. 95 a 104) ainda pendente de julgamento.

Na presente ação cautelar o Ministério Público argumenta, em síntese, que se deve emprestar efeito suspensivo ao recurso extraordinário, porque: 1) ostenta verossimilhança a tese jurídica veiculada de que o *parquet* pode realizar investigações para subsidiar o oferecimento da denúncia, e 2) está configurado o *periculum in mora* já que se avizinha a prescrição da pretensão punitiva do Estado.

O Ministro **Sepúlveda Pertence** concedeu liminar “para conceder efeito suspensivo ao RE 507.756, sustentando-se, em consequência, os efeitos do acórdão contra o qual ele se dirige (HC 20.00.2.005.055-6)” (fl. 107).

Os Requeridos foram citados às fls. 129 e 131.

O Subprocurador-Geral da República Dr. **Mário José Gisi** opinou pela concessão da medida cautelar.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Menezes Direito (Relator): Traz-se a referendo da Primeira Turma desta Corte a decisão do Ministro **Sepúlveda Pertence** concessiva de liminar em ação cautelar, proposta para dar efeito suspensivo a recurso extraordinário.

Incidência da regra contida no art. 21, incisos IV e V, do RISTF com a seguinte redação:

Art. 21. São atribuições do Relator:

(...)

IV - submeter ao Plenário ou à Turma, nos processos da competência respectiva, medidas cautelares necessárias à proteção de direito suscetível de grave dano de incerta reparação, ou ainda destinadas a garantir a eficácia da ulterior decisão da causa.

V - determinar, em caso de urgência, as medidas do inciso anterior, *ad referendum* do Plenário ou da Turma.

A decisão liminar sob exame, conforme já relatado, foi prolatada com o objetivo de dar efeito suspensivo a recurso extraordinário interposto, a seu turno, contra acórdão proferido em sede de *habeas corpus* pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que concedeu a ordem para anular o processo penal instaurado contra os Requeridos.

Os fundamentos da decisão monocrática são os seguintes:

Não há negar a plausibilidade jurídica da tese constitucional suscitada no recurso extraordinário, relativa ao poder de investigação do Ministério Público Federal, tema que se encontra em discussão no Plenário do Tribunal (cf. HC 84.548, **Marco Aurélio**, Inf. 471).

De outro lado, o apontado risco de prescrição evidencia a presença do *periculum in mora*.

Assim, presentes os seus pressupostos, **defiro a liminar** para conceder efeito suspensivo ao RE 507.756, sustentando-se, em consequência, os efeitos do acórdão contra o qual ele se dirige (HC 2000.00.2.005.055-6).

(Fl. 107.)

Os Réus foram condenados à pena privativa de liberdade de 3 anos de reclusão no regime inicial fechado, determinada, ainda, a perda do cargo público (trata-se de policiais militares) e a interdição para o seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada (fl. 21).

Nos termos do art. 118 do Código Penal, "as penas mais leves prescrevem com as mais graves", isso significa dizer que a prescrição da pretensão punitiva prescreve no prazo correspondente à pena imposta de 3 anos de reclusão, ou seja, no prazo de 8 anos, conforme se verifica a partir do art. 109, inciso IV, do Código Penal.

No caso concreto, a última causa interruptiva da prescrição foi a sentença condenatória recorrível, que não pode ser desconsiderada justamente porque ainda pendente de apreciação o recurso extraordinário interposto contra o acórdão que a anulou.

É preciso considerar, contudo, que a sentença foi proferida em 31-8-00 (fl. 19), de modo que a prescrição se consumará em 30-8-08, caso não se inicie, antes disso, o cumprimento da pena.

Em outras palavras, se não for dado efeito suspensivo ao recurso extraordinário, se não forem suspensos os efeitos do acórdão recorrido, com o que se permitirá o início do cumprimento da pena (o que deverá ocorrer até a data mencionada), não haverá utilidade no julgamento do recurso, porque a prescrição já terá ocorrido.

Inquestionável, assim, a existência do perigo da demora.

No que diz respeito à fumaça do bom direito, porém, a questão não apresenta deslinde tão simples.

Como se sabe, o tema relativo à possibilidade de o Ministério Público realizar investigações encontra-se afeto ao plenário desta Corte no HC 83.933/SP, Rel. Min. **Joaquim Barbosa**, e no HC 84.548/SP, Rel. Min. **Marco Aurélio**.

Neste segundo *habeas corpus* já votaram, por sinal, o Ministro Relator e o Ministro **Sepúlveda Pertence**, nos termos noticiados pelo *Informativo* 471 da Jurisprudência deste Corte:

O Tribunal iniciou julgamento de *habeas corpus* em que se pretende o trancamento da ação penal movida contra o Paciente, acusado da suposta prática do crime de homicídio, e a invalidação da decisão que decretara sua prisão preventiva. Sustenta-se a inexistência de base legal para a prisão e a impossibilidade de se admitir investigação promovida pelo Ministério Público e que viera a servir de base ao aditamento à denúncia, a partir do qual o paciente fora envolvido na ação penal. O Min. **Marco Aurélio**, relator, deferiu a ordem. Entendeu que, já existente processo devidamente formalizado, o Ministério Público, à margem das atribuições que lhe são cometidas pela Constituição Federal (CF, art. 129), implementara investigação para levantar os dados que compõem os apensos que serviram de base à denúncia contra o paciente, o que seria da competência da polícia civil.

Asseverou que ao Ministério Público cabe o controle externo da atividade policial, sendo que, em relação a investigações de práticas delituosas, pode requisitar diligências investigatórias e provocar a instauração do inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais, nos termos do que dispõem os incisos VII e VIII do art. 129 da CF, normas harmônicas com o que previsto quanto às atribuições das polícias federal e civil (CF, art. 144 e parágrafos). Ressaltou não ser possível proceder à leitura ampliada dos aludidos incisos do art. 129 da CF, sob pena de se chegar a conflito com o texto constitucional sobre o papel investigatório das polícias, transmudando-se o inquérito policial em inquérito ministerial. Destacou que o próprio art. 129 da CF dá um tratamento diferenciado, conforme o inquérito vise à propositura de ação civil pública, quando é função institucional do *parquet* promover o inquérito, ou à ação penal, hipótese em que lhe cumpre apenas provocar a instauração e requisitar as diligências que repete indispensáveis. O Relator também julgou insuficientes os fundamentos da do paciente a presunção de não culpabilidade, chegara-se a verdadeira execução de pena ainda não formalizada. Afirmou que o próprio Juízo deixara consignado que a materialidade do crime e os indícios de autoria não são capazes, por si sós, de respaldar a prisão preventiva, e que, aludindo às personalidades dos réus, fizera-o sem apresentar dados concretos que demonstrassem que elas seriam discrepantes do padrão médio. No que respeita à comoção popular, concluiu não se poder atuar, no âmbito do Judiciário, a partir do barulho da sociedade.

Em seguida, o Min. **Sepúlveda Pertence**, adiantando seu voto, acompanhou, em parte, o Min. Marco Aurélio, no que respeita à prisão preventiva, e denegou a ordem quanto ao trancamento da ação penal. Rejeitou a arguição abstrata de inconstitucionalidade de qualquer ato investigatório do Ministério Público e reconheceu-lhe, como titular da ação penal, o poder de suplementar atos de informação. Asseverou não reconhecer, entretanto, por falta de disciplina legal, os poderes de coerção conferidos à autoridade policial no curso do inquérito. Reportou-se, em relação à legitimidade da denúncia e do seu recebimento, a acórdãos do Tribunal, que afastaram o entendimento de que, da eventual incompetência da autoridade que houvesse procedido às investigações, decorresse nulidade ou inviabilidade da denúncia. Concluiu que, se com base em qualquer elemento de informação, não reduzido a um procedimento administrativo ou estritamente policial, é cabível a denúncia, o fato de este ou aquele elemento de informação ter sido colhido pelo Ministério Público não implica a inviabilidade da ação penal que nele se funde.

Após, pediu vista dos autos o Min. **Cezar Peluso**.
(HC 84.548, Rel. Min. Marco Aurélio.)

No caso dos autos, a extensão das diligências realizadas pelo Ministério Público está bem definida na seguinte passagem do acórdão recorrido:

A MM. Juíza, nas informações prestadas, ressaltou:

“1. Em 24.12.97 foi instaurado o inquérito policial nº 129/97 pela 33ª DP, para apurar a prática de crime de tortura, em que constava como suspeito o Paciente e outros dois comparsas.

2. O Ministério Público, ainda durante o curso do Inquérito Policial, ouviu a vítima e quatro testemunhas, na sede da Promotoria Criminal do Gama/DF, assim como requisitou juntada e esclarecimento de laudos periciais, a fim de embasar a denúncia, a qual foi oferecida contra o Paciente e comparsas, em 19.02.99 e recebida em 22.02.99.”

Realmente, relatado o inquérito, como se vê às fls. 83/85, foram os autos com vista ao Ministério Público em 1º de julho de 1998. Foi então, em 24 de agosto subsequente, lançado o seguinte despacho:

“Autos em diligência nesta Promotoria de Justiça.

Notificar a vítima Antônio Márcio Silveira de Freitas e as testemunhas Mariana Silveira de Freitas (fls. 81) e Josemar Magalhães Cardoso (fls. 83) para serem ouvidas nesta Promotoria, respectivamente nos dias 09 (Antônio) e 10 (os demais) de setembro de 1998”

As testemunhas foram intimadas, constando do mandado que “o não comparecimento na data e local acima referido poderá acarretar condução coercitiva, além de consistir em crime de desobediência”.

Logo após, foi proferido o seguinte despacho:

“Autos em diligência na Secretaria desta Promotoria de Justiça, com vistas nas seguintes providências:

a) convidar os policiais militares Vilson da Conceição Silva e Antônio Pereira da Cunha, citados às fls. 92, para prestar declarações adicionais nesta Promotoria;

b) oficiar à 33ª DP - Santa Maria/DF, solicitando à Autoridade Policial respectiva para que encaminhe os nomes dos agentes policiais que empreenderam diligências no sentido de localizar a arma mencionada no Termo Circunstanciado n. 0283/97 - 33ª DP, Ocorrência n. 2316/97 - 33. DP (fls. 92);

c) solicitar ao IML manifestação acerca da seguinte indagação: considerando o Laudo de Exame de Local, cópia anexa (fls. 64/77), mais especificação as considerações e conclusões sobre os exames efetuados nas vestes da vítima, e as conclusões do Laudo n. 17.002/97 (Complementar), cópia anexa (fls. 108/109), é possível ter ocorrido os choques elétricos sem que haja proporcionado as marcas ou queimaduras,

mencionadas neste Laudo de Lesões Corporais complementar, na vítima;

d) solicitar ao IML a cópia do Laudo de Exame de Corpo de Delito - Lesões Corporais, referentes ao ofício n. 3101/97, de 24.09.97, da 33ª DP - Santa Maria/DF, relacionado a pericianda Mariana Silveira de Freitas (fls. 101)."

Ultimadas as diligências, que foram efetuadas nos autos do inquérito, em fevereiro de 1999 foi oferecida a denúncia (...).
(Fls. 24/25.)

Sem prejuízo da polêmica instaurada acerca do tema, submetida agora ao crivo do Pleno (HC 83.933/SP e HC 84.548/SP), verifico que esta Corte possui precedentes antigos consignando a validade de diligências realizadas pelo Ministério Público em hipóteses semelhantes.

Nesse sentido:

Penal. Processual penal. Ministério Público: investigação: inquérito policial. Crime de dispensa irregular de licitação. Lei 8.666/93, art. 24, XIII, art. 89, art. 116. I - A instauração de inquérito policial não é imprescindível à propositura da ação penal pública, podendo o Ministério Público valer-se de outros elementos de prova para formar sua convicção. II - Não há impedimento para que o agente do Ministério Público efetue a colheita de determinados depoimentos, quando, tendo conhecimento fático do indício de autoria e da materialidade do crime, tiver notícia, diretamente, de algum fato que merecesse ser elucidado. III - Convênios firmados: licitação dispensável: Lei 8.666/93, art. 24, XIII. Conduta atípica. IV - Ação penal julgada improcedente relativamente ao crime do art. 89 da Lei 8.666/93.

(Inq. 1.957/PR, Tribunal Pleno, Rel. Min. **Carlos Velloso**, DJ de 11-11-05.)

1. Ministério Público: possibilidade de colheita de depoimento quando tiver notícia direta de um crime. Precedentes. 2. Ministério Público: o promotor de Justiça que participa na fase investigatória não está impedido ou suspeito para o oferecimento da denúncia. Precedentes. 3. *Habeas corpus*: inviabilidade para o exame da alegação de ausência de base empírica para a denúncia, dada a necessidade de ponderação dos elementos de informação, à qual não se presta o procedimento sumário e documental do *habeas corpus*.

(HC 89.158/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, DJ de 15-9-06.)

Regular participação do órgão do Ministério Público em fase investigatória e falta de oportuna arguição de suposta suspeição do magistrado. Pedido indeferido.

(HC 75.769/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ de 28-11-97.)

Não se desconhece a existência de outros julgados, afirmando exatamente o contrário, como por exemplo, o havido no RE 205.473/AL, Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 19-3-99, e no RE 233.072/RJ, Segunda Turma, Rel. p/ o ac. Min. Nelson Jobim, DJ de 3-5-02.

Nesses casos, todavia, o que se vedou, em última análise, foi que o Ministério Público se substituisse à autoridade policial em funções que lhe são típicas, como a instauração do inquérito policial e a direção desse procedimento administrativo. Não foi isso que ocorreu no presente caso, em que o *parquet* simplesmente realizou diligências paralelas ao inquérito policial já instaurado.

A fumaça do bom direito necessária à concessão da medida liminar já deferida pelo Ministro Sepúlveda Pertence na presente ação cautelar está presente em respeito à autoridade da jurisprudência até então majoritária no Tribunal.

Ante o exposto, voto para que seja referendada a liminar citada.

EXTRATO DA ATA

AC 1.756/DF – Relator: Ministro Menezes Direito. Requerente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Requeridos: Wediniz Mendes Sales (Advogados: Pedro Calmon e outros) e Jorge Santos Alves.

Decisão: Após o voto do Ministro Menezes Direito, Relator, no sentido de referendar sua decisão, pediu vista do processo o Ministro Marco Aurélio, Presidente. Ausentes, justificadamente, o Ministro Carlos Britto e a Ministra Cármen Lúcia. Primeira Turma, 15-4-08.

Decisão: Adiado o julgamento por indicação do Ministro Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o Ministro Carlos Britto. Primeira Turma, 6-5-08.

Decisão: A Turma referendou a decisão liminar do Relator. Unânime. Impedido o Ministro Marco Aurélio, Presidente. Presidiu o julgamento o Ministro Carlos Britto. Ausente, justificadamente, a Ministra Cármen Lúcia.

Presidência do Ministro Marco Aurélio. Presentes à sessão os Ministros Carlos Britto, Ricardo Lewandowski e Menezes Direito. Ausente, justificadamente, a Ministra Cármen Lúcia. Subprocuradora-Geral, Dra. Cláudia Sampaio Marques.

Brasília, 13 de maio de 2008 – Ricardo Dias Duarte, Coordenador.