

Habeas corpus – Persecução direta pelo Ministério Público – Prisão temporária – Análise da necessidade cautelar e posicionamento dos tribunais superiores.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

HABEAS CORPUS Nº 2008.059.06073

IMPETRANTE 1: FERNANDO FRAGOSO OAB/RJ 21600

IMPETRANTE 2: CHRISTINANO FRAGOSO

PACIENTE 1: ODENIR CARDOSO MOREIRA

PACIENTE 2: ANGELA MILLER DE SOUZA MOREIRA

PACIENTE 3: LARISSA MILLER DE SOUZA MOREIRA

PACIENTE 4: THAYSSA DE ARAÚJO MOREIRA

PACIENTE 5: ANA PAULA REIS PINTO

PACIENTE 6: MARCOS VINICIUS DA SILVA RIBEIRO

PACIENTE 7: LUIZ FERNANDO DA SILVA FERNANDES

PACIENTE 8: GRAZIELLE VIEIRA DE OLIVEIRA

PACIENTE 9: OTÁVIO CARDOSO MOREIRA

PACIENTE 10: ODILON CARDOSO MOREIRA

AUTORIDADE COATORA: VARA CRIMINAL DE TERESÓPOLIS

RELATOR: JDS.DES. MÁRIO HENRIQUE MAZZA

PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO

HABEAS CORPUS. Prática, em tese, dos delitos tipificados nos artigos 288, 312, 317, 333, todos do CP, art. 89 da Lei nº. 8666/93, art. 1º, inciso V, da Lei 9613/89. Operação denominada tarja preta. Prisão temporária decretada. Análise de prova. Mérito da ação que não pode ser analisado pela estreita via do habeas corpus. Investigação direta pelo Ministério Público - Possibilidade. Presença de pressupostos que autorizam a segregação cautelar. Manifestação pela denegação da ordem.

Eminente Relator,

Egrégia Câmara:

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor dos pacientes em epígrafe, com pedido de liminar, porquanto estariam sofrendo constrangimento ilegal, em virtude de prisão temporária decorrente da prática, em tese, dos delitos dos artigos 288, 312, 317, 333, todos do CP, art. 89 da Lei nº 8666/93, art. 1º, inciso V, da Lei 9613/89, dentre outros. Pugnam os impetrantes pela concessão da ordem para cassar definitivamente a prisão temporária.

Sustentam, em síntese, que não existiria fundamento legítimo para decretação da prisão temporária. Afirmam que não ocorreu o crime de peculato, pois não teria existido desvio de dinheiro público. Alegam, também, a não ocorrência de fraude a licitações, porque as drogarias sempre teriam participado dos fornecimentos de remédios nos termos em que a Municipalidade os propôs. Asseveram, ainda, que não haveria falsidade ideológica nos contratos sociais das farmácias, sendo, estas empresas familiares.

Os impetrantes questionam a legalidade e a constitucionalidade do procedimento investigatório realizado diretamente pelo MP. Além disso, os impetrantes alegam que não existiriam fatos concretos e específicos que fundamentem a prisão temporária.

A liminar foi deferida (fls. 22 e 22 verso), pelo Desembargador Elton Martini Carvalho Leme, em exercício no Plantão Judiciário do dia 23/08/2008.

Informações prestadas pela autoridade apontada como coatora às fls. 59/70.

Em seguida, vieram os autos a esta Procuradoria de Justiça.

É o que de importante havia a se relatar.

Primeiramente, imperioso ressaltar que a prisão cautelar, como já remansado, não ofende o princípio da presunção de não-culpabilidade (Súmula nº 09/STJ), bastando, para tanto, que a constrição cautelar tenha base empírica e concreta (HC 91.729/ST, 1ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJU de 11/10/2007) e que seja demonstrada a real necessidade (HC 90.862/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, DJU de 27/04/2007), com a satisfação fática dos pressupostos legais adiante alinhados, o que atendido no presente caso concreto.

Deve ser consignada, ademais, a inexistência de exigência quanto à fundamentação exaustiva, sendo suficiente que o decreto construtivo, ainda que de forma sucinta, concisa, analise a presença, no caso, dos requisitos legais ensejadores da prisão temporária (RHC 89.972/GO, 1ª Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJU de 29/06/2007). E a proficiente decisão da lavra da culta Magistrada de primeiro grau, Dra. Daniela Barbosa Assumpção de Souza, atende, com perfeição, as tais exigências.

A prisão temporária, como de amplo conhecimento, é uma das espécies de prisão cautelar e, conforme o ensinamento do Procurador da República Eugênio Pacelli de Oliveira:

“Trata-se de prisão cuja finalidade é a de acautelamento das investigações do inquérito policial, consoante se extrai do art. 1º, I, da Lei nº 7.960/89 no que cumpriria a função de instrumentalidade, isso é, de cautela. E será ainda provisória, porque tem a sua duração expressamente fixada em lei, como se observa de seu art.2º e também do disposto no art.2º, § 3º, da Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos)” (Curso de Processo Penal, 9ª edição, Eugênio Pacelli de Oliveira, página 425, Editora Lumen Juris)

Nesse passo importante transcrever o que dispõe a Lei nº 7.960/89:

Art. 1º Caberá prisão temporária:

I - quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II - quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

Analisando atentamente os autos do processo em epígrafe, observa-se que a prisão temporária foi decretada de forma escoreita, pois estão presentes os requisitos exigidos nos artigos primeiro e terceiro da r. Lei, não existindo qualquer ilegalidade a ser reparada.

Os impetrantes buscam, por via oblíqua, discutir antecipadamente o mérito da presente demanda, todavia olvidam que o presente remédio constitucional não é o meio idôneo a tal fim, não cabendo dilação probatória na via estreita de *habeas corpus*.

Assim já se manifestou esta Colenda Câmara:

Habeas corpus. - Crime hediondo, em tese. Impossibilidade de dilação probatória. - Prisão temporária, substituída por prisão preventiva, decretada com o recebimento da denúncia. Inexistência de constrangimento ilegal. - Pedido julgado improcedente e denegada, em consequência, a ordem. Unanimidade. Impossível juridicamente, em sede de habeas

corpus, tal como pretendido que se investigue a inocência do paciente, eis que, para tanto, indispensáveis seriam a produção e a valoração de provas. [...] (2001.059.02768 - HABEAS CORPUS - 1ª Ementa DES. NILDSON ARAUJO DA CRUZ - Julgamento: 13/11/2001 - PRIMEIRA CAMARA CRIMINAL)

Além disso, os impetrantes questionam a atuação do Ministério Público, afirmando que todo o procedimento investigatório foi realizado em diligências externas por policiais militares ligados ao MP e reunidos numa certa Coordenadoria de Segurança e Inteligência. Sustentam ser ilegal e inconstitucional a investigação direta pelo Ministério Público.

Tal argumentação é frágil e não merece prosperar. No ordenamento jurídico pátrio a investigação criminal é feita através de inquérito policial ou outro procedimento análogo, sendo o MP o destinatário imediato de tais procedimentos, cabendo a essa instituição promover a ação penal pública. O MP é o *dominus litis*, exerce também o controle externo da Polícia, portanto seria uma excrescência jurídica coibir seu poder investigatório. Ora, se qualquer um do povo pode realizar investigações, servindo estas como peças de informação para o oferecimento de denúncia, por que o próprio MP não poderia investigar?

Ademais, é preciso esclarecer: investigação preliminar ou investigação criminal não se confundem com inquérito policial. A inquisição é sempre realizada por meio de investigação criminal, gênero que reúne o inquérito policial e as peças de informação – que são procedimentos apuratórios distintos do inquérito policial, como o inquérito policial-militar, os procedimentos administrativos vários, as sindicâncias, os relatórios de comissão parlamentar de inquérito, o inquérito judicial, inquérito civil público, etc.

O que não se discute é o monopólio da polícia civil em relação à condução do inquérito policial, cabendo ao Ministério Público requisitar sua instauração e diligências investigatórias, exercendo verdadeiro controle finalístico. No entanto, nada impede até mesmo pela miríade de infrações que já são investigadas pela polícia, que alguns fatos sejam apurados de outras formas, até mesmo diretamente pelo Ministério Público.

Neste contexto, em *Crime e Constituição: A Legitimidade da Função Investigatória do Ministério Público*, os autores Lenio Streck e Luciano Feldens afirmam que “*um Ministério Público, protetor dos interesses individuais, na moldura de uma sociedade liberal-individualista, salta-se para um novo Ministério Público, que claramente deve(ria) assumir uma postura intervencionista em defesa do regime democrático e dos direitos fundamentais sociais.*” Na obra, destaca-se que o Estado Democrático de Direito nem de longe pode ser um conceito vazio e que esse novo paradigma é que deve nortear a atuação da instituição ministerial.

É, portanto, da essência da atividade do Ministério Público a possibilidade e o direito de investigar. Se não for assim, o MP e o Judiciário, na área penal, serão

reféns da Polícia. O primeiro denunciará e o segundo julgará o que, ao fim e ao cabo, a Polícia quiser. Com as devidas vênias, se conferida a privacidade ou a exclusividade das investigações na seara criminal, o Ministério Público, como diz o ilustre Ministro Carlos Ayres Britto, passará a ser o “bobo da Corte”.

O respeito aos bens jurídicos protegidos pela norma penal é, primariamente, interesse de toda a coletividade, sendo manifesta a legitimidade do Poder do Estado para a imposição da resposta penal, cuja efetividade atende a uma necessidade social.

Daí por que a ação penal é pública e atribuída ao Ministério Público, como uma de suas causas de existência. Deve a autoridade policial agir de ofício. Qualquer do povo pode prender em flagrante. É dever de toda e qualquer autoridade comunicar o crime de que tenha ciência no exercício de suas funções. Dispõe significativamente o art. 144 da CRFB 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.

Não é, portanto, da índole do direito penal a feudalização da investigação criminal na Polícia e a sua exclusão do Ministério Público. Tal poder investigatório, independentemente de regra expressa específica, é manifestação da própria natureza do direito penal, da qual não se pode dissociar a da instituição do Ministério Público, titular da ação penal pública, a quem foi instrumentalmente ordenada a Polícia na apuração das infrações penais (neste sentido: STJ, AgRg no REsp 887.240/MG, sob a relatoria do Min. Hamilton Carvalhido, 6ª Turma, j. 26/04/2007, DJ 25/06/2007, p.326).

Ademais, a investigação criminal está sob a batuta da Delegacia de Repressão ao Crime Organizado – DRACO, através do inquérito policial nº 84, sendo certo que o fato de Promotores de Justiça comparecerem na Delegacia, quando da lavratura do procedimento administrativo e assistir, não significa que foi ele que dirigiu as investigações.

De mais a mais, qualquer um que presencie um crime pode atuar para prender o autor e levá-lo à presença da Polícia para ser lavrado o correspondente procedimento, na correta dicção do art. 301 do CPP.

Neste particular, registre-se que a presença do membro do Ministério Público durante a lavratura do procedimento não o torna impedido, *ipso facto*, para atuar nos demais termos da persecução penal. As investigações e o inquérito não são fins em si mesmo. São peças e documentos destinados ao MP, que é o titular da ação penal (art. 129, inciso I, da CRFB). Assim, a diligência do *Parquet*, para melhor exercício da função, não pode servir de argumento para cercear a própria atuação (neste sentido: STF, HC 89.158-06/RJ, sob a relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, j. 29/08/2006). Fosse de outra forma, o Promotor de Justiça que conduzisse o inquérito civil não poderia ajuizar a correspondente Ação Civil Pública, o que é de todo absurdo (e, não por outro motivo, deu vazão à Súmula nº 234/STJ).

Um dado técnico que costuma ser deslembado pela Defesas Letradas é que as Autoridades Policiais em geral não possuem capacidade postulatória, apanágio que, na esfera persecutória criminal, o legislador constituinte reservou exclusivamente ao Ministério Público nos casos de crimes de ação penal pública, o que autoriza e legitima a atuação do Ministério Público, por sua representação de Teresópolis na denominada operação Tarja Preta. Sem o Ministério Público (e sua estrutura), inviável a obtenção e cumprimento dos mandados de busca e apreensão e dos mandados de prisão temporária.

Ademais, sendo a investigação criminal preliminar essencialmente informativa, a constatação de eventual vício nessa fase pré-processual não tem o condão de contaminar ou de tornar nula a prisão provisória fundamentadamente decretada pela autoridade competente, antes de sua conclusão (neste sentido: STJ, HC 99773/RJ, sob a relatoria do Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª Turma, j. 04/03/2008, DJe 17/03/2008).

Noutro eito, ainda que superado o raciocínio anterior, a insatisfação dos impetrantes cai por terra, por fundar-se em um *falso problema*. Ao contrário do que tentam sugerir os nobres Impetrantes, não se tem nos autos situação que pudessem levar ao debate sobre o poder de investigação do Ministério Público, matéria em discussão pelo Plenário da Corte Suprema no HC 84.548/SP, hoje com votação suspensa pelo pedido de vista do Min. Cezar Peluso.

Como de fácil constatação pela rápida leitura das peças que compõem o processo, constata-se que a investigação teve início por meio do Inquérito Civil nº 190/2006, então em curso perante a 2ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva do Núcleo Teresópolis, responsável pela apuração de atos de improbidade administrativa. A atuação combinada dos órgãos de execução ministeriais (*in casu*, Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva e Promotorias de Justiça Criminais) só atende à missão constitucional outorgada à Instituição, sendo lúdima a utilização do Inquérito Civil Público como elemento informador da denúncia criminal.

Neste sentido, segue orientação pretoriana:

EMENTA: 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 (STF – RE 464893/GO, da relatoria do Min. Joaquim Barbosa,

2ª Turma, julgado em 20/05/2008, DJ 01/08/2008, votação unânime).

No Superior Tribunal de Justiça, interessante a consulta aos precedentes RHC 13.823/RS, HC 61.105/SP, RHC 16.805/SP, EDcl no RHC 18.768/PE e AgRg no REsp 887240/MG.

Note-se, por oportuno, que a cognição sumária transmitida pelo presente *Habeas Corpus* permite vislumbrar que o paciente *Odenir Cardoso Moreira*, além de possuir patrimônio incompatível com sua renda, foi capturado no Aeroporto Internacional do Rio de Janeiro, quando embarcava para a cidade de *Punta del Este*, na República Oriental do Uruguai.

Os demais pacientes, em sua maioria integrantes da unidade familiar de *Odenir Cardoso Moreira*, compunham a estrutura criminal da associação criminosa, emprestando seus nomes (e recebendo contraprestações por isso) para a descentralização do patrimônio de origem ilícita.

Diante de tais considerações, o parecer é pela **denegação** da ordem, restabelecida a prisão dos pacientes.

Rio de Janeiro, 01 de setembro de 2008.

ASTÉRIO PEREIRA DOS SANTOS

Procurador de Justiça