

Cautelar em sede de foro por prerrogativa de função. Liminar de Câmara Cível que determina trancamento de feito da Seção Criminal, hierarquicamente superior, e competente para matéria criminal. Decisão inexistente. Nada jurídico, que apenas deve ser desconsiderado.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
SEÇÃO CRIMINAL.

Ação Cautelar de Busca e Apreensão.
Proc-2004.197.0002.
Relator: Des. Alexandre H. Varella.

Eminente Relator:

Requeru o Ministério Público Busca e Apreensão de documentos, medida esta deferida por V. Exa. (fls. 02/08).

Da r. decisão, o ilustre causídico interpôs Agravo Regimental (fls. 15/19).

Às fls. 76/78 peticiona a Sra. Prefeita noticiando ter adentrado com Mandado de Segurança na 5ª Câmara Cível, onde o Exmo. Des. Roberto Wider, deferiu **liminar** reconhecendo que o *Parquet* "não tem poderes investigatórios", e que "foi utilizada prova ilícita para requerer a medida cautelar".

Como se vê, na cópia da citada decisão oriunda da 5ª Câmara Cível, se argumenta que não poderia o *Parquet* "investigar criminalmente" e, por conseqüência, "propor a ação cautelar", e, assim, "declarou **tudo** ilegal, até o julgamento do Mandado de Segurança"(fls. 79/82).

É o sucinto relatório.

Não se pretende, aqui, polemizar sobre a possibilidade ou não do Ministério Público investigar, sendo que, inclusive, segundo julgamento em andamento no STF, a maioria dos Ministros daquela Colenda Corte já se manifestou favoravelmente à tese de que o Ministério Público tem poderes investigatórios.

Outrossim, não se procura discutir, também, como faz a defesa em sua petição, acerca da competência para ação de improbidade, considerando, ainda, que a ADIn a respeito, em andamento no STF, também caminha para solução favorável à tese do *Parquet*.

O que se examina aqui é a *surpreendente e inusitada decisão do Exmo. Relator de uma Câmara Cível, que, violando conceitos e princípios comezinhos de direito, declara nula (pasme V. Exa) uma decisão exarada em feito da E. Seção Criminal (órgão jurisdicional hierarquicamente superior), e ainda (pasme V. Exa. mais uma vez), em matéria criminal.*

Ora, o que se irá demonstrar é que a decisão do Eminent Relator, *por lhe faltar jurisdição, não é somente nula, mas inexistente, não podendo gerar efeitos no que diz respeito à presente medida cautelar, medida de caráter penal e não cível, tal qual a jurisdição conferida àquela Câmara Cível.*

Como é por demais sabido, os pressupostos de existência dizem respeito à própria instauração da ação penal, sendo requisitos para o início da relação processual. São eles: **1.** a exigência da existência de uma demanda; **2. existência de órgão jurisdicional;** **3.** existência de partes.

Assim, segundo BÜLOW ⁽¹⁾, os pressupostos de existência devem ser examinados de ofício pelo juiz, independentemente da provocação ou arguição da parte, enquanto os pressupostos de validade devem ser agüidos pela parte.

Destarte, não estando presentes os pressupostos de existência para o processo, *o juiz não poderá proferir qualquer decisão no processo, seja de mérito ou não, enquanto ausentes os pressupostos de validade, o juiz só fica impedido de julgar o mérito.*

Os primeiros, ausentes, impedem a existência ou nascimento do processo como relação jurídica; já na falta dos segundos, deve ser declarada a nulidade e o juiz só poderá exarar decisão de mérito, salvo a nulidade seja suprível e for, efetivamente, sanada.

Ora, na espécie, o Eminent Relator, integrante de uma *Câmara Cível*, não detinha *jurisdição* para apreciar medida cautelar de natureza criminal, *mormente quando esta já estava sob jurisdição da E. Seção Criminal*, que exerce jurisdição **hierarquicamente superior** à própria Câmara Criminal, e não guardando qualquer relação com aquela Câmara Cível.

A falta de jurisdição ocorre quando uma categoria de juízes ou tribunais decide causa afeta a outra categoria, e, assim, haverá incompetência absoluta ou, melhor dizendo, inexistência, se, dentro de uma mesma jurisdição, juízes investidos, por exemplo, de jurisdição cível venham a decidir feitos criminais, (exatamente o que ocorreu *in casu*), ou, ainda, se juiz de determinado grau de jurisdição decidir causa afeta a outro grau de jurisdição.

Segundo FREDERICO MARQUES, "quando o vício da incompetência deflui da falta de jurisdição, é ele totalmente insanável, ocorrendo, assim, incompetência absoluta. Nesse caso, a autoridade judicante, por não ter jurisdição para a causa, não julgou como órgão judiciário" ⁽²⁾.

⁽¹⁾ No clássico: BÜLOW, Oskar. *Die Lehre von den Proceßeinreden und die Proceßvoraussetzungen*. Giessen, 1868., citado por TORNAGHI: *A relação Processual Penal*, São Paulo: Saraiva, 2º ed., 1987.

⁽²⁾ MARQUES, José Frederico. *Da Competência em Matéria Penal*. Campinas: Millenium ed. 2000, p. 392.

No caso presente, ocorre, *no que diz respeito à decisão sobre a ilegalidade e nulidade da cautelar, a inexistência* da decisão, pois, não havendo jurisdição, não poderia haver pronunciamento sobre o mérito da questão, que está *sub judice* nesta E. Seção Criminal. É, assim, a decisão, neste aspecto, completamente inexistente. *Um nada jurídico.*

De acordo com VICENTE GRECO FILHO:

“O ato inexistente deve ser simplesmente desconsiderado, devendo ser praticado o ato que não o foi. Daí não depender de instrumento específico para seu desfazimento; basta que se pratique o que não foi feito”.⁽³⁾

Portanto, nenhum efeito ou alteração traz a decisão naquele mandado de segurança para os presentes autos.

Aliás, deve ser acrescentado que a decisão em pauta atentou contra o princípio constitucional do **juiz natural**.

De acordo com ADA PELLEGRINI GRINOVER:

“A idéia de imanência do juiz no processo leva, assim, a revisitar o princípio do juiz natural, visto como verdadeiro *pressuposto da existência do processo*. Na moderna evolução da teoria dos pressupostos processuais... partiu-se para a idéia de que, sem os pressupostos processuais, a relação processual pode nascer, mas será inválida. Todavia, o juiz natural é condição para o exercício da jurisdição. Sem ele, a própria relação processual não pode nascer, é apenas aparente, é um não processo. Estamos aqui, inquestionavelmente, perante um verdadeiro pressuposto de existência do processo, em cuja ausência não se pode falar em mera nulidade da relação processual...⁽⁴⁾”

Destarte, fica, desde já, *prequestionada a questão federal*, para fins de futuro recurso constitucional, em caso de acatamento do exarado naquela decisão no presente processo criminal, o que, obviamente, não se dará, em face da inusitada situação.

⁽³⁾ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva. 1993, p.266.

⁽⁴⁾ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As Nulidades no Processo Penal*, 3º ed., São Paulo: Malheiros ed., 1993, pp. 41/42.i.

Ora, desejando a Sra. Prefeita trancar eventual investigação ou processo criminal ou, ainda, a presente medida cautelar, deveria fazê-lo na jurisdição própria, pois eventual medida em órgão sem jurisdição para tanto, como é intuitivo, não pode gerar efeitos jurídicos.

Por fim, somente à guisa de **prequestionamento**, visando o *Parquet* se acautelar para posterior recurso, acaso adotada a tese da defesa, é de se afirmar que *a presente medida cautelar foi requerida e deferida regularmente*, pois com base em *notícia-crime* enviada ao Ministério Público, como já demonstrado no processo cautelar. E mesmo, em havendo quaisquer diligências procedidas pelo *Parquet*, tal é perfeitamente possível, como já decidido pelos Tribunais, *verbis*:

“No exercício de suas funções institucionais, inclusive na esfera penal, está o Ministério Público legitimado a promover diligências investigatórias. Dicção do art. 8º, V, da LC nº 75/1993” (TRF-1ª Reg., HC 2000.010.0030400-2/AM, Rel. Juiz Hilton Queiroz, DJU de 04.09.2000, p. 41).

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região faz coro a este entendimento:

“(...) o inquérito policial é, em regra, atribuição da autoridade policial. O *Parquet* pode investigar fatos, poder que se inclui no mais amplo de fiscalizar a correta execução da lei. (...) Tal poder do órgão ministerial mais avulta, quando os envolvidos na infração penal são autoridades policiais, submetidas ao controle externo do Ministério Público” (TRF-4ª Reg., HC 97.0426750-9/PR, Rel. Juiz Fábio Bittencourt da Rosa, DJU de 16.07.1997).

Idem, ibidem, em relação ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região: “A competência da polícia judiciária para colheita de provas para instauração da ação penal, bem como para presidir o procedimento administrativo, não exclui a competência de outra autoridade administrativa, a quem por lei seja cometida a mesma função. A Lei Complementar nº 75/1993, em seu art. 8º e incisos, especifica as atribuições do Ministério Público para o exercício de suas funções constitucionais nas investigações criminais por ele presididas” (TRF-5ª Reg., HC 2000.05.00029-1/CE, Rel. Juiz Ubaldo Ataíde Cavalcante, DJU de 08.09.2000, p. 742).

Nos Tribunais de Justiça dos Estados, vigora, majoritariamente, a mesma tese, que conflita com a decisão atacada:

“O Ministério Público tem legitimidade para proceder a investigações ou prestar tal assessoramento à Fazenda Pública para colher elementos de prova que possam servir de base à denúncia ou ação penal. A CF, no § 4º, do art. 144, não estabeleceu com relação às Polícias Civas a exclusividade que confere no § 1º, IV, à Polícia Federal para exercer as funções de Polícia Judiciária” (TJ-RS, in RT Volume 651, pp. 313/321).

Face a todo o exposto, protesta o Ministério Público pelo prosseguimento da presente cautelar, considerando não poder trazer qualquer efeito à mesma a insusitada decisão exarada em jurisdição cível.

Rio de Janeiro, 14 de outubro de 2004.

MARCELLUS POLASTRI LIMA
Procurador de Justiça

Aprovo.

CELSO FERNANDO DE BARROS
Procurador-Geral de Justiça
Em exercício