

***Recurso Especial. Ministério Público. Legitimidade  
concorrente para a prática de atos na persecução penal.  
Inexistência de monopólio da Polícia Judiciária  
para a investigação penal***

*Tribunal de Justiça*

**Habeas Corpus n° 615/96**

***Recurso Especial***

**Recorrente:** Ministério Público

**Recorrido:** Castor Gonçalves de Andrade Silva (paciente)

**Impetrantes:** Drs. Nelio Roberto Seidl Machado e Wilson Lopes dos Santos

Recurso Especial. *Habeas Corpus* parcialmente deferido para atribuir à Polícia Judiciária o monopólio da investigação penal, vedando ao Ministério Público, na persecução penal, qualquer atividade de investigação direta. Tempestividade. Prequestionamento. Afronta direta a diversos dispositivos da Lei Federal, a saber: art. 26, inciso I, letras "a", "b" e "c", art. 26, inciso II, art. 26, inciso IV, art. 26, inciso V, art. 26 § 4º, art. 26 § 5º, art. 32, inciso II, art. 43, inciso XIII e art. 80 da Lei 8625/93 (LONMP). E mais: arts. 4º, § único, 12, 27, 39 § 5º, 46 § 1º, todos do CPP. E ainda: art. 8º, incisos, I, V e VII da Lei Complementar n° 75, de 20/05/93 (LOMPU). Recurso Especial merecedor de admissão.

***PARECER***

*Exmo. Sr. Desembargador 3º Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.*

1. O Ministério Público, por sua Chefia, interpôs Recurso Especial contra o V. acórdão de fls. 156/162 proferido, à unanimidade de votos, pela E. 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça no julgamento do *Habeas Corpus* n° 615/96.

A decisão recorrida guarda a seguinte ementa:

"Processual Penal. *Habeas Corpus*. Conhecimento. Investigações Criminais. Atribuição da Polícia Judiciária. Atribuições do Ministério Público. O Devido Processo Legal.

A ação de *habeas corpus* controla não somente o direito à liberdade, senão também a validez do procedimento de que possa resultar a restrição a esse direito.

A função de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares, são privativas das polícias civis.

Ao Ministério Público cabe o monopólio da ação penal pública, mas sua atribuição não passa do poder de **requisitar** diligências investigatórias e a instauração do inquérito policial e do inquérito policial militar.

Somente quando se cuidar de inquéritos civis é que a função do Ministério Público abrange também a instauração deles e de outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes, aqui incluídas as diligências investigatórias.

Ordem concedida, em parte.”

Contra o julgado foram interpostos, pelo Recorrente, embargos declaratórios (fls. 167/168), que foram rejeitados através da decisão de fls. 175/176.

Na petição de interposição do Recurso Especial (fls. 180/206) alega-se ofensa ao art. 105, inciso III, alíneas “a” e “c” da Constituição Federal. O dissídio jurisprudencial (letra “c”) vem indicado na página 189 dos autos, onde se faz alusão, também, a manifestações jurisprudenciais **recentes** do Egrégio Supremo Tribunal a respeito do *thema* endossando a pretensão recursal (fls. 190/192). Há, também, referência doutrinária em apoio da posição defendida pelo Recorrente (fls. 192/193). No que respeita à violação da Lei Federal (letra “a”), indica-se que o acórdão atentou ou, quando menos, negou vigência aos seguintes dispositivos da lei federal: art. 26, inciso I, letras “a”, “b” e “c”, art. 26, inciso II, art. 26, inciso IV, art. 26, inciso V, art. 26 § 4º, art. 26 § 5º, art. 32, inciso II, art. 43, inciso XIII, todos da Lei 8625, de 12/02/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), trazendo fundamentação ao alegado (fls. 193/200), inclusive com referência doutrinária específica (fls. 197/198). E, mais, teria negado vigência a diversos dispositivos do Código de Processo Penal, assim indicados: arts. 4º § único, 12, 27, 39 § 5º e 46 § 1º. Mais ainda: desconsiderado estaria o art. 8º, incisos I, V e VII da Lei Complementar nº 75, de 20/05/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), por força do disposto no art. 80 da Lei 8625, de 12/02/93 (LONMP - fls. 199/200).

O recorrido ofereceu contra-razões (fls. 272/297) pleiteando a inadmissibilidade do recurso e, no mérito, pugnando por seu aprimoramento.

Os autos, em seguida, foram remetidos a esta Procuradoria-Geral, onde foram com vista à Assessoria de Recursos Constitucionais, uma vez que o recurso fora interposto pelo Procurador-Geral de Justiça.

É o relatório.

2. Passo a opinar.

a) O Recurso Especial é **tempestivo**, tendo em vista que o Ministério Público tomou ciência do *decisum* recorrido em 21/08/96 (fls. 162), uma quarta-feira, manifestando seu inconformismo aos 02/09/96 (fls. 172), uma segunda-feira.

b) Houve **prequestionamento**.

É certo que a medida foi tomada por uma questão de cautela, uma vez que o r. acórdão recorrido, na verdade, embora sem fazer alusão a todos os dispositivos de lei federal violados, de forma direta ou por via reflexa, na verdade abordara a questão básica que motiva o presente recurso. Com efeito, o princípio afirmado na manifestação jurisdicional recorrida é o de que a Polícia Judiciária detém o monopólio da atividade investigatória na persecução penal na fase pré-processual. Aliás, quando da interposição do Recurso Especial, tal aspecto da questão já fora objeto de análise (fls. 181).

De qualquer maneira, o tema foi objeto de embargos de declaração (fls. 167/168), que foram desacolhidos (fls. 175/176).

c) Ocorreu, imediato, cumprimento ao r. acórdão recorrido.

Com efeito, determinara o julgado que o Ministério Público se abstinisse da prática de atos que se insiram entre os de atribuição da Polícia Judiciária relacionados com a prova oral (fls. 162), bem como que encaminhasse à Polícia Judiciária qualquer “documentação que eventualmente ainda se encontre em seu poder e que repute do interesse da investigação policial” (fls. 162).

Portanto, a ordem judicial determinava uma conduta omissiva e outra comissiva. A última foi, de pronto, atendida, fazendo o Ministério Público juntar aos autos declaração do Procurador-Geral de Justiça de que não detinha (**nem detém**) em seu poder qualquer documentação para encaminhar à Polícia Judiciária, “de vez que **nada** foi investigado **diretamente** pelo Ministério Público em relação aos fatos que foram objeto da impetração” (fls. 172). A primeira jamais foi exercitada, como assinalado nas razões recursais.

### 3. Exame do recurso.

Para encurtar razões, pode-se afirmar, sem sombra de dúvida, que o *thema* em debate resume-se a uma única questão jurídica da maior relevância para o destino da investigação penal em nosso País. De um lado, a tese do r. acórdão recorrido, segundo o qual a Polícia Judiciária detém o monopólio da persecução penal na fase pré-processual; do outro, a posição do Ministério Público, sustentada no Recurso Especial, que salienta ser **atribuição ordinária** da Polícia Judiciária a apuração das infrações penais e da respectiva autoria. Porém, tal atribuição **não lhe é exclusiva**, podendo a investigação penal, em caráter **eventual** e **extraordinário**, ser exercida, na fase pré-processual, por outras autoridades, inclusive as judiciárias, como se demonstrará. E dentre as instituições voltadas para tal fim, por sua destinação histórica, sem dúvida o Ministério Público ocupa lugar de relevo. Como de fácil observação, as posições assumidas no *decisum* recorrido e no Recurso Especial não chegam a ser, totalmente, antitéticas, pois neste não se sustenta, em momento algum, que a investigação penal ficaria a cargo do Ministério Público, como ocorre em alguns Estados civilizados. Afirma-se, isto sim, a atribuição **extraordinária** e **eventual** do *Parquet* (**não só dele, frise-se bem!**) para, sempre que necessário, investigar **diretamente** determinado fato criminoso.

A lei diz, às claras, ser possível tal procedimento, como ficou registrado nas razões recursais: art. 26, I, II, IV e V, art. 26 §§ 4º e 5º, art. 32, II, art. 43, XIII, da Lei 8625, de 12/02/93 (LONMP); art. 80 da Lei 8625, de 12/12/93 (LONMP) c/c art. 8º, I, V e VII da Lei Complementar nº 75, de 20/05/93 (LOMPU).

Igualmente, o Código de Processo Penal, em vigor há mais de meio século, deixa patente que o Ministério Público (ou outras autoridades a quem por lei for cometida função investigatória) também pode prescindir do inquérito policial para a investigação penal. Veja-se: art. 4º § único, art. 12, art. 27, art. 39 § 5º e art. 46 § 1º, todos enumerados nas razões recursais.

Aliás, embora não referido no Recurso Especial, há que assinalar o art. 28 da lei instrumental penal básica que alude ao pedido de arquivamento do inquérito policial ou de “**quaisquer peças de informação**”, mostrando, à toda evidência, que a persecução penal, na fase que antecede à propositura da ação penal, pode ser levada a efeito por outra autoridade que não a policial.

As próprias **autoridades judiciárias** podem promover a investigação penal quando, no curso de qualquer procedimento, houver indício da prática de crime por magistrado. É como soa o art. 33 § único da Lei Orgânica da Magistratura Nacional:

“Quando, no curso de investigação, houver indício da prática de crime por magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao tribunal ou órgão especial competente para o julgamento, a fim de que prossiga na investigação.”

Ora, a vingar a tese do r. acórdão recorrido, o dispositivo em exame seria destituído de sentido e, até mesmo, inconstitucional.

Outra investigação penal presidida por **autoridade judiciária** é aquela incorporada na Lei de Falências (art. 103 e seguintes) no chamado inquérito judicial.

O Poder Legislativo também dispõe de poder investigatório em caso de crime cometido nas dependências da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, estabelecendo o regimento respectivo a prisão em flagrante do acusado e a realização do inquérito (Súmula 397, do STF).

A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8625, de 12/02/93) estabelece procedimento assemelhado ao traçado para os juízes, quando, no curso de investigação, houver indício da prática de infração penal por parte de membro do Ministério Público, determinando à autoridade policial, civil ou militar, que remeta os respectivos autos, pena de responsabilidade, ao Procurador-Geral de Justiça, a quem **incumbirá dar seguimento à apuração** (art. 41 § único).

Ao lado destes dispositivos, outros há, e muitos, que consagram a possibilidade da investigação penal ser levada a cabo por autoridades outras que não a policial. Tourinho, em feliz expressão, designa-os como “inquéritos extrapoliciais” (cf. *Processo Penal*, vol. 01, pág. 178/179, Saraiva, 1995). E passa a enumerá-los:

a) “nos crimes contra a Saúde Pública, em determinadas infrações ocorridas nas

áreas alfandegárias, têm as autoridades administrativas poderes para elaborar inquéritos que possam servir de alicerce à denúncia. Veja-se, ainda, a alínea “b” do art. 33 da Lei 4771, de 15/09/65”;

b) nos inquéritos administrativos instaurados no objetivo de apurar falta funcional, caso venha a ser constatada a existência de ilícito penal, bastará à autoridade administrativa, pelos canais competentes, fazer chegar às mãos do órgão do Ministério Público a peça de informação para que ele, se for o caso, possa, com base nela, ofertar denúncia;

c) os inquéritos policiais militares, conhecidos como I.P.M.s. Caso neles se constate, no curso da apuração respectiva, a ocorrência de infração penal da competência da Justiça Comum, caberá à autoridade militar remeter os autos ao Ministério Público para, com base no I.P.M., se for o caso, oferecer denúncia;

d) A Lei 1579, de 18/03/52, que dispõe sobre as Comissões Parlamentares de Inquéritos, também possibilita que o inquérito parlamentar possa servir de base para o ato instaurador da instância penal, caso nele se constate a existência de crime da competência da Justiça Comum.

E arremata: “conclui-se, pois, que os inquéritos nem sempre são policiais; os extrapoliciais têm a mesma finalidade” (*apud op. cit.*, pág. 179).

Porém, para o *decisum* recorrido somente a Polícia Judiciária pode investigar.

O Ministério Público, destinatário de **todas** as investigações, segundo o r. acórdão recorrido, deve comportar-se como mero espectador da apuração boa ou má que se fizer. Concede-lhe, é certo, o *decisum* impugnado, o poder de requisitar. Porém, se a requisição, por fás ou por nefas, não lograr o êxito colimado, cabe-lhe cruzar os braços e lamentar o insucesso da investigação.

Curioso paradoxo!

Tais dispositivos de Lei Federal, ao lado daqueles outros já mencionados no Recurso Especial, mostram, à saciedade, quão equivocada é a tese do r. acórdão recorrido, ao estabelecer como feudo da polícia judiciária a persecução penal na fase pré-processual.

O dissídio jurisprudencial, outro fundamento do Especial, também restou configurado. Veja-se, por oportuno, o cotejo estabelecido no gráfico de fls. 189. Com efeito, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em acórdão cuja íntegra encontra-se acostada aos autos (fls. 207/211), afirmou, com todas as letras e de forma inequívoca, que “no Código de Processo Penal não se estabelece que a função de Polícia Judiciária é exclusiva da Polícia Civil” e que “o Ministério Público está legitimado a fazer investigações” (fls. 189).

Mostrou-se, também, que a manifestação jurisdicional do E. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul encontra consonância com as manifestações mais **recentes** do **Tribunal Pleno** do Pretório Excelso (fls. 212 e, de modo especial, fls. 229/230 e 231). No Pretório Maior discutiu-se a Constitucionalidade da Resolução do Procu-

rador-Geral de Justiça do Paraná, instituindo, na Comarca de Curitiba, Promotoria de Investigação Criminal, restando indeferida a medida liminar pretendida pela "ADEPOL" na Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 1336-0 do Paraná (em 11/10/95). Pouco antes, em sessões de 08 e 15 de março de 1995, fora indeferida cautelar postulada para suspensão dos efeitos da Resolução nº 447, de 17/06/94, da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, versando a respeito de matéria correlata com objeto do presente recurso (ADI - 1138 - fls. 231).

4. Faz-se mister, aqui, tecer algumas considerações, ainda que breves, às contrarrazões do paciente.

A primeira relacionada com o dissídio jurisprudencial. Embora reconhecendo serem divergentes os entendimentos esposados nos pronunciamentos judiciais confrontados, salienta o recorrido que não é todo o dissídio jurisprudencial que enseja o cabimento do recurso especial, devendo a divergência ater-se a questões federais infraconstitucionais. Porém, o acórdão referido como paradigma para o dissídio jurisprudencial cuida, especificamente, da exegese de lei federal, portanto de questão federal infraconstitucional. Ali é feita análise minudente do art. 4º § único do Código de Processo Penal (fls. 209), bem como do art. 27 do mesmo Código (fls. 208), não se atendo o julgado ao exame somente de dispositivo da Constituição Federal.

E foi nesse sentido que ele serviu de base para o Recurso Especial.

Não há negar, pois, que os julgados postos em confronto divergem, de forma inarredável, na interpretação de lei federal, no caso, o Código de Processo Penal.

Também não me parece verdadeira a afirmação de que a matéria não foi objeto de prequestionamento. Com efeito, através dos embargos de declaração de fls. 167/168, o Ministério Público denunciou a omissão do acórdão, aludindo, expressamente, aos artigos 4º § único e 27 do Código de Processo Penal. Tais embargos, como já registrado (1, *supra*), foram rejeitados sob o singelo fundamento de que "um bom método de decidir não deve concentrar perda de tempo com inutilidades que não merecem discussão, nem referência", pois os cânones referidos nos aludidos embargos de declaração "nada têm a ver com o caso" (fls. 175).

Quanto aos julgados do Supremo Tribunal Federal que acompanham o Recurso Especial serviram, sem dúvida, não como lastro para a sua interposição, fundada na letra "c", mas para ilustrar o entendimento recente que o Pretório Excelso vem mantendo sobre a matéria e que contraria, frontalmente, o r. acórdão recorrido. É o que está dito no recurso.

Também não me parece acertado o entendimento angusto que o Recorrido procura emprestar ao sentido da expressão violação à lei federal. Segundo afirma o Recorrido, a afronta à lei federal teria que ser direta e frontal, ou seja, no caso concreto, o Ministério Público só poderia impugnar pela via do Recurso Especial ofensa ao artigo 26, inciso I, da Lei 8625/93, pois somente ele fora versado no r. acórdão recorrido.

Penso, *data venia*, não ser este o melhor entendimento. Não é bem isto o que

afirma a Constituição Federal quando alude à decisão que contrariar a lei federal **ou negar-lhe vigência** (letra “a”). Na verdade, o r. acórdão recorrido contrariou o aludido artigo 26, inciso I da Lei 8625/93. E, por tal razão, o Recurso Especial **também** afirma que aquele dispositivo da lei federal resultou malferido. No entanto, o *decisum* recorrido também **negou vigência** a uma série de outros dispositivos da lei federal, que, igualmente, servem de amparo ao Recurso Especial. Não fosse assim o recurso constitucional quase nunca poderia ser interposto. Quanto mais omissa fosse a decisão recorrida, mais inexpugnável ela se tornaria. Daí, o cuidado do Ministério Público quando da interposição dos embargos de declaração, no presente caso, que tinham por fim ensejar ao Colégio a oportunidade do exame de uma série de outros dispositivos da lei federal que ficaram no olvido, muito embora guardassem estreita relação com a matéria decidida. Ao rejeitar os embargos de declaração voltou o Colégio a negar vigência àqueles cânones.

Ocorreu, assim, ofensa direta a dispositivo da lei federal, que importou, por via de consequência, em atentado reflexo a diversos outros mandamentos legais de natureza federal.

Na realidade, qualquer entendimento contrário ao expressado no Recurso Especial relegaria o Ministério Público a um papel subalterno, qual seja o de assistir os depoimentos tomados pelo delegado, sem qualquer participação na colheita da prova que tem como destinatário justamente o próprio *Parquet*. Atuaria, assim, como uma testemunha instrumental do ato. Estranho paradoxo!

Em juízo, sabe-se que o Ministério Público **participa** da instrução criminal probatória formulando perguntas, através do Juiz, às testemunhas e aos ofendidos. Porém, na fase inquisitiva, quando deveria ser produzido o suporte probatório para denúncia, seu papel seria secundário. Ele atuaria como mero espectador da prova que a autoridade policial viesse a colher.

Ao revés, no inquérito civil e na ação civil pública tudo lhe seria concedido.

Estranho paradoxo!

Por que a diversidade de tratamento quando, como sabido e ressabido, o Ministério Público tem, iniludivelmente, maior relevância de atuação no campo penal?

Mas esta é a inevitável conclusão a que nos leva a leitura do *decisum* recorrido.

Mas esta não é a lição dos doutos, em sede doutrinária, como assinalado por Hugo Nigro Mazzilli (fls. 197/198, fls. 247/248 e 256/257), Manoel Gonçalves Ferreira Filho (fls. 192/193), Fernando da Costa Tourinho Filho (fls. 257/258) e Julio Fabbrini Mirabete (fls. 257).

Recentemente, só para exemplificar, em nosso Estado, viu-se a atuação direta do Ministério Público no caso dos “bicheiros”, com resultados magníficos para a persecução criminal que se seguiu.

Em verdade, como adverte a sã doutrina, quanto mais se mantiver o Ministério Público distanciado das fontes de prova maiores riscos irão advir para a pretensão

punitiva do Estado, atingindo não somente o *Parquet* mas também, e por via reflexa, a **própria Magistratura**, pois só serão ajuizadas as causas que a Polícia permite (cf. *Direito e Justiça no Brasil*, p. 209/210 - Helio Bicudo).

Falou-se tanto em ditadura nas razões de recorrido. É tempo de indagar: e haverá maior ditadura que a consagrada no julgado recorrido?

O Ministério Público tem seus atos sujeitos a controle judicial, seja para propor a ação penal (art. 43 do CPP), seja quando requer o arquivamento do inquérito policial ou das **peças de informação** (art. 28 do CPP). E a Polícia?

Fala-se tanto, nos últimos tempos, no controle externo do Ministério Público e no controle externo da Magistratura. E a Polícia como fica?

Não se pode dar ao delegado de polícia o poder de transigir, de aguardar oportunidade, de dispor, em suma, da persecução penal. A vingar tal absurdo, o Delegado de Polícia terá o poder de "indultar", como alerta Tourinho (cf. *Processo Penal*, vol. 01, pág. 199, Saraiva, 8ª edição).

5. O presente Recurso Especial está, intimamente, ligado à destinação histórica do Ministério Público. É quanto basta para demonstrar a relevância da questão federal que será submetida ao exame do Judiciário. Encontram-se nele, sem dúvida, presentes os requisitos de razoabilidade que demandam o exame da matéria pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Por tudo o que ficou dito, o parecer orienta-se no sentido de que se **admita** o Recurso Especial.

Rio de Janeiro, 25 de novembro de 1996.

**Sergio Demoro Hamilton**  
Procurador de Justiça

Aprovo.

**Hugo Jerke**  
1º Subprocurador-Geral de Justiça