



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2012.0000604110

ACÓRDÃO

Vistos relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 0002237-86.2010.8.26.0024, da Comarca de Andradina, em que são apelantes CARLOS HENRIQUE ALVES DOS SANTOS e JOSICLEIA COSTA DA SILVA, é apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em 6ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Acolheram a preliminar arguida e anularam a sentença de 1º Grau para que outra seja proferida, com exclusão das interceptações telefônicas e relatórios do "serviço secreto da polícia". V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento deve a participação dos Exmo. Desembargadores JOSÉ RAUL GAVIÃO DE ALMEIDA (Presidente sem voto), RICARDO TUCUNDUVA E ERICSON MARANHO.

São Paulo, 8 de novembro de 2012

Marco Antonio Marques da Silva

RELATOR

Assinatura Eletrônica

Apelação Criminal com Revisão nº 0002237-86.2010.8.26.0024

6ª Câmara Criminal

Apelantes: CARLOS HENRIQUE ALVES DOS SANTOS e
JOSICLÉIA COSTA DA SILVA

Apelada: JUSTIÇA PÚBLICA

Voto nº 16321

*SENTENÇA CRIMINAL – NULIDADE –
OCORRÊNCIA – FUNDAMENTAÇÃO EM
INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COLHIDA
PELO MINISTÉRIO PÚBLICO –
INADMISSIBILIDADE – DESVIRTUAMENTO DA
FUNÇÃO CONSTITUCIONAL – PRELIMINAR
ACOLHIDA.*

Carlos Henrique Alves dos Santos e Josicléia Costa da Silva, qualificados nos autos, foram processados e condenados por sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito Ricardo Dal Pizzol, no processo nº 200/10, que tramitou pela 2ª Vara da Comarca de Andradina – SP, o primeiro à pena de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais o pagamento de 583 (quinhentos e

oitenta e três) dias-multa; a segunda, à 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, por infringirem o artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06. Pela mesma decisão, foram absolvidos da acusação de violarem o artigo 35, da Lei de Drogas, com fundamento no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Inconformados, em preliminar, pleiteiam a nulidade da sentença condenatória, fundada em escutas telefônicas produzidas pelo Ministério Público. Josicléia alega, ainda, nulidade da busca realizada em sua casa sem mandado. No mérito, busca a absolvição por insuficiência probatória.

Processados e contra-arrazoados os recursos, manifestou-se a Procuradoria Geral de Justiça pela rejeição das preliminares e improvimento quanto ao mérito.

É o relatório.

A sentença está eivada de

nulidade.

Com efeito, o magistrado *a quo* utilizou como fundamentação para a condenação dos réus, interceptações telefônicas realizadas pelo Ministério Público, bem como “relatórios do serviço secreto da polícia”.

Com relação à investigações criminais realizadas pela Justiça Pública, como já nos manifestamos a questão supera os limites fáticos *sub judice*, requerendo análise sobre as funções institucionais do Ministério Público e da Polícia Judiciária, sob pena de prestação jurisdicional insuficiente ou mesmo inadequada.

Assim, passo a análise da questão, no âmbito legal e constitucional.

1 – DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DO CONTROLE DE LEGALIDADE



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

5

Inicialmente, cabe ressaltar que o procedimento administrativo impugnado no presente *Habeas Corpus*, criado nos moldes do Inquérito Policial, pretendendo legitimar atos de natureza investigatória do Ministério Público do Estado de São Paulo, realizando diligências, naturais da Polícia Judiciária, para proporcionar a instauração de eventual Ação Penal, pretende encontrar guarida nos Atos Normativos 314-PGJ/CPJ, de 27 de junho de 2.003, e 324-PGJ/CGMP/CPJ, de 29 de agosto de 2.003, de autoria do Órgão Ministerial Estadual.

Portanto, deve ficar claro que os referidos Atos Normativos não têm força ou natureza de Lei Complementar, cuja iniciativa deve, necessariamente, ser do Procurador-Geral de Justiça, em se tratando de procedimentos de ordem administrativa, de competência do Ministério Público, no âmbito Estadual¹, e que não refogem a todo um procedimento legislativo de análise e promulgação.

De outro lado, não se pode negar

¹ Artigo 94, inciso V, da Constituição do Estado de São Paulo.

que, a Constituição Federal dotou o Ministério Público do poder de requisitar diligências investigatórias e requerer a instauração de inquéritos policiais:

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

VI – expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva

(...)

VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais”.

Da mesma forma, atribuiu a Carta Magna ao Ministério Público, no mesmo artigo 129, a função de promoção de inquérito civil e ação civil pública, mas com fins e objetivos delimitados:

“Art. 129 São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (grifo nosso).

Também é função do Ministério Público na realização do controle externo da atividade policial:

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

VII – exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior”.

Entretanto, tais atribuições constitucionais não são legitimadoras, ou mesmo legalizadoras, de um procedimento administrativo criminal, da natureza do ora impugnado, sucedâneo de inquérito policial.

A norma constitucional não contemplou ao órgão ministerial as funções de realização e presidência de inquéritos policiais, ainda que instaurados em face de uma necessária investigação de autoridade policial, como no caso em

espécie.

Seu papel de defensor da ordem pública jurídico-social, não afasta a existência de limites, também de ordem constitucional e legal, no seu âmbito de atuação, quando busca alcançar o exercício do poder punitivo do Estado, através da prestação jurisdicional.

Caso contrário acreditaríamos que na independência de um órgão institucional, à luz de um ordenamento submetido ao Estado Democrático de Direito, permitiríamos a superação, quando não a violação dos direitos e garantias individuais.

Já escrevemos que:

“O poder punitivo do Estado decorre do conjunto de poderes que lhe atribui a Constituição Federal para criar e aplicar o direito penal,

sendo a criação das normas competência exclusiva do poder legislativo, enquanto sua aplicação é do poder judiciário. Entretanto, este conjunto de poderes não é limitado, mas seus limites e extensão são definidos através dos princípios que decorrem dos fundamentos apontados no artigo 1º da Constituição Federal de 1988” (grifo nosso)².

Assim, clara a Constituição Federal, quando trata de modo específico dos limites de atuação do Ministério Público no Inquérito Policial, indicando a este a possibilidade de “requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial³”.

Aliás, a Constituição do Estado de São Paulo, em seu artigo 97, parágrafo único, em compasso com a Carta Magna, segue a mesma orientação, visto que quando trata do Ministério Público nem mesmo apresenta qualquer referência à

² SILVA, Marco Antonio Marques da. Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001, p. 06.

³ Art. 129, inciso VIII, da Constituição Federal.

questão do inquérito policial, tão somente restringindo suas previsões aos procedimentos administrativos, da competência do respectivo órgão:

“Art. 97. (...)

Parágrafo único. Para promover o inquérito civil e os procedimentos administrativos de sua competência, o Ministério Público poderá, nos termos de sua lei complementar:

1 – requisitar dos órgãos da administração direta ou indireta, os meios necessários a sua conclusão;

2 – propor à autoridade administrativa competente a instauração de sindicância para apuração de falta disciplinar ou ilícito administrativo”.

Também a Lei 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 (Lei Orgânica Nacional do Ministério

Público), que regula de forma complementar as funções e o âmbito de atuação do órgão ministerial, em seu artigo 26, inciso I, de forma indiscutível, limita seus poderes à instauração de inquéritos civis e procedimentos administrativos. Quanto aos inquéritos policiais, possibilita, em seu inciso IV, apenas a requisição de sua instauração e de realização de diligências, em consonância com a previsão da Lei Maior:

“Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:

I – instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes (...)

IV – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e inquérito policial militar, observado o disposto no art. 129, VIII, da Constituição Federal, podendo acompanhá-los”.

Não se pode, desta forma, seja constitucionalmente ou legalmente, afastar-se a falta de legitimidade do Ministério Público para realizar diretamente investigações e diligência através de procedimento administrativo de natureza criminal, de sua autoria, ainda que com a finalidade de apuração de eventuais condutas ilícitas, cometidas por autoridade policial, como no caso em espécie.

Mas não é só isso.

Temos que o Código de Processo Penal, diga-se, recepcionado pela ordem constitucional em vigor, categoricamente confirma o Inquérito Policial como instrumento de investigação penal da Polícia Judiciária, sendo procedimento administrativo destinado a subsidiar a instauração da ação penal, e neste particular, em especial, ao Ministério Público.

Lembramos CLÁUDIO JOSÉ PEREIRA⁴, quanto ao respeito ao princípio da legalidade, nos termos como imposto pela Constituição Federal:

“Todavia, o princípio da legalidade, como fonte basilar do Estado Democrático de Direito, exige sua realização fundada em preceitos de igualdade e justiça, visto que o exercício da função social da lei na comunidade aparece como pressuposto de validade, devendo esta emanar de órgãos de representação popular, sendo elaborada na forma do processo legislativo previsto constitucionalmente” (grifos nossos).

Assim, para que a norma legal seja recepcionada no Estado Democrático de Direito deve respeitar determinados princípios orientadores, quando de sua criação, bem como da delimitação de seu conteúdo:

⁴ PEREIRA, Cláudio José. Princípio da Oportunidade e Justiça Penal Negociada, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, pp. 05 e 06.

“Daí porque a exigência de plena legitimidade, na condição de qualidade dada ao poder do qual emana a lei, respeitadas as condições necessárias à preservação da dignidade humana em um Estado de Direito⁵”.

Os direitos fundamentais, no Estado Democrático de Direito, conforme ensina o Professor ANTONIO LUIS CHAVES CAMARGO:

“São o reflexo do seu fundamento que é a dignidade da pessoa humana, submetendo o poder punitivo do Estado, estabelecendo, de igual modo, os limites deste poder.

No Estado Democrático de Direito, o poder de punir do Estado está restrito pelo princípio básico da intervenção em ultima ratio na dignidade humana.

⁵ PEREIRA, Cláudio José. Princípio..., p. 06.

Desde a Ilustração, o princípio da legalidade, formulado por Feuerbach, na expressão latina nullum crimen, nulla poena sine lege, tem seu significado para a teoria da pena, entendida como coação psicológica, pois, há a exigência de descrição pela lei não só dos crimes, como das penas cominadas⁶.

A investigação criminal não pode, como anota WINFRIED HASSEMER, num Estado Democrático de Direito, ser a catapulta para a instauração da moda atual da não "jurisdicionalização do processo penal, mas sim da sua aptidão para um efetivo combate à criminalidade⁷".

Apoiando-se no raciocínio do ilustre professor alemão, o mestre lusitano MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE defende:

"Uma investigação criminal que

⁶ CAMARGO, Antonio Luis Chaves. Sistemas de Penas, Dogmática Jurídico – Penal e Política Criminal. Cultural Paulista, São Paulo, 2.002, p. 29.

⁷ HASSEMER, Winfried. Histórias das Idéias Penais na Alemanha do Pós- Guerra, AAFDL, Lisboa, 1995, p. 70.

não destrua a essência e o conteúdo dos direitos fundamentais – patrimônio da humanidade – pela troca da efêmera e escassa eficácia, esta sim é inimiga de se investigar de modo que se localize, contacte e se apresente o culpado, pois apenas nos remeterá para um culpado⁸. ”

Ainda, e isto também é realmente importante, o Constituinte de 1988, rejeitou Emendas à Carta Magna, que pretendiam possibilitar a sujeição do inquérito policial à presidência do Ministério Público⁹, além de assegurar as funções de Polícia Judiciária e a apuração de infrações penais à Polícia Civil, deixando clara sua intenção de não proporcionar ao órgão ministerial tal condição, sob pena de violação de princípios constitucionais.

Aliás, e por isso, dispõe o artigo 144, § 4º, da Carta Magna:

⁸ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Regime Jurídico da Investigação Criminal. Almedina, Coimbra, 2.003, p. 43.

⁹ O Ministro Nelson Jobim bem destaca esta situação em seu voto, quando relator do RHC 81.326/DF, apontando as Emendas Constitucionais de nº 945, 424, 1.025, 2.905, 20.524, 24.266 e 30.513.

“Art. 144. 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, através dos seguintes órgãos:

(...)

§ 4º – Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”.
(grifos nossos).

Não resta dúvida, pois, que com o não acolhimento, quando da Assembléia Nacional Constituinte de 1988, das pretensões de alguns parlamentares de ver um processo de investigação criminal gerido pelo Ministério Público, não pode este presidir ou realizar um inquérito policial, ou mesmo procedimento administrativo investigatório criminal de

mesma natureza e finalidade, vedando-se, também, a inquirição, de forma direta, de pessoas investigadas ou suspeitas da autoria de delito, ficando limitado à requisição de tais providências à autoridade policial competente.

Posição esta adotada pela Suprema Corte Constitucional, em especial no brilhante voto do Ministro CARLOS VELLOSO, quando relator do Recurso de nº 205.483:

“Inocorrência de ofensa ao art. 129, VIII, C.F., no fato de a autoridade administrativa deixar de atender requisição de membro do Ministério Público no sentido da realização de investigações tendentes à apuração de infrações penais, mesmo porque não cabe ao membro do Ministério Público realizar, DIRETAMENTE, tais investigações, mas requisitá-las à autoridade policial, competente para tal (C.F., art. 144 §§ 1º e 4º)” (grifos e destaques nossos).

Seguindo esse raciocínio, mais que adequado ao presente caso, cabe considerar que existe uma estreita delimitação constitucional de funções institucionais, dentro do campo da persecução penal.

De um lado o Ministério Público, como titular do direito à interposição da ação penal, podendo requisitar diligências investigatórias, acompanhar o inquérito policial, bem como, e também, exercer o controle externo da Polícia Judiciária.

Em outro ponto, temos a Polícia Judiciária, no caso em espécie a Polícia Civil, que deve executar a persecução penal incorporadora de eventuais constrangimentos individuais, com possível restrição à liberdade de ir e vir do cidadão, buscando a apuração das infrações penais por meio de um "isento" procedimento investigatório de colheita de elementos de prova.

Subverter essa ordem, delimitada

constitucionalmente, proporcionaria verdadeiro descompasso institucional.

Momento adequado para destacar o v. Acórdão lavrado nos autos do *Habeas Corpus* nº 99.018-3/2, julgado pela C. Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Em votação unânime, o julgamento realizado em 26 de fevereiro de 1991, o então Relator, eminente Desembargador WEISS DE ANDRADE ponderou:

“A primeira questão que se põe nos autos leva a que se faça uma análise, embora rápida e sumária, da posição do representante do Ministério Público no inquérito policial .

Não se ignora que o art. 129 da Constituição Federal dispõe que dentre as funções

institucionais do Ministério Público está a de promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.

Mas, também não pode ser descartado que o diploma constitucional, em seu art. 144, § 4º, estatui que às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de Polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

Indisputável, diante dos preceitos constitucionais, ser privativo da autoridade policial a presidência dos inquéritos policiais”.

À frente traz o mencionado Voto verdadeira lição que, nas poucas palavras destacadas, resume a matéria:

“Nada a objetar quando o representante do Ministério Público acompanha o desenrolar das investigações policiais e isto porque é o

Ministério Público o titular da ação pública, e ninguém melhor do que ele para acompanhar aquelas diligências policiais".

E prossegue:

"Mas entre acompanhar diligências policiais e assumir, praticamente, a direção do inquérito policial, a distância é grande" (grifo nosso).

2 – DAS FUNÇÕES INSTITUCIONAIS E DA IMPARCIALIDADE PRETENDIDA NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Com o devido respeito, não podemos acolher considerações tais como - "quem pode o mais pode o menos", ou seja, se compete ao órgão ministerial a interposição da ação penal pública, deveria ser entendida como pertinente a sua atuação

no campo da persecução penal, pré-processual, de forma direta, por meio de sucedâneo de inquérito policial.

Além da responsabilidade constitucional de interposição da ação penal pública, sempre que existirem indícios de autoria e provas de materialidade de um delito, compete ao Ministério Público o exercício do controle externo da Polícia Judiciária, na forma de órgão fiscalizador de suas atividades.

Se admitíssemos o procedimento administrativo criminal, como legal e legítimo, estaríamos diante de uma superposição do Ministério Público em relação à Polícia Judiciária, em exercício de verdadeiro controle interno da Polícia, já que não estaria lhe sendo atribuído o poder de investigar, mas de controlar a atividade pré-processual de colheita de provas, incompatível com quem pretende o exercício fiscalizador destas atividades.

Aliás, se assim desejasse a Ordem Constitucional proceder, necessária seria uma Emenda à Carta Magna, como bem advertia o Professor SÉRGIO MARCOS DE MORAES PITOMBO:

“Desponta a necessidade de emendar a Constituição da República, posto que não deve o Ministério Público deter o controle interno e externo da polícia (art. 129, inc. VII). Tanto que perca o controle externo, fica o sério problema de a quem entregá-lo. Não guarda cabimento, nem lógica, afirmar-se que, dirigindo o Ministério Público a Polícia Judiciária, desnecessária seria a função de controle externo. Recordem-se os argumentos, que tangeram o legislador constituinte a estabelecer o controle externo da polícia¹⁰”.

¹⁰ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Breves notas sobre o anteprojeto de lei, que objetiva modificar o código de processo penal, no atinente à investigação policial. Revista CEJAP n. 2, Campinas, Millennium, 2000.

A esse respeito o Ministro WILLIAN PATTERSON, quando do julgamento do Recurso Especial nº 76.171/AL¹¹, marcou significativa posição no Superior Tribunal de Justiça:

“A requisição de diligências investigatórias de que cuida o art. 129, VIII, CF, deve dirigir-se à autoridade policial, não se compreendendo o poder de investigação do Ministério Público fora da excepcional previsão da ação civil pública (art. 129, III, CF). De outro lado, haveria uma Polícia Judiciária paralela, o que não combina com a regra do art. 129, VIII, CF, segundo a qual o MP deve exercer, conforme lei complementar, o controle externo da atividade policial”.

Similar orientação é dada pelo Supremo Tribunal Federal, expressa em julgamento de Recurso Extraordinário, decorrente de impugnação a ato do Procurador Geral da República, que solicitou abertura de inquérito contra o então Presidente do Partido dos Trabalhadores (Inquérito nº 1.828-7):

¹¹ D.J., 13 de fevereiro de 1996.

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MINISTÉRIO PÚBLICO. INQUÉRITO ADMINISTRATIVO. INQUÉRITO PENAL. LEGITIMIDADE. O Ministério Público não tem competência para promover inquérito administrativo em relação à conduta de servidores públicos; nem competência para produzir inquérito penal sob o argumento de que tem possibilidade de expedir notificações nos procedimentos administrativos; pode propor ação penal sem inquérito policial, desde que disponha de elementos suficientes. Recurso não conhecido¹².”

Merece, ainda, transcrição trecho do V. Acórdão proferido nesse julgamento, da lavra do brilhante Ministro NELSON JOBIM:

“O Ministério Público não tem competência para promover inquérito administrativo para apurar condutas tipificáveis como crimes de servidores públicos. No caso, não há dúvida de que o

¹² STF – RE - 233.072 - 4 / RJ – D.J. 03 de maio de 2002.

pedido de indiciamento do senhor Deputado Federal José Dirceu está assentado em Procedimento Investigativo com nítidas características de Inquérito Policial.

O Ministério Público se substituiu à Polícia Judiciária. Essa situação é repelida pelo STF”.

Assim, o pensamento justificante dos defensores da permanência do inconstitucional e ilegal Procedimento Administrativo Criminal, no âmbito do Ministério Público, assentado na existência histórica de outras Unidades da Federação, onde cabe a este o controle da atividade policial judiciária, esbarra no fato dos referidos Estados serem de nascedouro político unitário, com uma dependência, quando não uma verdadeira interferência, quase que absoluta, do Poder Executivo tanto nas atividades do Ministério Público, como da Polícia Judiciária, ambos submetidos aos mesmos Ministérios do Interior de então.

Diferente realidade enfrenta a estrutura constitucionalmente conferida ao atual ESTADO FEDERAL BRASILEIRO, onde a autonomia de seus Estados Membros, com órgãos governamentais próprios e com competência exclusiva, proporcionam peculiaridades regionais, características das polícias, também a órgãos do Ministério Público, sejam estes da União ou dos Estados¹³.

Aliás, sobre o tema, apesar de sustentar que o Ministério Público deveria seguir a referida orientação de outros Estados, com a supervisão da investigação policial, o Professor ANTONIO SCARANCE FERNANDES não deixa de reconhecer que, como acima já sustentado, tal posicionamento do Ministério Público exigiria uma reformulação no ordenamento jurídico - constitucional:

“Pela própria Constituição Federal, sem exclusividade, incumbiu-se aos delegados de

¹³ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Breves notas sobre o anteprojeto de lei, que objetiva modificar o código de processo penal, no atinente à investigação policial. Revista CEJAP n. 2, Campinas, Millennium, 2000.

carreira exercer a função de polícia judiciária (art. 144, § 4º). Não foi a norma excepcionada por outro preceito constitucional. O que permitiu o art. 129, inc. VII, é acompanhamento do inquérito policial pelo promotor de justiça¹⁴”.

Quanto, ainda, às temerárias conseqüências que podem advir do reconhecimento, na ordem legal vigente, do impugnado Procedimento Administrativo Criminal, de autoria do Ministério Público, destacamos observações do ilustre ANTONIO EVARISTO DE MORAES FILHO:

“Ademais, sob o aspecto institucional esta faculdade de o Ministério Público produzir, diretamente, a prova da fase preliminar da persecutio implicaria outorgar-se a este órgão um poder incontrolável em matéria de arquivamento das peças de informação. Com efeito, basta imaginar-se que, num determinado caso o Ministério Público efetuasse, na fase preliminar, toda colheita da prova, dando-lhe,

¹⁴ FERNANDES. Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp. 244 e 245.

intencionalmente, ou não, um direcionamento favorável ao indiciado. Logo a seguir, na etapa processual subsequente, em face da fragilidade ou insuficiência dos elementos que ele próprio coligira, pediria o arquivamento das peças, arquivamento que se tornaria obrigatório, mesmo em face da eventual discordância do juiz, caso o Procurador Geral ratificasse a opinião de seu subordinado (art. 28, CPP). Assim, em questão de arquivamento, estaria instalada uma verdadeira ditadura do Ministério Público, com sério comprometimento do princípio da obrigatoriedade da ação penal¹⁵”.

A questão da necessária independência institucional, bem como do comprometimento jurídico de eventual ação que desvirtue o que pretendeu a Ordem Constitucional impor, no caso específico da ingerência do Ministério Público no estreito campo de atuação em discussão reservado constitucionalmente à Polícia Judiciária, reitero, em se reconhecendo esta como órgão e não como função, não é nova.

¹⁵ MORAES FILHO, Antonio Evaristo de. As funções do MP e o inquérito policial. São Paulo: Revista ADPESP, nº 22, dezembro de 1996, p. 66-69.

ESPINOLA FILHO já se pronunciara sobre o tema:

“Na base dessa incompatibilidade de exercer a mesma pessoa funções diferentes, não somente são vedadas acumulações, que, sobre serem legalmente proibidas, de modo geral, trariam um chocante resultado de apresentar-se o órgão da justiça encarnando personagens, cujas atividades, no processo, se chocam, pela própria natureza e finalidade, também não podendo desenvolver-se livre e eficientemente, se oriundas de um único autor. Mas, ainda, não se tolera, tendo exercido uma determinada função a respeito de certo crime, venha a pessoa a atuar novamente, quando se devem examinar e dar valor aos atos, por ela próprio praticados anteriormente, às conclusões que chegou¹⁶”.

Esse perigoso comprometimento da pretendida imparcialidade do Ministério Público, na

¹⁶ ESPINOLA FILHO, Eduardo. Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, terceira edição, Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955, vol. II, p. 312.

ordem jurídica constitucional, também foi lembrado, em momento outro, pelo saudoso Mestre SÉRGIO MARCOS DE MORAES PITOMBO:

“A acusação formal, clara e fiel à prova, é garantia de defesa, em Juízo, do acusado. Espera-se, então, do acusador público imparcialidade. Tanto que se permite arguir-lhe a suspeição, impedimento, ou outra incompatibilidade com determinada causa penal. É o que se encontra na Lei do Processo. Dirigir a investigação e a instrução preparatória, no sistema vigente, pode comprometer a imparcialidade. Desponta o risco da procura orientada de prova, para alicerçar certo propósito, antes estabelecido; com abandono, até, do que interessa ao envolvido. Imparcialidade viciada desatende à justiça¹⁷”.

Portanto, atribuir aos Promotores de Justiça funções que não lhes são previstas, além de infringir a ordem jurídica no Estado Democrático de

¹⁷ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Procedimento administrativo criminal, realizado pelo Ministério Público. In: Boletim Manoel Pedro Pimentel. São Paulo: Printing Press, junho/2003, p.3.

Direito, pode levar o Ministério Público a afastar-se de suas atribuições na titularidade da condução da ação penal pública, visto que deixaria de atuar com imparcialidade, não restando desvinculados dos atos pré-processuais que podem influenciar o seu livre convencimento, violando a isonomia no tratamento das partes, o devido processo legal, proporcionando a um Procurador de Justiça que “se traveste de policial”, adotar no início e na condução das investigações policiais um posicionamento tendencioso, que se manterá durante todo o procedimento, afastando qualquer prova que proporcione alternativa outra que não a já pretendida busca de um fato delituoso, em razão do qual se possa postular a interposição de uma ação penal¹⁸.

Em recente entrevista à *Revista ÉPOCA*, o Professor MIGUEL REALE JÚNIOR, com a profundidade e acuidade que lhe é peculiar apontou que:

¹⁸ FRAGOSO. José Carlos. São ilegais os “Procedimentos Investigatórios” realizados pelo Ministério Público Federal. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 37, ano 10, jan/mar 2.002, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2.002, p. 241 e ss.

“O erro do Ministério Público fazer investigações por conta própria é que muitas vezes ele não investiga para apurar o fato, mas para comprovar o que ele quer ver comprovado. Deturpam-se fatos para acomodar a prova à necessidade da acusação que se tem na cabeça. Isso é deformação do processo apuratório¹⁹.”

Abordamos a questão relativa ao tratamento equilibrado, defendendo posicionamento há muito expressado, na obra *Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito*:²⁰

“O devido processo legal, como dito anteriormente, importa num amplo espectro de garantias que dele devem necessariamente decorrer para que se atenda a exigência do Estado Democrático de Direito. O tratamento das partes será sempre paritário, em razão do princípio da isonomia, pois, perante o Estado - jurisdição, não pode haver parte com

¹⁹ REALE JÚNIOR, Miguel. "Juízes sob controle". In: Revista Época, nº 298, 02 de fevereiro de 2.004, Editora Globo, p. 27.

²⁰ SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001, p. 17.

destaque de importância. Autor e réu têm, enquanto partes, os mesmos direitos e deveres” (grifo nosso).

Assim, o Ministério Público, como parte que é na ação penal, exercendo funções inquisitoriais, em procedimento administrativo próprio, criaria disparidade no tratamento jurídico legal das partes, implicando no afastamento de qualquer caráter impessoal da investigação, circunstância repulsiva ao Estado Democrático de Direito instituído no Brasil.

Também nos posicionamos dessa forma:

O contraditório impõe a conduta dialética do processo. Isso significa dizer que em todos os atos processuais às partes deve ser assegurado o direito de participar, em igualdade de condições, oferecendo alegações e provas, de sorte que se chegue à verdade processual como equilíbrio, evitando-se uma

verdade produzida unilateralmente. É, portanto, componente essencial do due process of law, aplicando-se a todo e qualquer processo, entendido o termo como série de atos com a qual se pretende fundamentar uma decisão, seja judicial ou administrativa.

Exige o Estado Democrático de Direito que o contraditório, sobre que assenta a garantia do devido processo legal, revele-se como pleno e efetivo, e não apenas nominal ou formal.

Todos os meios necessários têm de ser empregados para que não se manifeste posição privilegiada em prol de um dos litigantes e em detrimento do outro, no rumo do êxito processual. Somente quando as forças do processo, de busca e revelação da verdade, são efetivamente distribuídas com irrestrita igualdade é que se pode falar em processo caracterizado pelo contraditório e ampla defesa²¹.

Sobre o tema, também firmou

²¹ SILVA, Marco Antonio Marques da. Juizados Especiais Criminais, Saraiva, 1997, p.46-47

posição a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

“O art. 127 da CF cuida do Ministério Público, sendo que do art. 129, em nenhum de seus incisos e parágrafos, consta a função de investigação policial ou de polícia judiciária, que é exclusiva da Polícia Civil, como se vê do art. 144, § 4º.

(...)

Vê-se – é o que parece – que as funções do Ministério Público, em termos de diligências investigatórias ou de inquérito policial, deve, limitar-se à sua requisição, não podendo ele passar da condição de seu acompanhante.

(...)

É necessário que as funções

fiquem bem delimitadas. Cada Poder, cada órgão ou membro do Poder com suas atribuições e competências bem definidas, sob pena de se descumprir a regra, também constitucional, do devido processo legal²² " (grifo nosso).

Então, reconhecer como legítima a atuação do Ministério Público, nesse ínterim, levaria à conclusão de que a isenção que se pretende estabelecer no procedimento investigatório policial, já comprometido pela ausência de contraditório e ampla defesa, estaria completamente afastada, desestabilizando-se o equilíbrio estabelecido pelo Estado Democrático de Direito, quando trata da acusação e da defesa. Perderíamos de vista um eventual pedido de arquivamento de inquérito policial, ante a ausência de elementos probatórios colhidos na fase inquisitorial, quiçá eventual pedido de absolvição ou mesmo recurso em favor do réu, promovidos pelo órgão ministerial. Ocorreria verdadeira contaminação na busca da verdade "real".

²² TJRJ, H.C. nº 615/96, Rel. Des. Silvio Teixeira, j. 23.7.96, D.O.J. 26.08.96, Seção I, pág. 8.

No tocante a busca da verdade na área penal, FRANCISCO MUNHOZ CONDE adverte:

Em el proceso penal, la búsqueda de la verdad está limitada además por el respeto a unas garantías que tienen incluso el carácter de derechos humanos reconocidos como tales en todos los textos constitucionales y leyes procesales de todos los países de nuestra área de cultura.

Principios como el de proporcionalidade o el derecho a la intimidad impiden utilizar, de un modo absoluto o relativo, técnicas de averiguación de la verdad como la tortura, el empleo del llamado "suervo de la verdad", el detector de emntiras o las grabaciones de conversaciones telefónicas sin autorización judicial.

Por todo ello, la afirmación de que el objeto del proceso penal es la búsqueda de la verdad material debe ser relativizada, y, desde luego, se puede

decir entonces, sin temor a equivocarse, que en el Estado de Derecho en ningún caso se debe buscar la verdad a toda costa o a cualquier precio.

De todo lo dicho se deduce que el objeto del proceso penal es la obtención de la verdad sólo y en la medida en que se empleen para ello los medios legalmente reconocidos. Se habla así de una "verdad forense" que no siempre coincide con la verdad material propiamente dicha. Este es el precio que hay que pagar por un proceso penal respetuoso con todas las garantías y derechos humanos característicos del Estado social y democrático de Derecho²³. "

Bem lembrado foi, também, por MARREY NETO esse comprometimento com a imparcialidade na promoção da justiça:

"Mais e melhor do que exercer a acusação, Ministério Público tem o dever de promover a

²³ CONDE, Francisco Munhoz. Búsqueda de la Verdad en el Proceso Penal. Hammurabi, Argentina, 2.000, p.101-102.

consecução da justiça. Nesse sentido, observando-se que age e intervém como fiscal da lei, em função que se caracteriza de imprescindível imparcialidade, compreende-se que possa o "parquet" interpor recursos em favor do acusado²⁴ " (grifo nosso).

A prevalência de sua condição de imparcialidade é reconhecida e sustentada pelos Tribunais, o que se pode observar nas considerações do Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº 4.769/PR (DJ, 06 de maio de 1996), reconhecendo que o Ministério Público, no exercício de suas funções institucionais, não pretende um "enfrentamento" com o réu, ou mesmo prejudicá-lo:

"Ao contrário, confluem interesses, a fim de evitar o erro judiciário. Busca a verdade real, a decisão justa. Em consequência, evidencia-se a legitimidade para recorrer em favor do réu".

²⁴ In: Revista dos Tribunais, volume 628, página 338.

E continua:

“Ministério Público e Magistratura não podem estar comprometidos com o caso sub judice”.

(...)

Se um, ou outro atua na coleta de prova que, por sua vez mais tarde, será a base do recebimento da denúncia, ou do sustentáculo da sentença, ambos perdem a imparcialidade, no sentido jurídico do termo” (grifos nossos).

Não menos importante sua observação de que:

“Além disso, é tradicional, não se confundem três agentes: investigador do fato (materialidade e autoria), órgão da imputação e agente do julgamento” (grifos nossos).

Aliás, manifestação adequada ao momento, inclusive por despontar do próprio cerne do órgão ministerial, foi a do Sub-Procurador Geral da República JAIR BRANDÃO DE SOUZA MEIRA, entendendo em parecer ofertado no Habeas Corpus nº 8.106/DF, em 26 de novembro de 1998, reconhecendo como atividade própria dos Tribunais de Exceção a condução da investigação e posterior apresentação de denúncia nela sustentada, por parte do Ministério Público, substituindo-se à Polícia Judiciária e exacerbando os limites constitucionais de suas funções.

O respectivo pensamento indica um restabelecimento da posição de verdadeiro “inquisidor” ao Ministério Público que, no exercício da investigação e posterior apresentação da acusação, privilegiando o que quer investigar, selecionando as provas colhidas, exercendo verdadeiro “poder sem controle” ou fiscalização de outros órgãos institucionais, agiria de forma ilegal e inconstitucional,

como já destacado.

O “agente investigador do fato (materialidade e autoria)”, no caso em espécie, a Polícia Civil, exerce funções que não condizem com a titularidade da ação penal. As diligências e investigações policiais, destinadas à instrução do inquérito policial, distanciam-se claramente das funções institucionais do Ministério Público, devendo reconhecer-se que cabem àqueles que tenham a “titularidade” de instauração do referido procedimento administrativo, no âmbito da ordem jurídica nacional; quem seja, a Autoridade Policial.

A própria Carta Constitucional, em seu artigo 144, § 4º, como já ressaltamos, já deixou clara a realidade de que a apuração de infrações penais é atribuição exclusiva da Polícia Civil.

Daí porque LUIZ ALBERTO

MACHADO defendeu a inconstitucionalidade da absorção, pelo Ministério Público, da titularidade da investigação policial:

“Isso porque a lei não pode cometer as funções de elaboração de inquérito policial e de investigações criminais a quem não revista expressamente de autoridade policial, segundo a Constituição Federal. A leitura que se deve fazer dessa atribuição administrativa constitucional é ser uma garantia individual, a garantia da imparcialidade e impessoalidade do Ministério Público, dominus litis e que, por isso, não deve, e não pode, investigar ou coligir informações para o exercício da ação processual criminal²⁵”.

Inexiste possibilidade de legitimar o exercício dessa atribuição por parte de outro órgão institucional, seja por meio de ato administrativo ou outra medida legislativa infraconstitucional, sem

²⁵ MACHADO, Luiz Alberto. “Conversa com a polícia judiciária (Estadual e Federal)”. In: Revista ADPESP n. 22, dezembro de 1996, p. 62.

afrontar preceitos constitucionais.

A possibilidade de invasão de competência, delimitada constitucionalmente, é abordada pelo constitucionalista JOSÉ AFONSO DA SILVA:

“Isso quer dizer que a Constituição reservou à polícia civil estadual um campo de atividade exclusiva que não pode ser invadido por norma infraconstitucional e, menos ainda, por disposições de ato administrativo. Uma delas é a de realização do inquérito policial, que constitui o cerne da atividade de polícia judiciária, que não comporta o controle do Ministério Público, porque tal controle ainda pertence ao Poder Judiciário, como bem o lembrou a Dra. Andyr de Mendonça Rodrigues, Subprocuradora-Geral da República, no parecer supramencionado. A outra é que também à polícia civil, polícia judiciária, se reservou a função de apuração das infrações penais, o que vale dizer o poder investigatório, sendo, pois, de nítido

desrespeito à Constituição normas que atribuem a órgão do Ministério Público a faculdade de promover diretamente investigações, como o fez o art. 26 do ato 98/96²⁶”.

3 – DO INQUÉRITO POLICIAL, DE SUA NATUREZA E DA IMPARCIALIDADE PARA A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Considerando tudo quanto já foi exposto, resta-nos apontar para a pacificação da matéria, a recente decisão, com votação unânime, proferida pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, tendo como relator o insigne Ministro NELSON JOBIM:

“Recurso Ordinário em Habeas Corpus. Ministério Público. Inquérito Administrativo. Núcleo de Investigação Criminal e Controle Externo da

²⁶ SILVA, José Afonso da. Parecer “Controle externo da atividade policial como uma das funções institucionais do Ministério Público – entendimento do art. 129, VII, da Constituição Federal – conteúdo da Lei Complementar e seus limites constitucionais – Competências exclusivas das polícias”. In: Revista ADPESP n. 22, dezembro de 1996, p. 23.

Atividade Policial/DF. Portaria. Publicidade. Atos de investigação. Ilegitimidade.

1. Portaria. Publicidade

A portaria que criou o Núcleo de Investigação Criminal e Controle Externo da Atividade Policial, no âmbito do Ministério Público do Distrito Federal, no que tange a publicidade, não foi examinada no STJ.

Enfrentar a matéria neste Tribunal ensejaria supressão de instância. Precedentes.

2. Inquirição de Autoridade Administrativa. Ilegitimidade.

A Constituição Federal dotou o Ministério Público do poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (CF,

art. 129, VIII).

A norma constitucional não contemplou a possibilidade do parquet realizar e presidir inquérito policial.

Não cabe, portanto, aos seus membros inquirir diretamente pessoas suspeitas de autoria de crime.

Mas requisitar diligência nesse sentido à autoridade policial. Precedentes.

O recorrente é delegado de polícia e, portanto, autoridade administrativa. Seus atos estão sujeitos aos órgãos hierárquicos próprios da Corporação, Chefia de Polícia, Corregedoria.

Recurso conhecido e provido²⁷ ”.

²⁷ S.T.F., R.O.H.C. nº 81.326-7/DF, Rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, j. 06 de maio de 2.003, D.J. 01 de outubro de 2.003.

Ora, o próprio histórico do Inquérito Policial, por si só, já indica que, caso o legislador pátrio pretendesse oportunizar a outro órgão institucional que não àqueles representados pelos delegados de carreira, a presidência da investigação policial, já o teria feito de forma legal e legítima.

Sobre este tema, LUIZ FLÁVIO BORGES D'URSO, Presidente da OAB/SP:

“O inquérito policial, com tal denominação, surgiu em nossa legislação pela Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871. Para iniciar-se qualquer escrito sobre o inquérito policial, há que se verificar seu posicionamento legal, pois o inquérito está previsto no art. 4º, do Código de Processo Penal, que estabelece exatamente o seguinte: ‘A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e de sua autoria’.

(...)

Fico a meditar sobre a origem do inquérito policial, sua utilidade e conveniência e, invariavelmente, concluo por sua indispensabilidade como supedâneo a enfeixar as provas que são produzidas durante esta importante fase, que é preliminar ao processo criminal; aliás a fase que justifique o próprio processo. Assim, o inquérito policial é uma peça de relevo e, sendo dirigida por uma autoridade policial, objetiva, principalmente, a apuração dos fatos com imparcialidade, porquanto o delegado de polícia que o preside, jamais acusa, como também não defende, pois busca-se uma autoridade imparcial²⁸”.

Assim, a função e o cargo do delegado de polícia, decorrente da Lei nº 261, de 03 de dezembro de 1841, remonta à instituição de uma autoridade, hoje, de caráter centenário.

²⁸ D'URSO, Luiz Flávio Borges. O Inquérito Policial e o Termo Circunstanciado. In: Revista Cejap – publicação oficial do Centro de Estudos Jurídicos para Assuntos Policiais, São Paulo: Editora Millenium, ano 4 – n° 6, junho/2003, p.03.

Daí porque, em sua independência e imparcialidade, já que totalmente desvinculado do Poder Judiciário (órgão julgador), do Ministério Público, bem como da Defesa, desponta o Delegado de Polícia como autoridade mais que ideal à assegurar a presidência de um procedimento investigatório, para delimitar e instruir uma eventual denúncia, sem vícios ou comprometimentos, buscando provas da existência de delitos e a indicação de seus prováveis autores, afastando o determinismo e os juízos errôneos, que o comprometimento do órgão ministerial para com a ação penal poderiam provocar.

Se a intervenção da Defesa é cerceada no inquérito policial, porque seria correto, em descompasso com a ordem constitucional, violando princípio da paridade de tratamento das partes, proporcionar ao Ministério Público (órgão que despontará para a acusação, no caso de eventual ação penal), a presidência da investigação policial, ocasionando um desequilíbrio desproporcional na

relação processual que está por vir e que, nem mesmo o órgão jurisdicional, por mais imparcial que seja, poderá sanar.

Ademais, a atividade investigatória, como sabemos, é complexa, exigindo conhecimentos técnicos específicos, com instrução capacitadora, por vezes, extenuante, da qual, ao momento parece não possuir o Ministério Público.

Quanto aos defensores da possibilidade da transferência da presidência das investigações policiais, a constituir “caminho que está em consonância com a tendência mundial”, ousou divergir desse posicionamento.

No Direito Português FERNANDO GONÇALVES e MANUEL JOÃO ALVES, da Universidade de Coimbra, anotam que:

“O sistema acusatório, ao contrário

do inquisitório, procura, como salienta o Prof. Germano Marques da Silva, a igualdade de poderes de actuação processual entre acusação e defesa, ficando o julgador numa situação de independência, super "partes", caracterizando-se, pois, essencialmente por uma disputa entre duas partes, uma espécie de duelo judiciário entre acusação e a defesa, disciplinado por um terceiro, o juiz ou o tribunal, que ocupa uma situação de supremacia e de independência relativamente ao acusador e ao acusado, não podendo promover o processo (ne procedat judex ex officio), nem condenar para além da acusação (sententia debet esse conformis libello)²⁹. "

A realidade social individuada de cada Nação há que ser parâmetro indispensável à colocação legal e mesmo jurídico-social de suas instituições, no desempenho, no caso específico do Brasil, das garantias e dos princípios orientadores do Estado Democrático de Direito, na forma como foi adotado pela nossa Constituição Federal.

²⁹ GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João. A Prisão Preventiva e as Restantes Medidas de Coação, Almedina, Coimbra, 2.003, p.29.

FERNANDO DA COSTA
TOURINHO FILHO já anotava que esse posicionamento, centrado numa eventual tendência, merece cuidado.

“Há entendimento respeitável no sentido de que devemos manter o Inquérito Policial sob a presidência do Ministério Público. Por que essa troca de chefia? Afinal de contas, ao contrário do que se dá nos Estados Unidos, França, Espanha e Portugal, por exemplo, o policial encarregado das investigações, entre nós, é um bacharel em Direito. Tem a mesma formação jurídica dos promotores e juízes. Então, por que essa transposição de chefia? Não se pode dizer, entre nós, o que se diz em Portugal, que há um contraste bem acentuado no que respeita à cultura e à concepção do Direito entre a Polícia e o Ministério Público. Se delegados e promotores são bacharéis em Direito, se possuem a mesma formação universitária, no momento em que o promotor passar a dirigir as investigações, ele se transmuda em delegado. E aí, qual seria a diferença? Daqui a alguns anos, procurar-se-ia outro órgão para desempenhar a função do promotor-investigador, dadas

as suas pretensas atitudes atrabiliárias...³⁰”.

Assim, nem mesmo há como se perquirir de eventual incapacidade, ou mesmo inabilidade, para a condução das investigações criminais, por parte dos delegados de carreira, quando tratamos dos argumentos que poderiam sustentar a tese de transferência da presidência do inquérito policial para o Ministério Público, quanto mais se afastar a realidade de um esvaziamento das funções legalmente estabelecidas ao órgão ministerial, em se falando da propriedade da criação, instauração e condução de um “procedimento administrativo criminal”, arremedo de inquérito policial, como já afirmamos.

As observações tecidas, com toda a propriedade que nos empresta a doutrina e a jurisprudência colacionadas, são adequadas à solução pretendida no presente *Habeas Corpus*.

³⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Devemos manter o Inquérito Policial?. In: Revista Cejap – publicação oficial do Centro de Estudos Jurídicos para Assuntos Policiais, São Paulo: Editora Millenium, ano 2 – n° 3, fevereiro/2001, pp. 04 e 05.

Não há como desconsiderar a forçosa posição de legalidade e legitimidade, que pretendeu impor o Ministério Público, quando ingressou com denúncia criminal contra o paciente, sustentada em procedimento administrativo criminal, realizado internamente.

Justificar a necessidade desse procedimento, em razão do paciente ser Delegado de Polícia, o que poderia comprometer um inquérito policial, ou investigação criminal, se preferirmos, no âmbito da Polícia Civil, seria menosprezar a Instituição; perfazer juízo de valor sobre sua integridade, bem como de todos os seus membros, questionar a capacidade jurídico-administrativa de apuração de eventuais irregularidades no seu corpo funcional, bem como desconsiderar a isonomia e a imparcialidade, características da presidência das investigações criminais conduzidas por Delegados de Polícia, seria atentar contra ditames constitucionais.

Até porque, como é característico de suas manifestações, com toda a propriedade e conhecimento jurídico, em consulta realizada sobre a legalidade e legitimidade dos Atos Normativos nº 314-PGJ/CPJ, de 27 de junho de 2.003, e 324-PGJ/CGMP-CPJ, de 29 de agosto de 2.003, editados pelo Ministério Público do Estado de São Paulo³¹, os Professores MIGUEL REALE JÚNIOR e EDUARDO REALE FERRARI apontam:

“Inquestionável o papel do Ministério Público no que tange ao controle externo da atividade policial, não significando, entretanto, que se legitime o ilegal procedimento administrativo criminal, devendo o Promotor, em caso de irregularidades praticadas por policiais, tomar imediatas providências, vez que como titular da futura ação penal poderá requisitar perante a Corregedoria de Polícia o pertinente procedimento investigatório, cabendo-lhe inclusive acompanhar os atos do Corregedor Geral de Polícia, caso assim entenda pertinente, não lhe atribuindo, todavia, o poder de investigar mas sim de controlar o mister policial”.

³¹ Consulta realizada pelo Presidente do Sindicato dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo, apresentada em 21 de outubro de 2.003.

E continuam, quando abordam as previsões constitucionais do artigo 129, sobre as funções institucionais do Ministério Público:

“Diverso constitui o papel do Ministério Público nos casos de investigação por meio de inquérito policial.

A lei, de fato, não contém palavras inúteis. Se assim não fosse, não teriam sido diferenciados os poderes dos órgãos ministeriais em incisos diferentes para situações diferentes”.

Por fim, merecem destaque, ainda que de forma reiterada, dois trechos do V. Acórdão proferido pela Segunda Turma da Suprema Corte Constitucional, no já mencionado julgamento em que foi relator o Ministro NELSON JOBIM, no *Habeas Corpus* nº 81.326-7/DF, julgado em 06 de maio de 2.003 e publicado no Diário da Justiça de 01 de outubro de 2.003:

“A POLÍCIA JUDICIÁRIA é exercida

pelas autoridades policiais, com o fim de apurar as infrações penais e a sua autoria (CPP, art. 4º).

O inquérito Policial é o instrumento de investigação penal da POLÍCIA JUDICIÁRIA.

É um procedimento administrativo destinado a subsidiar o MINISTÉRIO PÚBLICO na instauração da ação penal.

A legitimidade histórica para condução do inquérito policial e realização das diligências investigatórias, é de atribuição exclusiva da polícia.

(...)

Até a promulgação da atual Constituição, o MINISTÉRIO PÚBLICO e a POLÍCIA JUDICIÁRIA tinham seus canais de comunicação na esfera infraconstitucional.

A harmonia funcional ocorria através do Código de Processo Penal e de leis

extravagantes, como a Lei Complementar 40/81, que disciplinava a Carreira do MINISTÉRIO PÚBLICO.

Na Assembléia Nacional Constituinte (1988), quando se tratou de questão do CONTROLE EXTERNO DA POLÍCIA CIVIL, o processo de instrução presidido pelo MINISTÉRIO PÚBLICO voltou a ser debatido.

Ao final, manteve-se a tradição.

O Constituinte rejeitou as Emendas 945, 424, 1.025, 2.905, 20.524, 24.266 e 30.513, que, de um modo geral, davam ao MINISTÉRIO PÚBLICO a supervisão, avocação e o acompanhamento da investigação criminal.

A Constituição Federal assegurou as funções de POLÍCIA JUDICIÁRIA e apuração de infrações penais à POLÍCIA CIVIL (CF, art. 144, § 4º).

Na esfera infraconstitucional, a Lei Complementar 75/93, cingiu-se aos termos da constituição no que diz respeito às atribuições do

MINISTÉRIO PÚBLICO (art. 7º e 8º).

Reservou-lhe o poder de requisitar diligências investigatórias e instauração do inquérito policial (CF, art. 129, inciso VIII)".

Portanto, não há como considerar válida a denúncia ora impugnada, diante de seu vício originário nas peças de informação, ilegal e ilegitimamente colhidas em procedimento administrativo criminal interno do Ministério Público do Estado de São Paulo, realizado no âmbito do GAERCO.

Ademais, em se tratando de Delegado de Polícia, seus atos administrativos devem, necessariamente, estar sujeitos à análise dos órgãos hierárquicos da própria corporação.

A Corregedoria de Polícia e a Delegacia Geral de Polícia detém competência legal e hierárquica para tanto.

Dessa forma, obtida a autorização

judicial, a realização de interceptação telefônica propriamente dita compete à polícia judiciária e não ao órgão do Ministério Público, o que torna a prova imprestável.

De igual modo, fundou-se a condenação em relatórios do “serviço secreto da polícia” acostados aos autos. Entretanto, mesmo considerando o caráter sigiloso, tais documentos deveriam vir acompanhados de elementos mínimos que pudessem dar-lhes oficialidade, como papel timbrado, assinatura ou outro sinal identificador, relato das circunstâncias em que as situações e conclusões lá descritas foram apuradas, sem o que não há como considerá-los como aptos a corroborar o conjunto probatório e embasar a sentença.

Em conclusão, a irrisignação dos apelantes encontra amparo, devendo a decisão de primeiro grau ser anulada.

Pelo exposto, acolhendo-se a preliminar arguida, anula-se a sentença de 1º Grau para que outra seja proferida, com exclusão das

interceptações telefônicas e relatórios do “serviço secreto da polícia”.

MARCO ANTONIO Marques da Silva
Relator