

Recurso ordinário em *habeas corpus* - Crime de responsabilidade de prefeito municipal - Art. 1º, inciso I, do Decreto-lei nº 201/67 - Extinção da punibilidade - Prescrição da pretensão punitiva - Pena hipotética - Ausência de previsão legal - Inadmissibilidade

1. Este Tribunal adotou a orientação de que é inviável a declaração de extinção da punibilidade do agente pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva com suporte na sanção hipoteticamente calculada, pois o ordenamento jurídico pátrio não admite o reconhecimento da referida causa em perspectiva, antecipada ou virtual.

Procedimento investigatório realizado pelo Ministério Público. Denúncia. Ilegitimidade do *Parquet*. Súmula 234 do STJ. Atuação de acordo com as atribuições incumbidas legal e constitucionalmente. Ilegalidade. Inocorrência.

1. De acordo com entendimento consolidado na Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça, amparado na jurisprudência do Pretório Excelso, o órgão ministerial possui legitimidade para proceder, diretamente, à colheita de elementos de convicção para subsidiar a propositura de ação penal, só lhe sendo vedada a presidência do inquérito, que compete exclusivamente à autoridade policial, de tal sorte que a realização de tais atos não afasta a legitimidade do Ministério Público para a propositura da ação penal, entendimento este contido no Enunciado 234 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, que afirma que “A participação do membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia”.

2. Na hipótese, o *Parquet* estadual requisitou a instauração de inquérito policial para a apuração de suposto delito previsto no art. 1º, inciso I, do Decreto-lei nº 201/67, o qual foi iniciado por meio de portaria da autoridade policial competente, sendo que a partir do

citado expediente foram colhidos diversos elementos de prova, os quais foram considerados para a formação da *opinio delicti* do representante do órgão ministerial, que entendeu pelo oferecimento da denúncia em desfavor do recorrente. Depreende-se, portanto, que o Ministério Público estadual atuou exatamente de acordo com as atribuições que lhe são incumbidas legal e constitucionalmente, motivo pelo qual não se vislumbra qualquer mácula no oferecimento da inicial acusatória.

Trancamento da ação penal. Falta de justa causa. Ausência do elemento dolo à configuração do delito. Necessidade de dilação probatória. Via inadequada. Acórdão objurgado em consonância com a jurisprudência deste Sodalício. Inexistência de coação ilegal a ser sanada na oportunidade. Ordem denegada.

1. Em sede de *habeas corpus* somente deve ser obstado o feito se restar demonstrada, de forma indubitável, a ocorrência de circunstância extintiva da punibilidade, a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito, e ainda, a atipicidade da conduta.

2. Estando a decisão impugnada em total consonância com o entendimento jurisprudencial firmado por este Sodalício, não há que se falar em trancamento da ação penal, pois, de uma superficial análise dos elementos probatórios contidos no presente *mandamus*, não se vislumbra estarem presentes quaisquer das hipóteses que autorizam o trancamento excepcional por esta via, já que analisar a alegada ausência do dolo necessário para a caracterização do delito previsto no art. 1º, inciso I, do Decreto-lei nº 201/67 demandaria o profundo estudo das provas, as quais deverão ser oportunamente valoradas pelo juízo competente.

3. Recurso improvido.

RECURSO EM *HABEAS CORPUS* Nº 24.752 - MG (2008/0234795-5) - Relator: MINISTRO JORGE MUSSI

Recorrente: Antônio Cordeiro de Faria. Advogado: Leonardo de Castro Francisco. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso. Os Srs. Ministros Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), Gilson Dipp, Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 05 de outubro de 2010 (data do julgamento). - *Ministro Jorge Mussi* - Relator.

Relatório

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator) - Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por Antônio Cordeiro de Faria contra acórdão proferido pela 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que denegou a ordem nos autos do *Habeas Corpus* nº 1.0000.08.478837-1/000, em que se objetivava o trancamento da Ação Penal nº 0775.05.004.729-6, da Vara Única da Comarca de Coração de Jesus/MG, a que responde o recorrente pela suposta prática do delito disposto no art. 1º, inciso I, do Decreto-lei nº 201/67 (por 6 vezes), na forma do art. 29, *caput*, e art. 71, *caput*, ambos do Código Penal.

Sustenta o recorrente que é vítima de constrangimento ilegal ao argumento de que houve a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, porquanto a pena a ser aplicada não superaria 2 (dois) anos, já que primário e possuidor de bons antecedentes, tendo transcorrido o lapso de 4 (quatro) anos entre a data do fato e o recebimento da denúncia, razão pela qual seria aplicável ao caso a prescrição antecipada.

Aduz que o Ministério Público não teria legitimidade para o oferecimento da denúncia tendo como suporte investigação criminal presidida pelo próprio órgão, uma vez que a realização de diligências investigatórias seria prerrogativa da polícia judiciária.

Defende, ainda, que não haveria justa causa para a deflagração da ação penal, pois não estaria demonstrado nos autos que o recorrente teria agido com dolo, elemento exigido para a caracterização do crime de responsabilidade de prefeito municipal.

Requer o conhecimento e provimento do reclamo para que se reconheça a extinção da punibilidade do recorrente pela ocorrência da prescrição com base na pena em perspectiva; para que se rejeite a denúncia pela ilegitimidade do órgão ministerial para oferecê-la; ou, ainda, para que se tranque a ação penal por atipicidade da conduta.

Ascenderam os autos a este Tribunal e, contrariado pelo inconformismo, manifestou-se a douta Subprocuradoria-Geral da República pelo improvemento do recurso.

É o relatório.

Voto

O EXMO. SR. MINISTRO JORGE MUSSI (Relator) - Não obstante os relevantes argumentos expostos no inconformismo, os pleitos referentes ao reconhecimento da extinção da punibilidade do recorrente pela ocorrên-

cia da prescrição com base na pena em perspectiva; acerca da ilegitimidade do órgão ministerial para oferecer a denúncia; bem como com relação à alegada atipicidade da conduta não merecem acolhida.

Com efeito, a prescrição da pretensão punitiva, utilizando como base de cálculo suposta pena a ser concretizada numa possível e futura sentença condenatória, também conhecida por virtual, antecipada ou hipotética, não encontra amparo em nosso ordenamento jurídico, o qual prevê apenas que a referida causa extintiva regula-se pelo máximo da pena abstratamente cominada ou, ainda, pela sanção concretamente aplicada.

A propósito, confira-se lição de José Frederico Marques:

A prescrição pode ocorrer 'antes de transitar em julgado a sentença final' (CP, art. 109), ou 'depois de transitar em julgado a sentença final condenatória' (CP, art. 110). No primeiro caso, prescreve o direito de punir no que diz respeito à pretensão de aplicar o preceito sancionador ainda em abstrato; no segundo caso, prescreve o direito de aplicar a sanção constante, *in concreto*, do título penal executório (*Curso de direito penal*. São Paulo: Saraiva, v. 3, p. 412).

Júlio Fabbrini Mirabete deixou a seguinte lição a respeito do tema:

[...] duas são as espécies da prescrição: 1. prescrição da pretensão punitiva, que ocorre antes do trânsito em julgado da sentença e cujo prazo tem por base de cálculo o máximo da pena cominada ao crime; 2. prescrição da pretensão executória, que ocorre após o trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação e cujo prazo tem por base de cálculo a pena aplicada. Aplicada porém a pena e não havendo recurso da acusação, a sanção privativa de liberdade não pode ser elevada, devendo por isso ser ela a base para o cálculo da prescrição ainda antes do julgado da decisão para a defesa (*Manual de direito penal*. 8. ed. São Paulo: Atlas, v. 1, p. 393).

O consagrado jurista, mais adiante, assinala que,

no Código Penal, em decorrência da reforma penal, a prescrição da pretensão punitiva está prevista no artigo 109 e no artigo 110, pars. 1º e 2º (prescrição intercorrente e retroativa) e a prescrição da pretensão executória é objeto do artigo 110, *caput* (p. 382).

No entanto, consoante se infere da irresignação, o impetrante pretende que se utilize de um tipo de prescrição inexistente na legislação pátria, para que o cálculo do prazo prescricional seja feito com base na pena mínima, a qual, segundo alega, será a aplicada em razão das supostas condições favoráveis do recorrente, quando o Código Penal, em seu artigo 109, determina que, enquanto não houver pena concreta aplicada, a causa extintiva deve regular-se pelo máximo da sanção privativa de liberdade cominada ao ilícito (prescrição *in abstrato*).

Segundo a doutrina, inviável o reconhecimento desse tipo de prescrição, conforme se pode extrair da seguinte ensinância:

[...] em tese não é possível falar-se na prescrição da pretensão punitiva com base na pena em concreto sem que haja a sentença condenatória, ou seja, não é admissível o seu reconhecimento tendo como fundamento um previsível ou provável apenamento. Na verdade, somente com a instrução criminal completada, é que o juiz, na sentença, pode aferir todos os elementos probatórios referentes às circunstâncias que influem na fixação da pena, que, em tese, pode sempre atingir o máximo cominado abstratamente (MIRABETE, J. F. obra já citada, p. 394).

A mesma opinião é emitida pelo mestre Damásio E. de Jesus, leia-se:

[...] a declaração da extinção da punibilidade pela prescrição retroativa pressupõe a existência de uma sentença condenatória. Em face disso, não pode ser reconhecida antes da condenação (*Prescrição penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, p. 145).

Sobre o assunto, confira-se o seguinte precedente do Pretório Excelso:

Direito processual penal e penal. *Habeas corpus*. Prescrição por antecipação ou pela pena em perspectiva. Inexistência do direito brasileiro. Denegação.

1. A questão de direito argüida neste *habeas corpus* corresponde à possível extinção da punibilidade do paciente em razão da prescrição 'antecipada' (ou em perspectiva) sob o argumento de que a pena possível seria a pena mínima.

2. No julgamento do HC nº 82.155/SP, de minha relatoria, essa Corte já assentou que 'o Supremo Tribunal Federal tem repellido o instituto da prescrição antecipada' (DJ de 07.03.2003). A prescrição antecipada da pena em perspectiva se revela instituto não amparado no ordenamento jurídico brasileiro.

3. *Habeas corpus* denegado (HC nº 94729/SP, Rel.ª Min.ª Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 2.9.2008).

No mesmo sentido é o entendimento adotado por esta Corte Superior de Justiça:

Habeas corpus. Penal. Crime contra a ordem tributária. Prescrição em perspectiva. Ausência de previsão legal. Impossibilidade. Inocorrência ainda que contada nos termos em que pede o impetrante. Ordem denegada.

1. Ante a ausência de previsão legal, não é possível o reconhecimento de prescrição com base na pena que possivelmente virá a ser aplicada em eventual condenação.

[...]

3. Na hipótese, ainda que contada em perspectiva, a prescrição não estaria configurada, pois não decorrido o lapso temporal necessário entre os marcos interruptivos já ultrapassados.

4. Ordem denegada, em conformidade com parecer ministerial (HC nº 86.577/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, publicado no DJU de 3.12.2007, p. 347).

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Tentativa de homicídio. Prescrição pela pena em perspectiva. Ausência de previsão legal. Recurso improvido.

1. A prescrição regula-se pela pena aplicada, depois do trânsito em julgado da sentença condenatória, ou, antes disso, pelo máximo da pena cominada ao crime, em estrita obediência ao Código Penal.

2. A prescrição antecipada, ou prescrição pela pena em perspectiva, carece de previsão legal, não havendo ser reconhecida.

3. Recurso improvido (RHC nº 22.801/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 7.10.2008).

Além do que, não obstante os relevantes argumentos deduzidos no *writ*, ao aceitar a possibilidade da existência de uma prescrição hipotética é que se estaria violando a garantia ao devido processo legal, segundo o qual o acusado em processo penal tem o direito de ter um julgamento onde lhe seja oportunizado a ampla defesa, o contraditório e o duplo grau de jurisdição, amputando-se a possibilidade de um juízo de mérito legalmente constituído, no âmbito do qual, inclusive, poderá ter afastada a responsabilidade criminal que lhe é atribuída na exordial acusatória.

Assim, considerando-se que os fatos se deram em meados de janeiro e fevereiro de 2004 (fls. 33), que a denúncia fora recebida em 27.5.2008 (fls. 456) e que o recorrente foi denunciado como incurso nas penas do art. 1º, inciso I, do Decreto-lei nº 201/67, para o qual é prevista abstratamente a pena máxima de 12 (doze) anos de reclusão, observa-se que não houve o transcurso, até o momento, do prazo de 16 (dezesseis) anos previsto no art. 109, inciso II, daquele Estatuto Repressivo, razão pela qual não se vislumbra a ocorrência da referida causa extintiva de punibilidade.

Desse modo, inexistindo o alegado constrangimento ilegal de que estaria sendo vítima o recorrente, com supedâneo na orientação consagrada nesta Corte de Justiça, não merece ter acolhida a sua pretensão neste ponto.

No que diz respeito à alegada ilegitimidade do Ministério Público para oferecer a denúncia pelo fato de ter conduzido as investigações que lhe deram embasamento, a ordem há de ser denegada.

Com efeito, a Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça tem entendimento consolidado no sentido de que o aludido órgão possui a prerrogativa de instaurar procedimento administrativo de investigação e conduzir diligências investigatórias, tendo em vista a previsão contida no artigo 129, incisos VI, VII, VIII e IX, da Constituição Federal, bem como o disposto nos incisos I, II, IV, V e VII e § 2º do artigo 8º da Lei Complementar 75/1993 e no artigo 26 da Lei 8.625/1993.

A propósito, confirmam-se os precedentes:

Habeas corpus. Ministério Público. Poderes de investigação. Legitimidade. LC nº 75/93. Art. 4º, parágrafo único, do CPP. Tese de falta de justa causa. Pleito de trancamento do pro-

cedimento investigativo. Procedimento concluído. Inquérito policial instaurado. Perda superveniente do interesse processual.

1. A legitimidade do Ministério Público para determinar diligências investigatórias decorre de expressa previsão constitucional, oportunamente regulamentada pela Lei Complementar nº 75/93.

2. É consectário lógico da própria função do órgão ministerial - titular exclusivo da ação penal pública - proceder à coleta de elementos de convicção, a fim de elucidar a materialidade do crime e os indícios de autoria, mormente quando se trata de crime atribuído a autoridades policiais que estão submetidas ao controle externo do *Parquet*.

3. A ordem jurídica confere explicitamente poderes de investigação ao Ministério Público - art. 129, incisos VI, VIII, da Constituição Federal, e art. 8º, incisos II e IV, e § 2º, da Lei Complementar nº 75/1993.

4. A competência da polícia judiciária não exclui a de outras autoridades administrativas. Inteligência do art. 4º, parágrafo único, do Código de Processo Penal. Precedentes. "A outorga constitucional de funções de polícia judiciária à instituição policial não impede nem exclui a possibilidade de o Ministério Público, que é o *dominus litis*, determinar a abertura de inquéritos policiais, requisitar esclarecimentos e diligências investigatórias, estar presente e acompanhar, junto a órgãos e agentes policiais, quaisquer atos de investigação penal, mesmo aqueles sob regime de sigilo, sem prejuízo de outras medidas que lhe pareçam indispensáveis à formação da sua *opinio delicti*, sendo-lhe vedado, no entanto, assumir a presidência do inquérito policial, que traduz atribuição privativa da autoridade policial. (STF - HC 94.173/BA, 2ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJe de 26.11.2009.)

5. Concluído o procedimento investigativo a que se visava trancar por falta de justa causa, resta evidenciada, no particular, a perda superveniente do interesse processual.

6. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa parte, denegado. (HC 94.129/RJ, Rel.ª Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 23.02.2010, DJe de 22.03.2010.)

Trilhando idêntico rumo, cita-se:

Processual penal. *Habeas corpus*. Crime ambiental. Trancamento da ação penal. Ausência de justa causa. Inépcia da denúncia. Atipicidade da conduta. Denúncia não juntada aos autos. Ausência de prova pré-constituída. Legitimidade do Ministério Público para proceder a investigações. Previsões constitucional e legal. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada. [...]

3. A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que o Ministério Público, por expressa previsão constitucional e legal, possui a prerrogativa de instaurar procedimento administrativo de investigação e conduzir diligências investigatórias, podendo requisitar diretamente documentos e informações que julgar necessários ao exercício de suas atribuições de *dominus litis*.

4. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada. (HC 128.233/MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 15.12.2009, DJe de 01.02.2010.)

Tal entendimento também é compartilhado pela jurisprudência do Pretório Excelso:

Ementa: *Habeas corpus* - Crime de peculato atribuído a controladores de empresa prestadora de serviços públicos, denunciados na condição de funcionários públicos (CP, art. 327) - Alegação de ofensa ao patrimônio público - Possibilidade de o Ministério Público, fundado em investigação por ele próprio promovida, formular denúncia contra referidos funcionários públicos (CP, art. 327) - Validade jurídica dessa atividade investigatória - Legitimidade jurídica do poder investigatório do Ministério Público, notadamente porque ocorrida, no caso, suposta lesão ao patrimônio público - Monopólio constitucional da titularidade da ação penal pública pelo *Parquet* - Teoria dos poderes implícitos - Caso 'McCulloch v. Maryland' (1819) - Magistério da doutrina (Rui Barbosa, John Marshall, João Barbalho, Marcello Caetano, Castro Nunes, Oswaldo Trigueiro, v.g.) - outorga, ao Ministério Público, pela própria Constituição da República, do poder de controle externo sobre a atividade policial - Limitações de ordem jurídica ao poder investigatório do Ministério Público - *Habeas corpus* indeferido. Nas hipóteses de ação penal pública, o inquérito policial, que constitui um dos diversos instrumentos estatais de investigação penal, tem por destinatário precípuo o Ministério Público. - O inquérito policial qualifica-se como procedimento administrativo, de caráter pré-processual, ordinariamente vocacionado a subsidiar, nos casos de infrações perseguíveis mediante ação penal de iniciativa pública, a atuação persecutória do Ministério Público, que é o verdadeiro destinatário dos elementos que compõem a *informatio delicti*. Precedentes. - A investigação penal, quando realizada por organismos policiais, será sempre dirigida por autoridade policial, a quem igualmente competirá exercer, com exclusividade, a presidência do respectivo inquérito. - A outorga constitucional de funções de polícia judiciária à instituição policial não impede nem exclui a possibilidade de o Ministério Público, que é o *dominus litis*, determinar a abertura de inquéritos policiais, requisitar esclarecimentos e diligências investigatórias, estar presente e acompanhar, junto a órgãos e agentes policiais, quaisquer atos de investigação penal, mesmo aqueles sob regime de sigilo, sem prejuízo de outras medidas que lhe pareçam indispensáveis à formação da sua *opinio delicti*, sendo-lhe vedado, no entanto, assumir a presidência do inquérito policial, que traduz atribuição privativa da autoridade policial. Precedentes. A acusação penal, para ser formulada, não depende, necessariamente, de prévia instauração de inquérito policial. - Ainda que inexista qualquer investigação penal promovida pela Polícia Judiciária, o Ministério Público, mesmo assim, pode fazer instaurar, validamente, a pertinente *persecutio criminis in iudicio*, desde que disponha, para tanto, de elementos mínimos de informação, fundados em base empírica idônea, que o habilitem a deduzir, perante juízes e Tribunais, a acusação penal. Doutrina. Precedentes. A questão da cláusula constitucional de exclusividade e a atividade investigatória. - A cláusula de exclusividade inscrita no art. 144, § 1º, inciso IV, da Constituição da República - que não inibe a atividade de investigação criminal do Ministério Público - tem por única finalidade conferir à Polícia Federal, dentre os diversos organismos policiais que compõem o aparato repressivo da União Federal (polícia federal, polícia rodoviária federal e polícia ferroviária federal), primazia investigatória na apuração dos crimes previstos no próprio texto da Lei Fundamental ou, ainda, em tratados ou convenções internacionais. - Incumbe, à Polícia Civil dos Estados-membros e do Distrito Federal, ressalvada a competência da União Federal e excetuada a apuração dos crimes militares, a função de proceder à investigação dos ilícitos penais (crimes e contravenções), sem prejuízo do poder investigatório de que dispõe, como atividade sub-

sidiária, o Ministério Público. - Função de polícia judiciária e função de investigação penal: uma distinção conceitual relevante, que também justifica o reconhecimento, ao Ministério Público, do poder investigatório em matéria penal. Doutrina. É plena a legitimidade constitucional do poder de investigar do Ministério Público, pois os organismos policiais (embora detentores da função de polícia judiciária) não têm, no sistema jurídico brasileiro, o monopólio da competência penal investigatória. - O poder de investigar compõe, em sede penal, o complexo de funções institucionais do Ministério Público, que dispõe, na condição de *dominus litis e*, também, como expressão de sua competência para exercer o controle externo da atividade policial, da atribuição de fazer instaurar, ainda que em caráter subsidiário, mas por autoridade própria e sob sua direção, procedimentos de investigação penal destinados a viabilizar a obtenção de dados informativos, de subsídios probatórios e de elementos de convicção que lhe permitam formar a *opinio delicti*, em ordem a propiciar eventual ajuizamento da ação penal de iniciativa pública. Doutrina. Precedentes: RE 535.478/SC, Rel.º Min.º Ellen Gracie - HC 91.661/PE, Rel.º Min.º Ellen Gracie - HC 85.419/RJ, Rel. Min. Celso de Mello - HC 89.837/DF, Rel. Min. Celso de Mello. Controle jurisdicional da atividade investigatória dos membros do Ministério Público: oponibilidade, a estes, do sistema de direitos e garantias individuais, quando exercido, pelo *Parquet*, o poder de investigação penal. - O Ministério Público, sem prejuízo da fiscalização intra-orgânica e daquela desempenhada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, está permanentemente sujeito ao controle jurisdicional dos atos que pratique no âmbito das investigações penais que promova *ex propria auctoritate*, não podendo, dentre outras limitações de ordem jurídica, desrespeitar o direito do investigado ao silêncio (*nemo tenetur se detegere*), nem lhe ordenar a condução coercitiva, nem constrangê-lo a produzir prova contra si próprio, nem lhe recusar o conhecimento das razões motivadoras do procedimento investigatório, nem submetê-lo a medidas sujeitas à reserva constitucional de jurisdição, nem impedi-lo de fazer-se acompanhar de Advogado, nem impor, a este, indevidas restrições ao regular desempenho de suas prerrogativas profissionais (Lei nº 8.906/94, art. 7º, v.g.). - O procedimento investigatório instaurado pelo Ministério Público deverá conter todas as peças, termos de declarações ou depoimentos, laudos periciais e demais subsídios probatórios coligidos no curso da investigação, não podendo, o *Parquet*, negar, selecionar ou deixar de juntar, aos autos, quaisquer desses elementos de informação, cujo conteúdo, por referir-se ao objeto da apuração penal, deve ser tornado acessível tanto à pessoa sob investigação quanto ao seu Advogado. - O regime de sigilo, sempre excepcional, eventualmente prevalecente no contexto de investigação penal promovida pelo Ministério Público, não se revelará oponível ao investigado e ao Advogado por este constituído, que terão direito de acesso - considerado o princípio da comunhão das provas - a todos os elementos de informação que já tenham sido formalmente incorporados aos autos do respectivo procedimento investigatório. (HC 94173, Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 27.10.2009, DJe 223 divulgado em 26.11.2009, publicado em 27.11.2009, ementa no vol. 02384-02, p. 00336).

Não diverge o seguinte julgado:

Habeas corpus. Trancamento de ação penal. Falta de justa causa. Existência de suporte probatório mínimo. Reexame de fatos e provas. Inadmissibilidade. Possibilidade de investi-

gação pelo Ministério Público. Delitos praticados por policiais. ordem denegada. 1. A presente impetração visa o trancamento de ação penal movida em face dos pacientes, sob a alegação de falta de justa causa e de ilicitude da denúncia por estar amparada em depoimentos colhidos pelo Ministério Público. [...] 5. É perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito. Tal conclusão não significa retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (arts. 129 e 144) de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos supostamente delituosos, mas também a formação da *opinio delicti*. 6. O art. 129, inciso I, da Constituição Federal, atribui ao *Parquet* a privatividade na promoção da ação penal pública. Do seu turno, o Código de Processo Penal estabelece que o inquérito policial é dispensável, já que o Ministério Público pode embasar seu pedido em peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia. 7. Ora, é princípio basilar da hermenêutica constitucional o dos “poderes implícitos”, segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Se a atividade fim - promoção da ação penal pública - foi outorgada ao *Parquet* em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que ‘peças de informação’ embasem a denúncia. 8. Cabe ressaltar, que, no presente caso, os delitos descritos na denúncia teriam sido praticados por policiais, o que, também, justifica a colheita dos depoimentos das vítimas pelo Ministério Público. 9. Ante o exposto, denego a ordem de *habeas corpus*. (HC 91661, Relatora: Min.º Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 10.03.2009, DJe 064, divulgado em 02.04.2009, publicado em 03.04.2009, ementa no vol. 02355-02, p. 00279; RMDPPP v. 5, n. 29, 2009, p. 103-109.)

Desse modo, como visto, constata-se que a jurisprudência atual dos Tribunais Superiores é uniforme no sentido de que o órgão ministerial possui legitimidade para proceder, diretamente, à colheita de elementos de convicção para subsidiar a propositura de ação penal, só lhe sendo vedada a presidência do inquérito, que compete exclusivamente à autoridade policial, de tal sorte que a realização de tais atos não afasta a legitimidade do Ministério Público para a propositura da ação penal, entendimento este contido no Enunciado 234 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, que afirma que “A participação do membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia”.

Confira-se, a propósito, o seguinte precedente nesse sentido:

Penal e processo penal. *Habeas corpus*. Policial civil. Extorsão. Desclassificação. Concussão. Ministério Público. Investigação. Legitimidade. Inquérito. Ação penal. Nulidade. Inexistência. Membro do Ministério Público. Impedimento. Súmula 234/STJ. Aplicação. Crimes funcional e não funcional. Rito processual. Ordinário. Art. 514 do CPP. Apreciação em outro *writ*. Prejudicialidade. Condenação. Falta de provas. Matéria fático-probatória. Apreciação

inviável. Via inadequada. Ilicitude das provas. Não considerada. Decisão genérica. Inexistência.

1. A jurisprudência assente nesta Corte é no sentido de que, em princípio, são válidos os atos investigatórios realizados pelo Ministério Público, cabendo-lhe ainda requisitar informações e documentos, a fim de instruir os seus procedimentos administrativos, com vistas ao oferecimento da denúncia.

2. 'A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia' (Súmula nº 234/STJ).

[...]

9. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada. (HC 83.020/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 18.12.2008, DJe 02.03.2009.)

E, no caso em apreço, constata-se que o *Parquet* estadual requisitou a instauração de inquérito policial para a apuração de suposto delito previsto no art. 1º, inciso I, do Decreto-lei nº 201/67 (fls. 47 a 52), o qual foi iniciado por meio de portaria da autoridade policial competente (fls. 46), sendo que, a partir do citado expediente, foram colhidos diversos elementos de prova, os quais foram considerados para a formação da *opinio delicti* do representante do órgão ministerial, que entendeu pelo oferecimento da denúncia em desfavor do recorrente, isto é, depreende-se que o Ministério Público estadual atuou exatamente de acordo com as atribuições que lhe são incumbidas legal e constitucionalmente, motivo pelo qual não se vislumbra qualquer mácula no oferecimento da inicial acusatória a ponto de rejeitá-la.

De igual modo, em que pesem os relevantes argumentos expostos na impetração, é inviável, ao menos em sede de *habeas corpus*, acolher-se a pretensão no sentido de que o recorrente é vítima de constrangimento ilegal em decorrência da instauração da referida ação penal.

Para tanto, a defesa insiste na arguição de que não haveria justa causa para a deflagração da ação penal em detrimento do recorrente, uma vez que "(...) inobstante tenha tentado o representante do MP, de maneira atípica, com um interesse desmedido, impingir ao Recorrente uma conduta dolosa, não conseguiu demonstrar um único fato concreto que justifique sua inclusão no pólo passivo da acusação. A própria exposição dos fatos narrados na frágil peça acusatória, faz emergir que não existe nenhum elemento indiciário demonstrativo da autoria dolosa do delito imputado contra a pessoa do impetrante" (fls. 482 e 483), ressaltando que

o recorrente não participou, em hipótese alguma, de qualquer conduta ilícita, com interesse de desviar dinheiro do erário municipal, não existindo dolo na sua atuação, e isso está comprovado pela própria narrativa acusatória, que com a devida vênia, se entrenchoca (fls. 483).

Por outro lado, o acórdão objurgado refutou as alegações defensivas argumentando que

não procede a alegação de falta de justa causa. A conduta descrita na denúncia amolda-se ao tipo penal sugerido, baseando-se em fatos que, em tese, constituem crime, estando preenchidos os requisitos previstos no artigo 41 do Código de Processo Penal. Os fatos narrados demandam dilação probatória, cabendo ao Ministério Público demonstrar, na instrução do feito, a procedência da acusação. Quando constatada a necessidade de dilação probatória para a aferição da verdade real, como no caso acontece, na fase pré-processual prevalece o princípio do *in dubio pro societate* (fls. 461).

Da análise dos argumentos expostos, observa-se que o recorrente, utilizando-se do remédio heróico, pretende que se proceda de forma antecipada à valoração do conjunto das provas produzidas no âmbito do contraditório, sob a alegação de que estas indicariam a carência de justa causa para a deflagração da ação penal objurgada.

Todavia, sedimentou-se na doutrina e jurisprudência pátria o entendimento de que o acolhimento do pleito de trancamento da ação penal na via do *habeas corpus* é necessário que exsurja, à primeira vista, sem exigência de dilação do contexto de provas, a ausência de justa causa para a sua deflagração e/ou continuidade, consoante, aliás, assevera Vicente Greco Filho:

no *habeas corpus*, não se deve fazer o exame da prova de processo em tela, o que é cabível através dos meios de defesa de que dispõe o réu no curso da ação. Todavia, aliando-se o inciso VI do art. 648 com o inciso I, que considera ilegal a coação sem justa causa, a jurisprudência e a doutrina têm trancado a ação penal quando não houver base para a acusação, fazendo, assim, análise das provas. O exame, contudo, não é o mesmo que seria feito pelo juiz ao proferir sentença condenatória ou absolutória. Trata-se de um exame de que deve resultar, inequivocadamente, a ausência, em tese, de possibilidade da acusação, de forma que a absoluta inviabilidade de processo signifique constrangimento indevido. Seria o caso, por exemplo, de ação penal por fato atípico ou em que alguém é acusado sem nenhuma prova que sustente a imputação que lhe é feita (op. cit., p. 394).

Por oportuno, conveniente registrar que toda denúncia é uma proposta de demonstração da ocorrência de fatos típicos e antijurídicos atribuídos a determinado acusado, sujeita, evidentemente, à comprovação e contrariedade, e, como orienta a doutrina e a jurisprudência, somente deve ser repelida quando não houver indícios da existência de crime, ou quando, de início, puder-se reconhecer, indubitavelmente, a inocência do denunciado, ou quando não houver, pelo menos, indícios de sua participação no evento criminoso noticiado, ou, ainda, quando encontrar-se extinta a punibilidade do agente.

E, no caso em apreço, inviável, nesta oportunidade, admitir-se a alegada ausência do mínimo respaldo indiciário e probatório para a deflagração do processo em desfavor do denunciado, uma vez que os

respectivos elementos de prova são aptos a dar base adequada à vestibular ministerial, ou seja, existem indícios de autoria e da materialidade delitiva, o que justifica a instauração da referida ação penal, até porque, para se entender de modo diverso e acolher o pleiteado no *writ*, no sentido do afastamento do dolo indispensável para a caracterização do delito disposto no art. 1º, inciso I, do Decreto-lei nº 201/67 a ensejar o trancamento da ação penal - que, repita-se, é marcado pela excepcionalidade na via angusta do *writ* - seria necessário o exame aprofundado de provas, providência inadmissível por meio do presente remédio constitucional, que possui rito célere e desprovido de dilação probatória.

Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado desta Corte de Justiça:

Criminal. HC. Crimes de responsabilidade. Prefeito. Trancamento de ação penal. Falta de justa causa não evidenciada de plano. Inépcia da denúncia. Falhas não vislumbradas. Narrativa clara. Possibilidade de amplo conhecimento dos fatos e plena defesa. Atos investigatórios praticados pelo Ministério Público. Possibilidade. Usurpação de competência da Câmara Municipal e do Tribunal de Contas estadual. Inocorrência. Impropriedade do *writ* para aprofundado exame de provas. Ordem denegada.

I. O reconhecimento da falta de justa causa para a ação penal em *habeas corpus* é medida de exceção, só podendo ocorrer quando, de pronto, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, evidenciar-se a atipicidade do fato, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação ou, ainda, a extinção da punibilidade, hipóteses que não se verificam no caso.

[...]

III. A exordial acusatória narra com clareza a possibilidade de existência dos fatos típicos, permitindo ao acusado o perfeito conhecimento da extensão da narração e, por consequência, facultando-lhe a ampla defesa.

[...]

V. Não obstante se verifique, atualmente, o debate em torno da questão pelo Supremo Tribunal Federal, o entendimento consolidado desta Corte é no sentido de que são válidos, em princípio, os atos investigatórios realizados pelo MP.

VI. A interpretação sistêmica da Constituição e a aplicação dos poderes implícitos do MP conduzem à preservação dos poderes investigatórios deste Órgão.

VII. Independentemente da investigação policial, o MP pode se valer de outros elementos de convencimento, como diligências complementares a sindicâncias ou auditorias desenvolvidas por outros órgãos, peças de informação, bem como inquéritos civis que evidenciem, além dos fatos que lhe são próprios, a ocorrência, também, de crimes.

VIII. A vedação dirigida ao Ministério Público é quanto a presidir e realizar inquérito policial. Precedente do STF.

IX. O *habeas corpus* constitui-se em meio impróprio para a análise de alegações que exijam o reexame do conjunto fático-probatório - como a apontada inexistência de provas que demonstrem a apropriação de recursos públicos pelo paciente e ausência de dolo nas suas condutas - se não demonstrada, de pronto, qualquer ilegalidade nos fundamentos da exordial acusatória.

[...]

XII. Ordem denegada. (HC 36.274/MA, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 08.03.2005, DJ de 28.03.2005, p. 296.)

Dessa forma, ao contrário do aventado no *mandamus*, não há como valorar os elementos probatórios até então colacionados, como pretende o recorrente, para perquirir acerca da sua aventada inocência no evento denunciado, porquanto, para debate dessa natureza, reserva-se ao acusado o processo criminal, ocasião em que as partes podem produzir aquelas provas que melhor entenderem alicerçar seus respectivos interesses, além daquela a ser feita pelo Juiz da causa, e não nesta oportunidade e instância, no âmbito estreito do *writ*.

Importante ressaltar, ainda, que, conforme consulta ao sítio daquela Corte Estadual (<http://www.tjsp.jus.br>), ainda não houve sentença proferida no feito, oportunidade em que, procedendo ao cotejo de todo o contexto probatório, poderá o órgão julgador decidir ou não pela eventual inocência do recorrente.

Portanto, concluir-se de forma diversa, na via eleita, consoante vem decidindo esta colenda Turma, inevitavelmente levaria à vedada análise de provas em sede de *habeas corpus*, leia-se:

Processual penal. *Habeas corpus*. Homicídio qualificado [...] Ausência de provas incriminadoras e denúncia amparada em provas não suscitadas em Juízo. Análise de matéria probatória. Descabimento na via estreita do *writ*. Ordem denegada.

[...]

2. O pedido de trancamento da ação penal, fundamentado na alegada ausência de prova da participação do Paciente no delito, bem como na inépcia da denúncia, que, segundo afirma o Impetrante, foi baseada em provas colhidas no inquérito policial e que não foram confirmadas em Juízo, não cabem ser examinadas na via do *writ*, vez que dependentes de ampla dilação probatória.

3. Ordem denegada (HC nº 26.220/MS, Rel.ª Min.ª Laurita Vaz, Quinta Turma, j. em 3.6.2003).

Na mesma direção colhe-se:

Processual penal. *Habeas corpus*. Homicídio qualificado [...] Trancamento de ação penal. Falta de justa causa não demonstrada. Ordem denegada.

[...]

3. Incabível o trancamento de ação penal, na via estreita do *habeas corpus*, quando os fatos a serem apurados se revestem de tipicidade e os indícios de autoria estão devidamente demonstrados, não existindo causa de extinção da punibilidade.

4. O trancamento de ação penal em sede de *habeas corpus* reveste-se sempre de excepcionalidade, somente admitido nos casos de absoluta evidência de que, nem mesmo em tese, o fato imputado ao paciente constitui crime, tendo em vista que a estreita via eleita não se presta como instrumento processual para exame da procedência ou improcedência da acusação, com incursões em aspectos que demandam dilação probatória e valoração do conjunto de provas produzidas, o que só poderá ser feito após o encerramento da instrução criminal, sob pena de violação ao princípio do devido processo legal.

5. Ordem denegada (HC nº 39.070/SE, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, j. em 17.5.2005).

Dessa forma, estando a decisão impugnada em total consonância com o entendimento jurisprudencial firmado por este Sodalício, não há que se falar em trancamento da ação penal, pois, de uma superficial análise dos elementos probatórios contidos no presente *mandamus*, não se vislumbra estarem presentes quaisquer das hipóteses que autorizam o trancamento excepcional por esta via, já que tal conclusão dependeria de profundo estudo das provas, as quais deverão ser oportunamente valoradas pelo juízo competente.

Ausente, então, qualquer ato configurador do constrangimento ilegal apontado na impetração a ser sanado na via do *habeas corpus* ou suficiente a obstar a continuidade da ação penal deflagrada contra o recorrente, nega-se provimento ao reclamo.

É o voto.

Certidão

Certifico que a egrégia Quinta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso.”

Os Srs. Ministros Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), Gilson Dipp, Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 05 de outubro de 2010. - *Lauro Rocha Reis* - Secretário.

(Publicado no *DJe* de 13.12.2010.)