



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA

Nº 1008-LJ/2018 – REFD
Sistema Único nº 187576/2018

Inquérito Nº 4.429/DF

INVESTIGADOS: Carlos Eduardo de Souza Braga e Osmar José Abdel Aziz

RELATOR: Ministro Alexandre de Moraes

“Vê-se, portanto, que se mostra inviável, em nosso sistema normativo, o arquivamento “ex officio”, por iniciativa do Poder Judiciário, de peças informativas e/ou de inquéritos policiais, pois, tratando-se de delitos perseguíveis mediante ação penal pública, o ato de arquivamento só pode ser legitimamente determinado, pela autoridade judiciária, em face de pedido expresso formulado, em caráter exclusivo, pelo próprio Ministério Público.” Ministro Celso de Mello (HC 106124/PR).

Excelentíssimo Senhor Ministro Relator Alexandre de Moraes,
Egrégia Primeira Turma,

A Procuradora-Geral da República, com fundamento no artigo 317 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), vem oferecer

AGRAVO REGIMENTAL

contra a r. decisão monocrática proferida nestes autos que determinou o seu “arquivamento, sem prejuízo de requerimento de nova instauração no Supremo Tribunal Federal, na hipótese de surgimento de novos elementos, nos termos do art. 18 do Código de Processo Penal.”

Pede-se a Vossa Excelência, desde já, que reconsidere a decisão agravada. Caso contrário, que envie este pedido de reforma à Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal.

I – DO FATO ILÍCITO

Este inquérito foi instaurado em 04 de abril de 2017, por determinação do Ministro Edson Fachin, para investigar fatos ilícitos revelados nas declarações prestadas, em colaboração premiada, por funcionários do Grupo Odebrecht, que envolveriam os Senadores Eduardo Braga e Omar Aziz.

No Termo de Colaboração nº 01 de Arnaldo Cumplido de Souza e Silva, ex-executivo do Grupo Odebrecht, afirmara que houve pagamento indevido de (R\$1.000.000,00 – um milhão de reais) ao senador da República Carlos Eduardo de Souza Braga, a partir de 2007, enquanto governador do Estado do Amazonas, para favorecer o consórcio integrado pelo grupo Camargo Corrêa e Construbase, na adjudicação da obra de construção da Ponte do Rio Negro.

Em março de 2010, Carlos Eduardo de Souza Braga deixou o governo para concorrer ao Senado Federal, ocasião em que assumiu o vice-governador Omar José Abdel Aziz, hoje também senador. Segundo o colaborador, em 2010 e 2011 a propina passou a ser paga a Aziz, enquanto governador, intermediadas por José Lopez, empresário a ele ligado.

A instrução extraprocessual preparatória (inquérito) seguiu o trâmite regular, com a realização das diligências investigatórias.

Em despacho do dia 27 de abril do corrente, o e. Relator prorrogou o prazo do inquérito em 15 (quinze) dias, ocasião em que indeferiu o pedido de oitivas dos colaboradores DALTON DOS SANTOS AVANCINI, EDUARDO HERMELINO LEITE e LUIZ CARLOS MARTINS.

Ao final, determinou que a PGR manifeste-se sobre as afirmações de advogados nos autos e que a autoridade policial explicasse “recusa” em depor (fl. 232).

A partir do decidido na questão de ordem na ação penal 937/RJ (restrição do foro especial por prerrogativa de função), a Procuradoria-geral da República requereu declínio do presente inquérito à Subseção do Estado do Amazonas, haja vista que os fatos

supostamente criminosos ocorreram quando os dois investigados eram governadores do Estado, e não senadores da República.

O i. Relator não atendeu o requerido, determinando o arquivamento do presente inquérito, “sem prejuízo de requerimento de nova instauração no Supremo Tribunal Federal, na hipótese de surgimento de novos elementos”.

Fundamentou a decisão recorrida, em síntese, nos seguintes pontos:

- (i) Sucessivas prorrogações sem qualquer nova diligência;
- (ii) As informações prestadas pelo colaborador foram negadas pelas testemunhas;
- (iii) Colaboração baseada em referências indiretas (ouvir dizer);
- (iv) Ausência de elementos indiciários mínimos que corroborem as informações do colaborador no sentido de demonstrar a autoria e materialidade das infrações penais (ausência de justa causa para continuidade investigatória);
- (v) Dever do Judiciário exercer sua atividade de supervisão judicial, quando o *parquet* insiste em manter procedimento, mesmo ausentes indícios de autoria e materialidade.

Em face da referida decisão que se apresenta o presente agravo regimental.

II

II.1) DAS QUESTÕES GERAIS: SISTEMA ACUSATÓRIO E JUIZ NATURAL

No julgamento da Questão de Ordem suscitada na Ação Penal nº 937/RJ, o Plenário desta Suprema Corte, por maioria de votos, na linha do substancial voto do i. Ministro Relator Roberto Barroso, alterou a definição do alcance da prerrogativa de foro de deputados federais e senadores da República, conferindo interpretação restritiva ao artigo 102, inciso I, alínea “b”, da Constituição Federal.

A competência do Supremo Tribunal Federal foi firmada para processamento e julgamento das infrações penais cometidas durante o exercício do cargo pelos congressistas.

Para assegurar que o regime de foro por prerrogativa de função sirva ao seu papel constitucional de garantir o livre exercício das funções e não ao fim ilegítimo de permitir impunidade, restou igualmente estabelecida a necessidade de relação de causalidade direta entre os supostos crimes praticados e as funções parlamentares desempenhadas.

Nas demais hipóteses, a competência passa a ser da primeira instância judicial.

Ademais, foi estabelecido marco temporal para o deslocamento dos feitos que se encontram em tramitação na Suprema Corte, admitindo-se a prorrogação excepcional da competência do órgão julgador originário, independentemente da natureza dos delitos, apenas nos casos em que houve encerramento da instrução processual, com a publicação do despacho de intimação das partes para apresentação de alegações finais.

O d. Colegiado decidiu, neste ponto, por unanimidade, pela aplicação da nova linha interpretativa aos processos em curso, ressalvados todos os atos praticados e decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelos demais juízos com base na jurisprudência anterior, conforme precedente firmado na Questão de Ordem arguida no Inquérito nº 687/SP.

A Constituição da República de 1988 estabeleceu um sistema processual penal acusatório, seja na fase de instrução processual, seja na fase que pode ser nominada de “instrução extraprocessual preparatória” (inquérito).

Decorre do sistema acusatório, especialmente a partir da inteligência do art. 129 da Constituição Federal, que o Ministério Público é o titular exclusivo da ação penal pública, com efeitos diretos na forma e condução das investigações. Não excepciona a regra a investigação contra autoridades com a chamada prerrogativa de foro.

A Constituição Brasileira de 1988 estabeleceu, portanto, entre outras, funções institucionais do Ministério Público na promoção, de forma privativa, da ação penal pública e o controle externo da atividade policial.

O Ministério Público é, como consequência, o titular exclusivo da ação penal pública. Para exercer esse múnus, detém a prerrogativa de requisitar a instauração de inquérito policial, bem como de requisitar as diligências investigatórias necessárias à formação de sua *opinio delicti*, acompanhando e guiando a condução da instrução extraprocessual preparatória.

No sistema acusatório, a gestão das provas é função das

partes, cabendo ao juiz um papel de garante das regras do jogo, salvaguardando direitos e liberdades fundamentais. Diversamente do sistema inquisitorial, o sistema acusatório caracteriza-se por gerar um processo de partes, em que autor e réu constroem através do confronto a solução justa do caso penal. A separação das funções processuais de acusar, defender e julgar entre sujeitos processuais distintos e a construção dialética da solução do caso pelas partes, em igualdade de condições, são, assim, as principais características desse modelo.¹

O inquérito é o procedimento conduzido pela “polícia judiciária” que visa fornecer elementos probatórios ao titular da ação penal, a fim de que este forme sua *opinio delicti* sobre os fatos que estão sendo apurados. Conclui-se, então, que o destinatário da investigação é o Ministério Público.

Em consonância com o princípio acusatório, a interferência do juiz na fase pré-processual deve ser mínima, apenas restrita às medidas que dependam de autorização judicial, a fim de resguardar os direitos individuais.

Embora o nosso Código em vigor defira ao Judiciário a competência para a prorrogação do prazo para encerramento de inquérito, deve-se observar que o inquérito dirige-se exclusivamente à formação da *opinio delicti*, isto é, do convencimento do órgão responsável pela acusação. O juiz, a rigor, nem sequer deveria ter contato com a investigação, realizada que é em fase anterior à ação penal, quando não provocada, até então, a jurisdição. Somente quando em disputa, ou em risco, a lesão ou ameaça de lesão a direitos subjetivos ou à efetividade da jurisdição penal é que o Judiciário deveria – e deve – manifestar-se na fase investigatória, como juiz das garantias individuais, no exercício do controle judicial de legalidade dos atos administrativos.²

Neste sentido vem se firmando a jurisprudência do c. STJ, conforme julgado que abaixo destaco:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ESPECIAL. 1. VIOLAÇÃO AO ART. 5º, II, DO CPP. PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO CRIMINAL. PODERES DE INVESTIGAÇÃO DO MP. RE 593.727/MG. 2. INVESTIGADO COM FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. PRÉVIA AUTORIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO. AUSÊNCIA DE NORMA CONSTITUCIONAL OU INFRACONSTITUCIONAL. PRECEDENTES. 3. CONTROLE PRÉVIO DAS INVESTIGAÇÕES. VIOLAÇÃO AO SISTEMA ACUSATÓRIO. PRECEDENTE DO STF. 4. PREVISÃO DE

¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. v. único. Salvador: Editora Juspodivm, 2014. p. 46

² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 62

CONTROLE JUDICIAL DE PRAZOS. ART. 10, § 3º, DO CPP. JUÍZO COMPETENTE PARA O PROCESSO. 5. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário n. 593.727/MG, assentou que "os artigos 5º, incisos LIV e LV, 129, incisos III e VIII, e 144, inciso IV, § 4º, da Constituição Federal, não tornam a investigação criminal exclusividade da polícia, nem afastam os poderes de investigação do Ministério Público". Dessarte, não há dúvidas sobre a constitucionalidade do procedimento investigatório criminal, que tem previsão no art. 8º da Lei Complementar n. 75/1993 e no art. 26 da Lei n. 8.625/1993, sendo disciplinado pela Resolução n. 13/2006 do Conselho Nacional do Ministério Público.

2. No que concerne às investigações relativas a pessoas com foro por prerrogativa de função, tem-se que, embora possuam a prerrogativa de serem processados perante o Tribunal, a lei não excepciona a forma como se procederá a investigação, devendo ser aplicada, assim, a regra geral trazida no art. 5º, inciso II, do Código de Processo Penal, a qual não requer prévia autorização do Judiciário. "A prerrogativa de foro do autor do fato delituoso é critério atinente, de modo exclusivo, à determinação da competência jurisdicional originária do tribunal respectivo, quando do oferecimento da denúncia ou, eventualmente, antes dela, se se fizer necessária diligência sujeita à prévia autorização judicial". (Pet 3825 QO, Relator p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Pleno, julgado em 10/10/2007). Precedentes do STF e do STJ.

3. A ausência de norma condicionando a instauração de inquérito policial à prévia autorização do Judiciário revela a observância ao sistema acusatório, adotado pelo Brasil, o qual prima pela distribuição das funções de acusar, defender e julgar a órgãos distintos. Conforme orientação do Supremo Tribunal Federal no julgamento de MC na ADI n. 5.104/DF, condicionar a instauração de inquérito policial a uma autorização do Poder Judiciário, "institui modalidade de controle judicial prévio sobre a condução das investigações, em aparente violação ao núcleo essencial do princípio acusatório".

4. Não há razão jurídica para condicionar a investigação de autoridade com foro por prerrogativa de função a prévia autorização judicial. Note-se que a remessa dos autos ao órgão competente para o julgamento do processo não tem relação com a necessidade de prévia autorização para investigar, mas antes diz respeito ao controle judicial exercido nos termos do art. 10, § 3º, do Código de Processo Penal. De fato, o Código de Ritos prevê prazos para que a investigação se encerre, sendo possível sua prorrogação pelo Magistrado. Contudo, não se pode confundir referida formalidade com a autorização para se investigar, ainda que se cuide de pessoa com foro por prerrogativa de função. Com efeito, na hipótese, a única particularidade se deve ao fato de que o controle dos prazos do inquérito será exercido pelo foro por prerrogativa de função e não pelo Magistrado *a quo*.

5. Recurso especial provido, para reconhecer violação ao art. 5º, inciso II, do Código de Processo Penal, haja vista a desnecessidade de prévia autorização do Judiciário para investigar autoridade com foro por prerrogativa de função. (STJ. Respe nº 1.563.962-RN. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. 6ª Turma. DJe 16/11/2016). Destaquei

Na realidade, esta Corte Constitucional, ao julgar medida cautelar na ADI 5104, também afastou tal exigência:

“Resolução nº 23.396/2013, do Tribunal Superior Eleitoral. Instituição de controle jurisdicional genérico e prévio à instauração de inquéritos policiais. Sistema acusatório e papel institucional do Ministério Público. 1. Inexistência de inconstitucionalidade formal em Resolução do TSE que sistematiza as normas aplicáveis ao processo eleitoral. Competência normativa fundada no art. 23, IX, do Código Eleitoral, e no art. 105, da Lei nº 9.504/97. **2. A Constituição de 1988 fez uma opção inequívoca pelo sistema penal acusatório. Disso decorre uma separação rígida entre, de um lado, as tarefas de investigar e acusar e, de outro, a função propriamente jurisdicional. Além de preservar a imparcialidade do Judiciário, essa separação promove a paridade de armas entre acusação e defesa, em harmonia com os princípios da isonomia e do devido processo legal. Precedentes.** 3. Parâmetro de avaliação jurisdicional dos atos normativos editados pelo TSE: ainda que o legislador disponha de alguma margem de conformação do conteúdo concreto do princípio acusatório – e, nessa atuação, possa instituir temperamentos pontuais à versão pura do sistema, sobretudo em contextos específicos como o processo eleitoral – essa mesma prerrogativa não é atribuída ao TSE, no exercício de sua competência normativa atípica. 4. Forte plausibilidade na alegação de inconstitucionalidade do art. 8º, da Resolução nº 23.396/2013. **Ao condicionar a instauração de inquérito policial eleitoral a uma autorização do Poder Judiciário, a Resolução questionada institui modalidade de controle judicial prévio sobre a condução das investigações, em aparente violação ao núcleo essencial do princípio acusatório.** 5. Medida cautelar parcialmente deferida para determinar a suspensão da eficácia do referido art. 8º, até o julgamento definitivo da ação direta de inconstitucionalidade. Indeferimento quanto aos demais dispositivos questionados, tendo em vista o fato de reproduzirem: (i) disposições legais, de modo que inexistiria *fumus boni juris*; ou (ii) previsões que já constaram de Resoluções anteriores do próprio TSE, aplicadas sem maior questionamento. Essa circunstância afastaria, quanto a esses pontos, a caracterização de *periculum in mora*. (ADI 5104 MC, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 21/05/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014). Destaquei do original

A separação de funções na fase investigatória objetiva resguardar, entre outras garantias, a imparcialidade do julgador, que somente deve tomar contato com o mérito da investigação exclusivamente para o controle judicial de medidas que restrinjam garantias individuais dos investigados e que, por força de lei, dependem de prévia autorização do Judiciário.

Não se justifica, à luz do princípio acusatório, que, além dessa restrita hipótese

de atuação, o magistrado adentre o mérito da investigação, em função constitucional própria do Ministério Público, mormente quando em fase de cognição tão precoce como um inquérito, onde sequer há a conformação jurídica de uma causa penal, bem por isso insiste-se na expressão “instrução extraprocessual preparatória”.

Deve-se sempre levar em consideração que, sob a égide da Constituição de 1988, a função da investigação é dar elementos de convencimento ao Ministério Público (*opinio delicti*), titular exclusivo da ação penal pública, para que decida pelo oferecimento da denúncia ou pelo arquivamento do feito, quando, somente então, caberá ao Poder Judiciário analisar o mérito dos fatos de relevância penal.

Ou seja, a “instrução preliminar”, no processo penal, pode ser definida como a “atividade estatal da *persecutio criminis*” cujo objetivo “é o de levar aos órgãos da ação penal os elementos necessários para a dedução da pretensão punitiva em juízo: *inquisitio nihil est quam informatio delicti*”.³

Marcelo Lessa Bastos define a investigação criminal como “atividade que se desenvolve com o objetivo de ser descoberta a autoria das infrações penais e serem recolhidos os elementos necessários à propositura da ação penal correspondente”.⁴

Aury Celso Lima Lopes Júnior chama de “investigação/instrução preliminar o conjunto de atividades desenvolvidas concatenadamente por órgãos do Estado, a partir de uma notícia-crime, com caráter prévio e de natureza preparatória com relação ao processo penal, e que pretende averiguar a autoria e as circunstâncias de um fato aparentemente delituoso, com fim de justificar o processo ou não-processo”.⁵

Para Valter Foleto Santin, a “investigação criminal é atividade destinada a apurar as infrações penais, com a identificação da autoria, documentação da materialidade e esclarecimento dos motivos, circunstâncias, causas e conseqüências do delito, para

³MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2 ed. Campinas: Millennium Editora, 2000, v. 1, p. 152.

⁴BASTOS, Marcelo Lessa. *A investigação nos crimes de ação penal de iniciativa pública. Papel do Ministério Público. Uma abordagem à luz do sistema acusatório e do garantismo*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2004.

⁵LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. *A crise do inquérito policial: breve análise dos sistemas de investigação preliminar no processo penal*. *Revista da Ajuris: doutrina e jurisprudência*, v. 26, n. 78, p. 45, jun. 2000.

proporcionar elementos probatórios necessários à formação da *opinio delicti* do Ministério Público e embasamento da ação penal”.⁶

Por fim, segundo a lição de Rogério Lauria Tucci, a investigação criminal representa:

(...) um complexo de atos praticados sob a direção dos agentes estatais da persecução penal, para a colheita de dados e elementos de convicção indispensáveis à preparação da ação penal, quer, desde logo, instruindo a denúncia (petição inicial pública) ou a queixa (peça vestibular da privada), quer, ainda, ofertando ao julgador a base provisória dos fundamentos da sentença a ser, oportunamente, proferida.⁷

Ou seja, a doutrina é praticamente uníssona ao estabelecer o Ministério Público como o destinatário dos elementos iniciais produzidos, bem por isso o seu papel premente na fase.

Importa salientar que, na decisão de arquivamento, a conclusão derradeira sempre será do órgão da acusação, consoante dispõe o art. 28 do CPP, pois se está diante de um *não processo*.

Obviamente, na fase da instrução extraprocessual preparatória, vige a chamada teoria da aparência, máxime diante de investigações conduzidas a partir de fatos que “aparentemente” envolvam autoridade com prerrogativa de foro, razão pela qual, tecnicamente, sequer há uma causa penal propriamente dita, senão uma tríade baseada na ligação jurídico subjetiva da autoridade, fato penalmente relevante e Tribunal competente.

Trata-se de normas de observância obrigatória, eis que envolvidas na órbita de direitos e garantias do cidadão e se encontram intrinsecamente relacionados ao princípio do juiz natural. Para além das normas específicas do texto constitucional, também a partir do Direito Internacional dos Direitos Humanos, cujos principais tratados e convenções foram assinados e ratificados pelo Brasil, tornam-se normas de aplicação cogente (CR, art. 5º, § 2º).

Entre as características normalmente atribuídas ao sistema acusatório está a intransponível separação das funções estatais na persecução criminal, de forma que não se admite que o órgão julgador seja o mesmo que investiga e acusa.

⁶SANTIN, Valter Foletto. *O Ministério Público na investigação criminal*. Bauru: EDIPRO, p. 31, 2001.

⁷TUCCI, Rogério Lauria. *Persecução penal, prisão e liberdade*. São Paulo: Saraiva, p. 41, 1980.

O processo penal em um regime democrático, como o do Brasil, sustenta-se na premissa da isenção do Poder Judiciário, presente quando há clara separação das funções atinentes à marcha persecutória criminal.

O Poder Judiciário, de modo geral, e o Supremo Tribunal Federal, em particular, como garante da Constituição, seus valores e princípios, têm como corolário na esfera criminal a inércia do Juiz em relação à produção das provas, especialmente na fase preparatória, salvo nas exceções constitucionais que exigem a reserva jurisdicional, uma exceção confirmatória da regra principal, inércia, equidistância, neutralidade, imparcialidade na formação do juízo necessário e suficiente para uma causa penal ou arquivamento.

O fato de o acompanhamento judicial de inquéritos de autoridades com prerrogativa de foro não tem a capacidade de alterar essa situação jurídica, pelo contrário, é capaz de confirmá-la, na medida em que os limites de acompanhamento estão adstritos à observância dos mesmos vetores.

Isto porque o rito procedimental apuratório ora estabelecido, que advém da aplicação conjugada do art. 3º da Lei 8.038/90 com as normas que constam do Título IX, Capítulo I do Regimento Interno desta c. Corte (RISTF), encontra limites da atuação supervisora do Relator na função constitucional do Ministério Público de conduzir, com a participação da “Polícia Judiciária”, as investigações criminais e, no final, formar o juízo valorativo exclusivo acerca da respectiva imputação criminal.

Especial relevo o disposto no art. 230-B do RISTF que bem reflete a condição de *dominus litis* da ação penal do Ministério Público: “*O Tribunal não processará comunicação de crime, encaminhando-a à Procuradoria-Geral da República. (Incluído pela Emenda Regimental n.44, de 2 de junho de 2011)*”.

Na sua esfera de atribuição constitucional de titularidade da ação penal, o Ministério Público tem, conforme estabelece o art. 129, inciso VIII da Constituição Federal, o poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial.

Ainda que se considere que o poder requisitório da instauração de inquérito e a promoção de arquivamento estejam abrangidos na atividade de supervisão de inquéritos de competência originária, estas providências processuais não podem se furtar ao cumprimento de regras constitucionais que garantem a isenção do órgão julgador natural, e também, aquelas que estabelecem as regras de competência.

Para além da não observância das regras constitucionais de delimitação de poderes ou funções no processo criminal, o fato é que tal conduta transforma a investigação em um ato de concentração de funções, e que põe em risco o próprio sistema acusatório e a garantia do investigado quanto à isenção do órgão julgador.

É que o sistema judicial é dividido em competências jurisdicionais, a partir do texto constitucional, justamente pelo seu caráter sistemático. É neste sentido que a Constituição da República reparte as competências, a fim de dar coerência sistemática ao exercício da jurisdição.

Ao lado da unidade, a indivisibilidade judicial, de forma que o juiz natural, mais do que representar o poder político judicial, apresenta-o, na feliz expressão cunhada por Pontes de Miranda.

A fim de evitar decisões conflitantes, somadas ao caráter piramidal que a hierarquia judicial inspira (não funcional), o sistema judicial está dividido em graus jurisdicionais, com limite cognitivo de acordo com a fase e objeto do processo/procedimento.

De todo o exposto, fica claro que a necessidade de distribuições de competências a partir da noção de “instância judicial” é garantia constitucional do devido processo legal, juiz natural e segurança jurídica.

Conforme questão de ordem decidida na ação penal 937/RJ, o que seria competência do STF para acompanhamento do inquérito epigrafado, deixou de ser, haja vista a ausência de vínculo funcional direto do fato sob investigação, e o cargo da autoridade investigada.

Em outras palavras, não é [mais] o Supremo Tribunal Federal a Corte competente para análise de causa penal, não é [mais] o Supremo Tribunal Federal competente para homologação do arquivamento, assim como não é [mais] a Procuradoria-Geral da República competente para a promoção de eventual ação penal pública ou promoção de arquivamento.

Premissas em mesa, finda a fase de instrução extraprocessual preparatória, a cognição exclusiva de causa penal ou promoção de arquivamento, e sua respectiva homologação ou discordância, estão adstritas a promotores e juízes naturais diversos, em razão da dinâmica jurisprudencial desta Corte que optou pela guinada jurisprudencial que deu origem a presente discussão.

Se o Supremo Tribunal Federal passar a promover arquivamentos de feitos adstritos à competência diversa (ou *per saltum*), violará o princípio constitucional do juiz natural, porquanto avocará para si a competência pré-fixada no texto constitucional, ou seja, passará a ser o juízo universal potencialmente originário para todas as causas penais.

Não se desconhece a capacidade e possibilidade jurídica da Suprema Corte conceder *habeas corpus* de ofício. Ontologicamente, poder-se-ia argumentar que, em essência, é disso que se trata.

Não há dúvidas que, como garante da defesa da ordem constitucional, a Suprema Corte do país tem capacidade de corrigir eventuais ilegalidades e inconstitucionalidades que se verifiquem, tanto em causas colocadas diretamente sobre sua apreciação, quanto a apreciação que se apresenta de modo reflexo.

Mas não é disto que se trata, no entanto.

Nas hipóteses de cabimento de ordem de *habeas corpus* de ofício, imperiosa a evidência da lesão à ordem constitucional, sob pena de transformar, como já se tratou, o STF em juízo ordinário universal.

No tema, indispensável ouvir o decano Ministro Celso de Mello (HC 106124/PR):

Em conseqüência do monopólio constitucional do poder de agir **outorgado ao Ministério Público em sede** de infrações delituosas **perseguíveis** mediante ação penal **de iniciativa pública**, **somente** ao “Parquet” – e ao “Parquet” apenas – **compete** a prerrogativa **de propor** o arquivamento de quaisquer peças de informação **ou** de inquérito policial, sempre que **inviável** a formação da “opinio delicti”.

(...)

Vê-se, portanto, **que se mostra inviável**, em nosso sistema normativo, **o arquivamento** “ex officio”, **por iniciativa** do Poder Judiciário, de peças informativas **e/ou** de inquéritos policiais, **pois**, tratando-se de delitos perseguíveis mediante ação penal pública, o ato de arquivamento **só** pode ser legitimamente determinado, pela

autoridade judiciária, **em face de pedido expresso** formulado, **em caráter exclusivo, pelo próprio** Ministério Público.

Os fundamentos doutrinários e jurisprudenciais acima são suficientes para demonstrar que se mostra incabível o arquivamento do inquérito sob a supervisão desta Suprema Corte, posto que, primeiramente, essa atribuição constitucional é exclusiva do Ministério Público, *dominus litis* da ação penal. Em segundo lugar, com o julgamento da Questão de Ordem tratada na AP 937, não se tratando, o fato ilícito apurado, de crime em tese praticado por parlamentar no exercício da função e em razão da função pública ocupada, cessou a competência desta Suprema Corte para supervisão deste Inquérito.

II.2 - DOS ASPECTOS ESPECÍFICOS

Retomando as premissas sobre as quais se fundamentou o i. Relator para determinar o arquivamento dos autos, especificamente no que se refere aos aspectos atinentes à possível inviabilidade de continuidade da investigação criminal em razão do insucesso da investigação na colheita de elementos probatórios sobre a autoria e materialidade, destaco da Decisão da ora recorrida:

“Assim, as informações constantes no termo de depoimento n. 1 do colaborador ARNALDO CUMPLIDO DE SOUZA E SILVA fazem referências indiretas ao conhecimento da prática de infrações penais e não foram confirmadas pelas testemunhas que, segundo o próprio colaborador, teriam conhecimento direto. A planilha apócrifa juntada aos autos pela PGR, igualmente, não teve sua veracidade atestada, nem tampouco perícia solicitada.

O último ato investigatório foi realizado em 18 de agosto de 2017, com a oitiva de testemunhas tendo sido apresentado o relatório final pela autoridade policial em 25 de setembro de 2017, que concluiu as investigações, encaminhando seu posicionamento pelo arquivamento do presente inquérito.

Assim, não há nenhuma nova diligência pendente de realização, como, inclusive, salientou a autoridade policial ao concluir as investigações e se posicionar pelo arquivamento do presente inquérito (fl. 177/190), após o encerramento das diligências requeridas pela Procuradoria Geral da República e da impossibilidade de oitiva de 03 (três) testemunhas – durante 15 (quinze) meses – em virtude da própria opção do titular da ação

penal em analisar a documentação genérica que lhe foi enviada por meio de acordo de leniência.

(...)"

Primeiramente, há que se recordar a premissa da análise estabelecida nestes autos, que é a ausência de competência do c. STF para deliberar, seja de ofício, seja a pedido do órgão da acusação, quando cessada a competência do STF⁸.

Por outro lado, sobre o arquivamento de investigação criminal, as bases constitucionais do princípio acusatório, consagrado pelo ordenamento jurídico pátrio e por esta c. Corte, determinam que o arquivamento de Inquérito pelo Procurador-Geral da República assume caráter irrecusável:

E M E N T A: INQUÉRITO E PEÇAS CONSUBSTANCIADORAS DE "NOTITIA CRIMINIS" - ARQUIVAMENTO REQUERIDO PELO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, QUE NÃO VISLUMBRA A OCORRÊNCIA DE ILÍCITO PENAL - IMPOSSIBILIDADE DE FORMAÇÃO DA "OPINIO DELICTI" - IRRECUSABILIDADE DESSE PEDIDO DE ARQUIVAMENTO - DECISÃO DO RELATOR QUE DEFERE A POSTULAÇÃO DEDUZIDA PELO CHEFE DO MINISTÉRIO PÚBLICO - ATO DECISÓRIO IRRECORRÍVEL - RECURSO NÃO CONHECIDO. O PEDIDO DE ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL, MOTIVADO PELA AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE PERMITAM AO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA FORMAR A "OPINIO DELICTI", NÃO PODE SER RECUSADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. - Se o Procurador-Geral da República requer o arquivamento de inquérito policial, de peças de informação ou de expediente consubstanciador de "notitia criminis", motivado pela ausência de elementos que lhe permitam formar a "opinio delicti", por não vislumbrar a existência de infração penal (ou de elementos que a caracterizem), essa promoção não pode deixar de ser acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, pois, em tal hipótese, o pedido emanado do Chefe do Ministério Público da União é de atendimento irrecusável. Doutrina. Precedentes. IRRECORRIBILIDADE DA DECISÃO DO RELATOR, QUE, NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DEFERE O PEDIDO DE ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL FORMULADO PELO PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA. - O ato judicial que ordena, no Supremo Tribunal Federal, o arquivamento do inquérito ou de peças de informação, a pedido do Procurador-Geral da República, motivado pela ausência de "opinio delicti" derivada da impossibilidade de o Chefe do Ministério Público da União identificar a existência de elementos que lhe permitam reconhecer a ocorrência de prática delituosa, é insuscetível de recurso (RT 422/316), embora essa decisão - por não se revestir da autoridade da coisa julgada (RT 559/299-300 - RT 621/357 - RT 733/676) - não impeça a reabertura

⁸ Desde que a situação fática esteja abrangida nos parâmetros estabelecidos no *leading case* - Questão de Ordem na AP 937.

das investigações penais, desde que (a) haja provas substancialmente novas (RTJ 91/831 - RT 540/393 - RT 674/356 - RT 710/353 - RT 760/654) e (b) não se tenha consumado, ainda, a prescrição penal. Doutrina. Precedentes. (Pet 2509 AgR / MG - MINAS GERAIS -AG.REG.NA PETIÇÃO -Relator(a): Min. CELSO DE MELLO -Julgamento: 18/02/2004 Órgão Julgador: Tribunal Pleno).

EMENTA: Petição. 1. Investigação instaurada para apurar a suposta prática do crime de corrupção eleitoral ativa por Deputado Federal (Código Eleitoral, art. 299). 2. Arquivamento requerido pelo Ministério Público Federal (MPF) sob o argumento de que a conduta investigada é atípica. 3. Na hipótese de existência de pronunciamento do Chefe do MPF pelo arquivamento do inquérito, tem-se, em princípio, um juízo negativo acerca da necessidade de apuração da prática delitativa exercida pelo órgão que, de modo legítimo e exclusivo, detém a opinião delicti a partir da qual é possível, ou não, instrumentalizar a persecução criminal. Precedentes do STF. 4. Apenas nas hipóteses de atipicidade da conduta e extinção da punibilidade poderá o Tribunal analisar o mérito das alegações trazidas pelo Procurador-Geral da República. 5. Ausência de elementar do fato típico imputado: promessa de doação a eleitores. 6. Arquivamento deferido. (Pet 3927 / SP - SÃO PAULO - Relator(a): Min. GILMAR MENDES -Julgamento: 12/06/2008 - Órgão Julgador: Tribunal Pleno).

A par dessas questões, **quanto aos aspectos da investigação enfrentados pelo i. Relator**, não há como se sustentar a inviabilidade da investigação porque o órgão da acusação teria indicado, em determinado período considerado suficiente pelo i. Relator, na fase pré processual, as diligências necessárias ao prosseguimento da investigação.

Primeiramente, há uma linha investigativa que se pauta o Ministério Público e a própria Polícia Federal como co legitimados que são na condução de investigações criminais.

É extremamente comum - e todos que atuam na lide processual criminal têm pleno conhecimento desta situação -, da rotineira devolução, pelo Ministério Público, de inquéritos contendo relatórios com eventual proposição de arquivamento da autoridade policial e que retornam à polícia para complementação ou continuidade da investigação, com a realização de diligências outras que não aquelas já implementadas⁹.

No caso em análise, conforme reportado na petição de fl. 198, “ foram realizadas diversas diligências no interesse da investigação, dentre elas, a oitiva do colaborador Arnaldo Cumplido de Souza e Silva (fls. 100-105), a oitiva dos investigados CARLOS

⁹ Esta é a inteligência do artigo 16 do CPP.

EDUARDO DE SOUZA BRAGA (FLS. 91-95) e **OMAR JOSÉ ABDEL AZIZ** (FLS. 107-110), a juntada do procedimento instaurado perante o TCE/AM para apurar irregularidades na obra da Ponte do Rio Negro (fl. 119), a oitiva do empresário Eládio Messias Cameli, proprietário da Construtora ETAM, subcontratada pela Camargo Corrêa para realização das obras do sistema viário das duas margens da Ponte do Rio Negro (fls. 122-124) e a oitiva de José Lopes, suposto intermediário de **OMAR JOSÉ ABDEL AZIZ** (fls. 133-138).”

Ou seja, a investigação não restou paralisada, mas seguiu seu curso normal, lembrando que a condução de investigações criminais, havendo justa causa para a instauração de inquérito (verossimilhança e plausibilidade dos fatos ilícitos reportados), não se fundamenta em um resultado de êxito, mas sim, na obrigação do Estado em adotar todos os mecanismos e meios necessários e possíveis à elucidação de crimes - fator de segurança e estabilidade social.

Ocorre que, realizadas as diligências acima referidas, a autoridade policial encarregada da condução do Inquérito, produziu relatório e concluiu nos seguintes termos “*o arquivamento do presente inquérito até que sejam enviados à Polícia Federal os elementos de prova, relacionados a ilícitos envolvendo a construção da Ponte do Rio Negro, que teriam sido reunidos pela empresa CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO CAMARGO CORREA S.A em apurações internas realizadas no âmbito do programa de compliance*”(fls. 177-190).

Primeiramente, pode-se extrair do trecho acima transcrito, bem como da leitura do respectivo Relatório, que não há indicativo de ausência de crime, de atipicidade de conduta ou mesmo da falta de autoria. Pautou-se a autoridade policial, **única e exclusivamente**, a fundamentar que os elementos probatórios então realizados não foram suficientes para caracterizar a autoria e materialidade e que, considerou, a seu juízo, necessário o resultado de autoria interna da empresa envolvida nos fatos.

No entanto, o Ministério Público Federal, destinatário desta prova para formação da *opinio delicti*, entendeu que a par do resultado “*das apurações internas realizadas no âmbito do programa de compliance*”, havia sim, diligências outras, passíveis de implementação para a completa elucidação dos fatos e indicou tais diligências, na forma que preceitua o artigo 16 do CPP, conforme se pode extrair do trecho abaixo transcrito:

“Não obstante a autoridade policial condicionar o prosseguimento da investigação à análise de suposta documentação reunida pela empresa CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO CAMARGO CORREA S.A em apurações internas realizadas no âmbito do programa de compliance, verifico que há outras providências a serem realizadas no interesse da investigação.

Nesse contexto, pertinente a oitiva dos colaboradores DALTON DOS SANTOS AVANCINI e EDUARDO HERMELINO LEITE, respectivamente, Diretor-Presidente e Vice-Presidente da empresa CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO CAMARGO CORREA S.A, para que esclareçam a participação da empresa nos fatos em apuração.

Outrossim, revela-se importante a oitiva do colaborador LUIZ CARLOS MARTINS, executivo da empresa CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO CAMARGO CORREA S.A. Em que pese o colaborador ser investigado por crime de corrupção e lavagem de dinheiro por fatos vinculados à construção da Usina Hidroelétrica de Belo Monte, nada impede que se colha as declarações do colaborador sobre a narrativa fática apresentada.

Por fim, é salutar para as apurações que sejam ouvidos MARCO ANTÔNIO COSTA, MARCO AURÉLIO MIGUEL BITTAR e HENRIQUE BARROSO DOMINTEUS, empregados da empresa CONSTRUÇÕES E COMÉRCIO CAMARGO CORREA S.A, responsáveis diretos pelas obras da Ponte do Rio Negro.”

Ou seja, há diligências outras a serem realizadas, com probabilidade de resolução da investigação e que deverão ser implementadas ou avaliadas oportunamente pelo membro do *parquet* e juízo competente – primeiro grau de jurisdição.

O fato de o inquérito ter permanecido durante determinado período de tempo no Ministério Público Federal para análise de relatório produzido pela autoridade policial também não constitui justa causa para o arquivamento das investigações, sobretudo quando há diligências a serem realizadas e que foram devidamente indicadas pelo órgão da acusação após a análise dos autos.

É uma verdade sabida que o acúmulo de processos e atividades jurisdicionais sob atribuição tanto do Ministério Público quanto do próprio Poder Judiciário, impossibi-

lita, em algumas situações, que decisões sejam adotadas com a rapidez que se espera desses órgãos de persecução criminal. Tal situação aflige não apenas o Ministério Público, mas o sistema judicial como um todo.

Na relação processual em geral, na processual penal em particular, o tempo se apresenta como fator de relevância premente.

Isto porque uma vez ultrapassados os fatores inibidores da atividade criminal (tutela inibitório criminal), evidenciados os fatos que apontem para a possível ocorrência delitiva, impulsionam-se diversos mecanismos e entidades, com vistas a dar uma resposta ao fenômeno criminal, atribuindo-lhes consequências.

Apesar da existência de algumas hipóteses de resposta imediata, tal como ocorre na situação prisional em flagrante delito, a relação processual em si encerra uma tensão no tempo, ou como se diz, uma luta contra o tempo na medida em que, quanto mais afastado temporalmente da ocorrência delitiva, menores serão as possibilidades fáticas de sua reconstituição jurídica e, *a fortiori*, a análise dos elementos de relevância penal com o fim de se chegar a uma definição acerca de sua ocorrência/consequências legais (característico do juízo de certeza jurídica enquanto *standard* probatório).¹⁰

Na fase de inquérito, a questão torna-se ainda mais aflitiva. Isto porque uma relação processual penal não pode ser instaurada sem um suporte mínimo de elementos válidos.

A necessidade de um mínimo lastro probatório e sólida base empírica é ainda mais evidente, isto porque, como lembra Frederico Marques, o processo penal só se instaura com a propositura da ação, que é precedida de uma fase de pesquisas (*informatio delicti*), em que se colhem os dados necessários para ser pedida a imposição da pena.¹¹

A finalidade da instrução extraprocessual preliminar é, pois, servir ao titular da ação penal, fornecendo-lhe os elementos de que necessita para a sua propositura.¹²

Não se desconhece, por outro lado, que não se deve manter a aflição da persecução penal além do tempo necessário e suficiente para a resposta estatal (legítima) ao fenômeno criminal noticiado.

¹⁰Embora, obviamente, a complexidade dos fatos também exerça influência relevante.

¹¹MARQUES, José Frederico. Op. cit., p. 138.

¹²BASTOS, Marcelo Lessa. Op. cit., p. 88.

Mas, se por um lado, a investigação não pode e não deve ser utilizada enquanto verdadeira pena processual, por outro, não se pode tolher das autoridades persecutórias, máxime do titular da ação penal pública, a possibilidade de buscar esses elementos mínimos.

Note-se que a busca e coleta deste suporte mínimo, como exposto há pouco, muitas vezes independente da vontade dos agentes envolvidos. Fatores alheios à vontade podem e normalmente influenciam no fluxo normal das diligências, com especial destaque à complexidade das causas e das investigações.

Destarte, a demora na persecução penal lato *sensu*, prestação jurisdicional *strictu sensu*, é indubitavelmente uma situação problemática em termos de justiça criminal.

Esta é uma preocupação mundial, máxime no período pós-guerra mundial. A Declaração Mundial dos Direitos do Homem, e outros diplomas internacionais recepcionados pela ordem jurídica nacional dão especial destaque ao tema.

Porém, tanto a Convenção Americana dos Direitos Humanos como a própria Constituição Federal, não fixaram um prazo máximo de duração processual, ou de investigação, tampouco delegaram a matéria para lei ordinária, tendo adotado o que a doutrina costuma referir como “não-prazo”.

Assim, à míngua de uma definição específica, considerando que o Brasil adota o sistema prescricional enquanto limitador do poder punitivo do Estado, resta concluir que os limites temporais são estabelecidos pelos prazos prescricionais dos delitos, seja na forma abstrata, seja na forma concreta, a partir da prescrição da pretensão punitiva.

Não se pode admitir, portanto, um critério fluido e subjetivo para autoridades com foro privilegiado, como a fixação de um ano para a investigação – ou pouco mais, sob pena de arquivamento, vez que: a uma, já há um critério temporal legal e constitucionalmente fixado para se fulminar a pretensão punitiva, especialmente na fase de investigação; a duas, vários fatores alheios a atuação dos agentes estatais envolvidos na persecução penal podem interferir, negativamente, no tempo decorrente da coleta de elementos mínimos para causa penal ou arquivamento; a três, a fixação de um prazo menor para autoridades com prerrogativa de foro acarretaria privilégio não isonômico em relação a todas as outras investigações e investigados.

Nada obstante, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos têm adotado um triplo critério para a difícil definição do que seria prazo razoável, vale dizer, a complexidade do caso, a atividade processual do imputado ou investigado e a conduta das autoridades envolvidas na investigação.

Tudo a depender da situação do caso concreto, mas insista-se, mesmo que não se adote a prescrição como limitador da atividade persecutória, necessária a evidência (a partir do critério tríplice, pelo menos) de uma investigação não razoável, o que a toda evidência não se mostra presente em investigações iniciadas há pouco mais de um ano.

É certo que os agentes não devem suportar indefinidamente o ônus de figurar como objeto de investigação (persecução penal deve observar prazo razoável para conclusão). Não menos certo, no entanto, que investigação iniciada há pouco mais de um ano, por critério de razoabilidade, não se apresenta como uma situação apta a gerar constrangimento pela indefinição do tempo da investigação.

Como apresentado há pouco, a duração razoável do processo e da investigação devem ser uma preocupação constante, porém, na espécie, não há que se falar em violação desse cânone.

Não parece razoável que uma investigação com pouco mais de um ano seja arquivada por não observância de um prazo adequado. Primeiro, porque o prazo de conclusão não foge do razoável pelos parâmetros empíricos aferíveis. Segundo, porque para isso existe, no Brasil, o sistema de prazos prescricionais, à míngua de uma definição legal do que seja prazo razoável (malgrado os parâmetros apresentados há pouco).

Apresenta o e. Relator, ainda, argumento no sentido que o conteúdo probatório dos autos não se apresenta consistente para ensejar a continuidade da investigação, ou mesmo, eventualmente, o oferecimento de denúncia pelo órgão da acusação, ou seja, que o caso em análise estaria destituído de justa causa para continuidade apuratória.

Conforme já salientado nesta peça, a supervisão estabelecida pelo STF em relação às investigações que tramitam sob a competência desta Corte deve se pautar no limite da inércia do Juiz na fase pre processual para não se adentrar na valoração probatória, salvo nas hipóteses determinadas pela Constituição de reserva de jurisdição - ainda que considere que a investigação não terá êxito. Para tais situações, excepcionais, pois se pautam na caracterização de constrangimento ilegal, cabível, segundo a jurisprudência citada pelo próprio Relator, a concessão de *habeas corpus*.

Por outro lado, cessada a competência, não há como estendê-la sob as justificativas invocadas no *decisum* recorrido.

Acontece que, na espécie, o pedido de declinação verificou-se a partir da nova orientação jurisprudencial capitaneada por essa Corte Suprema e não significou a apreciação de mérito.

Simplesmente a Procuradoria-Geral da República, até então com atribuições para acompanhamento do inquérito, requereu a declinação para o juízo e órgão ministerial competentes, a partir do decidido na questão de ordem já citada.

Não significa que tenha apreciado o mérito da questão, avaliando a presença dos elementos necessários e suficientes para a causa penal ou o contraponto arquivamento, senão uma mera medida de expediente, sem cognição de mérito.

Repita-se que não se desconhece a possibilidade de concessão *ex officio* de ordem de *habeas corpus*, mas é uma situação excepcional, inaplicável na espécie¹³.

O disposto no art. 28 do Código de Processo Penal é expressão genuína da qualidade de *dominus litis* do Ministério Público. Não se trata de um limitador das competências judiciais nas causas penais, senão uma verdadeira viga mestra do Regime Democrático de Direito, bastião da neutralidade judicial, isto é, um reforço reflexo da importância judicial na fiscalização das atividades persecutórias do Estado *latu sensu*.

Como base de toda decisão (*Kompetenz-Kompetenz*), afirma o e. Relator ter competência.

Aqui reside o fundamento do recurso.

Uma situação jurídica é a apresentação de uma causa penal, quando o órgão ministerial, até então considerado competente, a apresenta perante a Corte, também até então competente. Nesse caso, a fim de modular os aspectos temporais, optou essa Corte por apreciar o recebimento ou não da causa penal apresentada.

Outra situação juridicamente diversa é o pedido de declinação de competência a partir do novo entendimento. Neste caso, o órgão ministerial não exauriu a cognição terminativa, não se manifestando sobre a apresentação de uma causa penal ou promovendo seu arquivamento. Simplesmente, a partir do *novel* jurisprudencial, apresentou natural e consequente pedido declinatório.

¹³ Embora seja possível que o membro do Ministério Público, ao receber os autos em primeiro grau, concorde com o respeitável entendimento de Vossa Excelência e já promova o arquivamento de plano, tudo dentro do figurino do sistema acusatório.

III

Ante o exposto, a **Procuradora-Geral da República** requer seja reconsiderada a decisão agravada, que determinou o arquivamento dos presentes autos, determinando o seu envio à Seção Judiciária do Estado do Amazonas, para distribuição a um dos juízes com competência para a supervisão da investigação.

Brasília, 27 de junho de 2018.

Raquel Elias Ferreira Dodge
Procuradora-Geral da República