

Franklyn Roger Alves Silva

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DIRETA PELA DEFESA

4^a edição

Revista, atualizada
e ampliada

2023

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

OS DIVERSOS GÊNEROS DE INVESTIGAÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

4.1 A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL: A NECESSIDADE DE ENXERGÁ-LA COMO UM GÊNERO

Depois de concluída a imersão na relação interdisciplinar entre o processo civil e o processo penal e a pesquisa da estrutura dos sistemas processuais penais italiano e norte-americano, é conveniente retornarmos à realidade brasileira e caminhararmos na compreensão do papel da investigação criminal.

Consequentemente, o ponto de partida não pode ter como referencial o inquérito policial, mas todos os mecanismos de coleta de dados que tenham repercussão no processo penal. Evita-se, dessa maneira, uma falha metodológica tendente a estabelecer a premissa de que o inquérito policial e a investigação criminal compreendem o mesmo instituto.

Aury Lopes Jr. e Ricardo Gloeckner trazem interessantes considerações sobre a chamada “instrução preliminar”, uma adjetivação reputada pelos autores como a mais adequada para a designação da atividade prévia à relação processual penal¹.

Preferimos o uso da expressão “investigação criminal”, considerando que o seu significado é mais abrangente para o propósito desenvolvido por esta tese, especialmente quando considerado que a investigação nem sempre se restringe a um caráter preliminar ou antecedente, como será o caso da investigação criminal defensiva.

Do ponto de vista das regras do ordenamento jurídico, não há disposição legal que traduza o conceito e a diferenciação da expressão “investigação criminal”. A título exemplificativo, a Lei n. 12.830/2013 dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo Delegado de Polícia.

A contrario sensu da leitura do art. 1º da lei mencionada, seria possível encontrarmos investigações criminais conduzidas por outros sujeitos, a

1 Lopes Junior e Gloeckner (2015, p. 88).

exemplo da investigação direta conduzida pelo Ministério Público, da investigação criminal defensiva e da investigação derivada de procedimentos administrativos sancionadores, como ocorre nas Comissões Parlamentares de Inquérito e Agências Reguladoras.

Na leitura do texto da Lei n. 12.830/2013 já se percebe o emprego de expressões diversas para especificar a atividade desempenhada pelo Delegado de Polícia, ficando claro que o monopólio da atividade de investigação criminal não existe. O art. 2º, por exemplo, descreve como atividades do Delegado a apuração das infrações penais e a função de polícia judiciária, ambas de natureza exclusiva do Estado.

Indubitavelmente, o legislador quis evitar atribuir a atividade de investigação criminal ao encargo exclusivo do Delegado e, por isso, se utilizou de expressões diversas para definir o leque de atividades daquele órgão.

Poder-se-ia pensar que o § 1º do art. 2º da Lei n. 12.830/2013 estabelecerá uma dita exclusividade da investigação criminal quando prevê: “Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais”.

Pensamos que o propósito do legislador foi, de fato, estabelecer uma exclusividade circunscrita ao contexto dos encargos do Delegado de Polícia. Porém ela não se dirige a atividade de investigação criminal, mas ao instrumento de atuação do sujeito, no caso o inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei.

Pelas regras hoje em vigor, tanto a atividade de polícia judiciária (art. 144 da CRFB) quanto o inquérito policial (art. 2º, § 1º, da Lei n. 12.830/2013) são de exclusividade do Delegado de Polícia. Qualquer outra expressão ou conceito foge do universo particularizado dessa carreira jurídica e se insere no espaço público do processo penal acusatório, sendo possível a sua partilha entre os demais atores do sistema, como é o caso da expressão “investigação criminal”.

Essa diferenciação até pode ter ocorrido por acidente do legislador, mas é inegável que se trata de um acidente benéfico ao nosso sistema, por significar uma importante distinção entre duas atividades marcadamente inconfundíveis: a investigação criminal e a instauração do inquérito policial.

André Augusto Mendes Machado, em sua obra sobre investigação criminal defensiva, considera a investigação criminal como “procedimento preliminar e preparatório à ação penal, formado por um conjunto de atos encadeados, que podem ser praticados pelos sujeitos envolvidos e diretamente

interessados na persecução penal, com a finalidade de reunir elementos materiais relacionados ao possível ilícito penal”².

Aury Lopes Jr. e Ricardo Gloeckner também trilham semelhante caminho na definição da investigação e sua desvinculação da atividade jurisdicional quando afirmam: “Será administrativo quando estiver a cargo de um órgão estatal que não pertença ao Poder Judiciário, isto é, um agente que não possua poder jurisdicional”³.

Em nossa visão, a investigação criminal corresponde a um conceito amplo que compreende uma atividade procedimentalizada, um conjunto de atos desempenhados para busca de elementos de formação do convencimento – ou fontes de prova⁴ – a respeito de fatos delituosos, dentro ou fora de uma relação processual e que não possui um único sujeito determinado para a sua condução. Constitui-se, assim, como uma atividade plural ao que veremos mais adiante nas suas diversas espécies.

Inegavelmente, a investigação criminal pode acontecer ao amparo de relação judicial, bastando se pensar em casos nos quais se desenvolvam diligências que dependam de autorização judicial (medidas cautelares) ou nas hipóteses de foro por prerrogativa de função cuja instauração de investigação criminal depende de autorização judicial, o que nos leva a divergir da opinião de André Mendes Machado⁵.

Do mesmo modo, discordamos do entendimento de Aury Lopes e Ricardo Gloeckner no tocante à premissa de que a investigação é um ato de natureza estatal. Não podemos nos olvidar de que é possível o desenvolvimento da investigação criminal por um particular, como será o caso do advogado que desenvolve investigação criminal defensiva ou do detetive particular que colabora com a autoridade policial na forma do art. 5º, parágrafo único, da Lei 13.432/2017.

2 (MACHADO, 2010, p. 36).

3 (LOPES JUNIOR; GLOECKNER, 2015, p. 91).

4 “No entanto, de forma mais precisa, deve-se consignar que o real escopo do ato investigativo não é obter prova, a qual deve ser produzida perante o juiz natural em contraditório, mas sim descobrir fontes de prova que possam ser utilizadas para a produção probatória em juízo, oferecendo elementos de prova aptos a solucionarem o problema posto ou, em outras palavras, a confirmarem ou refutarem a proposição apresentada na denúncia.” (VILARES; BEDIN; CASTRO, 2014, p. 313).

5 “Sendo assim, conclui-se que a investigação criminal é um procedimento administrativo ou judicial – conforme o órgão responsável por sua condução – e pré-processual, pois ocorre antes do processo criminal, para reunir elementos de convicção acerca de possível infração penal.” (MACHADO, 2010, p. 18).

De certo modo, diante do curso de uma ação penal na qual está instalada a relação processual triangular, pode parecer atécnico falar em atos de investigação criminal, visto que ali se realizam atos instrutórios. Conquanto essa observação seja verdadeira, obstáculo não há para que investigações criminais em paralelo possam ser desenvolvidas a respeito dos mesmos fatos, como veremos no caso da investigação defensiva ou, por exemplo, uma investigação criminal por outra infração em que haja um encontro fortuito relativo a fatos que já estejam em apuração no processo antecedente.

O projeto do novo Código de Processo Penal parece caminhar nessa linha de pensamento quando abre seu Título II – Investigação Criminal – e prevê no art. 8º que a “investigação criminal tem por objetivo a identificação das fontes de prova e será iniciada sempre que houver fundamento razoável a respeito da prática de uma infração penal”.

Ao mesmo tempo, nos capítulos desse mesmo Título, o projeto contempla a investigação criminal defensiva (art. 13), o juiz de garantias (arts. 14 a 17) e o inquérito policial (arts. 18 a 40).

No âmago da investigação criminal, atividade destinada à apuração de fatos que representam violação aos tipos penais e bens jurídicos protegidos pelo Direito Penal, é possível identificarmos uma série de atos que serão desempenhados com essa finalidade por alguns sujeitos processuais e outros que, apesar de não integrarem a relação processual, podem ser considerados sujeitos da investigação.

É o caso do Promotor de Justiça, do Delegado de Polícia, da administração pública, da vítima, do querelante, do indiciado, da defesa técnica e dos auxiliares da investigação. Nossa proposta é trazer um tratamento jurídico semelhante àquele conferido pelo Código de Processo Penal ao sujeitos processuais e adaptá-los à classificação de sujeitos da investigação criminal.

Enquanto a atribuição de uma natureza pública ou privada à investigação criminal pode variar a partir do enfoque em quem a desempenha (advogado, por exemplo), ela não terá aptidão para alterar a qualidade e a utilizabilidade dos atos praticados⁶.

6 “Considerando este critério subjetivo do responsável pela atividade investigatória, a investigação defensiva, tanto quanto aquela realizada pela vítima ou qualquer outro particular, é espécie de investigação privada. Isso porque nenhuma delas é efetuada por ente estatal. Por conseguinte, a investigação defensiva deve obedecer às limitações impostas a todo tipo de investigação privada, principalmente devido à falta de poder de polícia, como se verificará adiante. Já a investigação criminal ultimada por órgãos estatais, que

O Título VIII do atual Código de Processo Penal (arts. 251 a 281) elenca como sujeitos do processo o juiz, o Ministério Público, o acusado, a defesa técnica, o assistente de acusação, os funcionários da justiça, os peritos e os intérpretes. Em decorrência dessa organização legislativa, igual estrutura deve ser construída em torno da investigação criminal, definindo-se a figura dos sujeitos essenciais e dos sujeitos ocasionais ao desempenho dessa atividade.

Como sujeitos essenciais da investigação criminal entendemos o Delegado de Polícia e seus auxiliares, o Ministério Público e seus auxiliares, órgãos públicos com poderes investigatórios (Comissões Parlamentares de Inquérito, CVM, BACEN, CADE, Receita Federal, INSS, Agências Reguladoras etc.), o indiciado, a defesa técnica e seus auxiliares, o querelante, os peritos e os intérpretes. É dizer, sem eles não há como desenvolver a investigação criminal em suas diferentes faces, as quais serão exploradas neste estudo.

Cada um desses personagens desempenha um papel específico na apuração do fato criminoso e na coleta de informações que permitam a formação da culpa, todos eles com interesses, seja de natureza pessoal (indiciado e defesa), seja de natureza institucional (Delegado, Ministério Público e órgãos públicos).

Há também o que preferimos denominar de sujeitos ocasionais, figuras que podem intervir na atividade de investigação criminal, mas cuja presença nem sempre será determinante para o seu desenvolvimento.

O juiz se insere nessa classificação em virtude da pouca intervenção por ele desempenhada na investigação criminal. Como regra geral, a atividade de investigação deve se desenvolver sem a intervenção do Judiciário, cujo papel se restringe ao controle de desvios e autorização para diligências, em que há a cláusula de reserva de jurisdição.

Não cabe ao juiz realizar atos de investigação, mas tão somente participar da investigação realizada pelos demais sujeitos, fornecendo amparo e controle judicial dos atos praticados na apuração de fatos criminosos⁷.

O enquadramento da vítima nessa classificação demanda maior reflexão. Seria possível tratá-la como um sujeito ocasional da investigação, pois, à exceção dos crimes de ação penal privada e pública condicionada à representação,

denominamos investigação pública, será atribuída, conforme o caso, à Polícia Judiciária, ao Juiz de Direito ou ao Ministério Público” (MACHADO, 2010, p. 24).

7 “Por outro lado, a Autoridade Judiciária não pode investigar, isto é, colher elementos informativos durante a persecução prévia, pois se tornaria verdadeiro inquisidor e deixaria de ser imparcial.” (MACHADO, 2010, p. 85).

a sua manifestação de vontade ou intento de ver apurada a infração penal é irrelevante, o que lhe atribuiria essa natureza.

Se é certo o fato de o Ministério Público agir na tutela indireta dos interesses da vítima quando deflagra a ação penal, não podemos deixar de considerar que a conformação moderna do *parquet* lhe permite exercer posições processuais antagônicas a esses interesses, a exemplo da margem de opinião em torno da absolvição na forma do art. 385 do CPP ou do arquivamento do inquérito policial (art. 28 do CPP).

Diante da não atribuição de um encargo de representação processual da vítima na relação processual ao Ministério Público, surge um espaço para a vítima exercer a iniciativa de colher informações e se contrapor aos interesses do *parquet*, como é o caso da assistência de acusação.

Apesar de a assistência de acusação restringir-se ao momento processual, isso não quer dizer que a vítima esteja impedida de exercer atividade investigativa, o que a incluiria no conceito de sujeitos essenciais da investigação.

Por certo, o interesse da vítima reside fortemente no componente de vingança, mas não é correto afastar o exercício de investigação como forma de suprir omissões da apuração exercidas pelos órgãos estatais, ou até mesmo como um modo de aprimoramento do princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Talvez a maior distinção na análise da investigação criminal diga respeito às suas modalidades e características díspares e semelhantes. Para a adequada categorização da investigação criminal defensiva, torna-se crucial a reflexão prévia a respeito das outras formas de investigação no sistema jurídico brasileiro, de maneira a encontrarmos pontos de convergência e de distinção.

O primeiro aspecto diz respeito à publicidade da investigação criminal. O inquérito policial é definido como um procedimento tradicionalmente sigiloso, de modo a preservar a elucidação do fato em apuração, nos termos do art. 20 do Código de Processo Penal.

Temos visto, na prática, que o sigilo do inquérito policial não é absoluto, pois tanto o Estatuto da OAB (art. 7º, XIV) quanto a norma de organização da Defensoria Pública (arts. 44, VIII, 89, VIII, e 128, VIII, da LC n. 80/1994) e, até mesmo, a Súmula Vinculante 14 asseguram à defesa técnica o direito de ter acesso aos autos de investigação. Na realidade, pode-se dizer que o nível de publicidade do inquérito policial é mais restrito, não sendo possível o compartilhamento de informações com o público em geral, ainda que em nossa realidade os vazamentos de informações ocorram com frequência.

Sobre o procedimento investigatório desenvolvido pelo Ministério Público, a premissa é outra, definindo-se a publicidade como regra geral (art.

15) e o sigilo como medida excepcional (art. 16), na forma da Resolução n. 181 do Conselho Nacional do Ministério Público.

Para as Comissões Parlamentares de Inquérito desenvolvidas no âmbito do Congresso Nacional e reguladas pela Lei n. 1.579/1952 e pelo art. 58 da Constituição Federal, não há um tratamento expresse a respeito da publicidade dos trabalhos da comissão, apesar de o art. 37 da Constituição prever o princípio da publicidade dos atos da administração e o art. 6º da Lei n. 1.579/1952 prever a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal.

Pela leitura do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (art. 48)⁸ e do Senado Federal (arts. 110, 116 e 117)⁹, depreende-se que as reuniões da

8 Art. 48. As reuniões das Comissões serão públicas, salvo deliberação em contrário.

§ 1º Serão reservadas, a juízo da Comissão, as reuniões em que haja matéria que deva ser debatida com a presença apenas dos funcionários em serviço na Comissão e técnicos ou autoridades que esta convidar.

nele;

§ 2º Serão secretas as reuniões quando as Comissões tiverem de deliberar sobre:

I – declaração de guerra, ou acordo sobre a paz;

II – passagem de forças estrangeiras pelo território nacional, ou sua permanência

III – (*Revogado pela Resolução nº 57, de 1994*)

§ 3º Nas reuniões secretas, servirá como Secretário da Comissão, por designação do Presidente, um de seus membros, que também elaborará a ata.

§ 4º Só os Deputados e Senadores poderão assistir às reuniões secretas; os Ministros de Estado, quando convocados, ou as testemunhas chamadas a depor participarão dessas reuniões apenas o tempo necessário.

§ 5º Deliberar-se-á, preliminarmente, nas reuniões secretas, sobre a conveniência de os pareceres nelas assentados serem discutidos e votados em reunião pública ou secreta, e se por escrutínio secreto.

§ 6º A ata da reunião secreta, acompanhada dos pareceres e emendas que foram discutidos e votados, bem como dos votos apresentados em separado, depois de fechados em invólucro lacrado, etiquetado, datado e rubricado pelo Presidente, pelo Secretário e demais membros presentes, será enviada ao Arquivo da Câmara com indicação do prazo pelo qual ficará indisponível para consulta.

9 Art. 110. As reuniões serão públicas, salvo os casos expressos neste Regimento ou quando o deliberar a comissão.

[...]

Art. 116. Serão secretas as reuniões para deliberar sobre:

I – declaração de guerra ou celebração de paz (Const., art. 49, II);

II – trânsito ou permanência temporária de forças estrangeiras no território nacional (Const., art. 49, II);

III – escolha de chefe de missão diplomática de caráter permanente (Const., art. 52, IV);

§ 1º Nas reuniões secretas, quando houver parecer a proferir, lido o relatório, que não será conclusivo, a comissão deliberará em escrutínio secreto, completando-se o parecer

CPI são públicas, como regra geral, podendo ser realizadas de forma reservada ou até mesmo secreta.

Em suma, a publicidade é um tema importantíssimo no contexto da investigação criminal, seja como representação do Estado Democrático de Direito, seja com forma de assegurar o exercício das garantias daqueles que são submetidos a uma investigação.

Superado o aspecto da publicidade, o segundo ponto de análise entre as diversas investigações criminais consiste em verificar a incidência das garantias da ampla defesa e do contraditório. Apesar de não haver uma relação bilateral, já que o ato de investigação nem sempre é conduzido por um sujeito processual (inquérito policial, por exemplo), isso não quer dizer que a defesa não possa auxiliar na construção dos rumos da investigação¹⁰.

Durante o desenvolvimento dos atos de investigação são indicados o art. 9º da Resolução n. 181/2017, o art. 14 do CPP, o art. 7º, XIV e XXI, da Lei n. 8.906/1994, e os arts. 4º, XIV; 44, VI, VII e VIII; 89, VI, VII e VIII; e 128, VI, VII e VIII, todos da LC n. 80/1994, como exemplos de intervenção defensiva em procedimentos investigatórios.

A aplicação da Súmula Vinculante 14 em sede de Comissões Parlamentares de Inquérito já foi reconhecida pelo próprio Supremo Tribunal Federal no julgamento da Reclamação 17.653, de relatoria do Min. Dias Toffoli, e em

com o resultado da votação, não sendo consignadas restrições, declarações de voto ou votos em separado.

§ 2º Nas reuniões secretas, servirá como secretário um dos membros da comissão, designado pelo Presidente.

§ 3º A ata deverá ser aprovada ao fim da reunião, assinada por todos os membros presentes, encerrada em sobrecarta lacrada, datada e rubricada pelo Presidente e pelo Secretário e recolhida ao Arquivo do Senado.

Art. 117. Nas reuniões secretas, além dos membros da comissão, só será admitida a presença de Senadores e das pessoas a serem ouvidas sobre a matéria em debate.

Parágrafo único. Os Deputados Federais poderão assistir às reuniões secretas que não tratem de matéria da competência privativa do Senado Federal.

- 10 “Portanto, releitura do disposto no art. 14 do CPP, em face da garantia constitucional da ampla defesa, permite concluir que o delegado de polícia somente poderá negar a realização do pedido se este for inviável, sob o ponto de vista fático, ou inócua. Não pode a autoridade policial negar o requerimento de diligência formulado pelo acusado, desde que guarde importância e correlação com o esclarecimento dos fatos e a defesa do acusado. Em face do disposto no art. 5º, LV, da Constituição da República, o requerimento de diligências pelo indiciado é um direito subjetivo seu, ‘que não pode ser negado arbitrariamente pela autoridade’, e, na eventualidade de ser indeferido o pedido, o acusado pode fazer uso do mandado de segurança, vez que ferido direito líquido e certo, ou, até mesmo para alguns, valer-se do *habeas corpus*.” (SAAD, 2004, p. 351-352).

medida cautelar no *Habeas Corpus* 113.548, de relatoria do Min. Celso de Mello, quando considerou legítimo o acesso aos autos por parte de advogado constituído por um dos convocados.

Se é certo que as regras e os julgados agora citados amparam a intervenção defensiva, permitindo que o imputado possa ter acesso aos documentos dos atos realizados no curso da investigação e lhe seja assegurada a possibilidade de intervenção da defesa técnica, elementos estes integrantes do princípio da ampla defesa, não é possível reconhecer o contraditório como uma garantia plena de qualquer investigação.

Essa afirmação decorre do fato de que o sistema jurídico não alberga disposições capazes de assegurar à audiência bilateral a possibilidade de influência nos processos de tomada de decisão nas atividades investigatórias. Se o Delegado ou o Promotor de Justiça admitem a manifestação do imputado no corpo das investigações sob sua presidência, o fazem não por força de preceito legal, mas sim por uma interpretação ampla dos princípios atinentes ao devido processo legal.

Dessa forma, não é uma característica marcante dos procedimentos investigatórios o exercício de um contraditório pleno, tal como ocorre em uma relação processual, e a própria ampla defesa encontra limitações nos dispositivos que tratam da intervenção defensiva em procedimentos apuratórios.

Na sequência de nossa reflexão, o terceiro aspecto a ser abordado compreende a finalidade da investigação criminal e o seu modo de desenvolvimento, ou seja, a sua inquisitividade¹¹.

Da leitura do art. 2º, § 1º, da Lei n. 12.830/2013, é de fácil percepção que a finalidade do inquérito policial é apurar as infrações penais, especificamente as circunstâncias de materialidade e autoria. Por trás dessa atividade apuratória, há a possibilidade de inúmeros outros desdobramentos de natureza predominantemente objetiva (sem relação com a responsabilidade de um imputado), como é o caso da prevenção de futuros delitos, do mapeamento de áreas de insegurança em determinado território, entre outras medidas.

11 “De forma diferente, o poder-dever inquisitivo não afasta a participação dos interessados, acusado ou ofendido. Ao contrário, os esforços se somam, trabalhando juntos na busca da verdade: a inquisitorialidade não é incompatível com o exercício do direito de defesa pelo indiciado durante o inquérito policial. Seu interesse, ali, consiste, ao menos, em demonstrar que não deve ser denunciado. [...] A autoridade policial, em seu caráter inquisitivo, reúne em si própria todos os poderes-deveres que, mais tarde, em duas posições processuais diversificadas, hão de pertencer, no âmbito judiciário, ao promotor público, como acionador da iniciativa judiciária, e ao juiz, como realizador definitivo da norma penal.” (SAAD, 2004, p. 157).

O Código de Processo Penal descreve as principais diligências cabíveis no inquérito policial (art. 6º), em modo meramente exemplificativo. Entretanto, o legislador opta por não estabelecer a ritualística – sequência de atos – a ser observada pela autoridade policial na condução de sua investigação. Isso representa a total liberdade concedida à autoridade policial na forma como desenvolve os atos do inquérito¹², diante da cadeia de informações que são coletadas.

Similar situação é encontrada na investigação realizada pelo Ministério Público, na forma da Resolução n. 181/2017. O art. 1º do ato normativo reconhece que a finalidade da investigação conduzida pelo Ministério Público é apurar a ocorrência de infrações penais de iniciativa pública, além de servir como instrumento de preparação e embasamento para o juízo de propositura, ou não, da respectiva ação penal.

Apesar de o referido ato normativo detalhar com maior extensão as diligências possíveis, não há a previsão de um percurso procedimental a ser adotado, pautando-se a condução da investigação na independência funcional do membro do *parquet*, tal como ocorre no inquérito policial.

Nas Comissões Parlamentares de Inquérito podemos encarar como finalidade a apuração de fatos de interesse da sociedade, normalmente relacionados aos poderes da república ou a fatos políticos que envolvam o interesse público.

Diante da reduzida regulamentação dessa atividade, também não encontramos previsão procedimental para a sua condução, sendo possível reconhecer a possibilidade de diligências previstas nos arts. 2º, 3º e 6º-A da Lei n. 1.579/1952, nos arts. 35 a 37 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados e nos arts. 145 a 153 do Regimento Interno do Senado Federal.

Um último aspecto que merece observação diz respeito às formas de intervenção judicial na investigação criminal. Do ponto de vista constitucional, o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV) seria suficiente para caracterizar a possibilidade de controle jurisdicional de atos realizados em sede de procedimentos investigatórios. No entanto, nosso objetivo é verificar se as normas infraconstitucionais atribuem papéis específicos ao juiz na fase de investigação.

Até o advento da Lei n. 13.964/2019, o Código de Processo Penal não previa a participação judicial na fase inquisitorial, salvo raras exceções, como

12 “Com efeito, dispõe a autoridade policial, que comanda o inquérito policial, de discricionariedade, no sentido de escolher as medidas de investigação necessárias e pertinentes a fim de apurar o fato, que se apresenta como ilícito e típico. A falta de rito preestabelecido faz com que a sequência das investigações varie ao empuxo do resultado das diligências, que se sucedem.” (SAAD, 2004, p. 157).

ocorre nas chamadas cláusulas de reserva de jurisdição (prisões cautelares, interceptações telefônicas e algumas quebras de sigilo), de modo a preconizar a existência do sistema acusatório, cujo momento pré-processual restringe o cenário ao órgão acusador, ao indiciado e à polícia judiciária.

Durante a segunda metade do ano de 2019 houve intenso debate no parlamento brasileiro a respeito do projeto de lei Anticrime, apresentado como mecanismo de aperfeiçoamento das normas penais e processuais penais diante do clima de insatisfação social com a corrupção que assola o país.

Nos últimos dias do ano o Presidente da República sancionou a Lei n. 13.964/2019, com alguns vetos e, dentre as novidades da reforma, veio a lume a figura do juiz das garantias. Trata-se de uma nova figura orgânica da fisiologia do processo penal brasileiro, similar ao *giudice per le indagini preliminari* – GIP do sistema italiano e ao Juiz de Instrução de Portugal.

A novidade sempre desperta a desconfiança no imaginário do indivíduo. E, no campo jurídico, a regra se repete. Dentre as inúmeras críticas e elogios, talvez a previsão do juiz das garantias seja o tema que mais divida a comunidade nos dias de hoje.

O que se verifica são manifestações favoráveis à nova fisiologia de atuação do juiz na relação processual, pautada em uma ótica de aperfeiçoamento de garantias e construção de um processo de índole mais acusatória, em contraposição à crítica corporativa deduzida pela própria magistratura.

Não por outra é a razão de já termos quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ns. 6298, 6299, 6300 e 6305) ajuizadas, respectivamente pela Associação dos Magistrados Brasileiros, Partidos Podemos e Cidadania, Partido Social Liberal e CONAMP, questionando a constitucionalidade das novas disposições sobre o instituto.

Além das disposições sobre o juiz das garantias, a reforma trouxe a assertiva no art. 3º-A de que “o processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.

Apesar de o processo penal brasileiro optar pela estrutura acusatória, nunca houve norma expressa nesse sentido. Então, o art. 3º-A enfim determina que o processo penal seja amoldado sob uma estrutura acusatória, vedando-se ao juiz o exercício de iniciativas na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

A nova disposição procura estabelecer, legislativamente, dois paradigmas sempre advertidos pela doutrina: a opção de um modelo acusatório com divisão clara de funções e a decorrência de que em sistemas dessa natureza

o juiz deve procurar manter-se em uma posição de distância e neutralidade das partes.

Por isso, pensamos que o art. 3º-A revoga tacitamente a menção à iniciativa de ofício contida no *caput* do art. 156 e seu inciso I do Código de Processo Penal, quando faculta ao juiz ordenar, antes ou durante a ação penal, as provas consideradas urgentes e relevantes. O juiz, como sendo um personagem processual de salvaguarda de garantias não pode pender a balança para o prato da acusação e agir em substituição ao ator encarregado de coletar elementos para formação da culpa.

Ainda nessa linha de ideias, pensamos que o inciso II do art. 156 do CPP e o art. 209 também estariam acobertados por essa regra, mas antevemos controvérsias nesse ponto. De certa maneira, inclusive, argumentos favoráveis à iniciativa do juiz em tema de provas que partam do Ministério Público nos causam certa perplexidade.

Uma instituição da envergadura do *parquet*, com uma série de responsabilidades atribuídas pelo constituinte não deveria tolerar a atividade probatória realizada pelo juiz, em autêntica substituição ao seu atuar. O que se tem visto é que o Ministério Público é árduo defensor de suas funções perante outras instituições (o confronto da investigação direta com a polícia judiciária e a resistência à legitimidade da Defensoria Pública para a Ação Civil Pública) mas tolera a invasão judicial em tema de provas, quase como se tivesse a certeza de que sua atuação probatória nunca é suficiente, sendo necessário deixar “as portas abertas” para a atuação judicial suplementar.

A nosso ver, o art. 3º-A está inserido no Título I (Disposições Preliminares) do Livro I (Processo em geral) o que implicaria reconhecer que se trataria de uma regra estruturante do processo penal como um todo, ainda que sob a rubrica do juiz das garantias.

Notemos, todavia, que a posição topográfica, da forma como posta pelo legislador induziria também ao pensamento de que a regra da vedação à iniciativa probatória estaria circunscrita apenas ao juiz das garantias, enquanto que o juiz com função instrutória continuaria tendo liberdade para realizar atividade supletiva.

Em uma estrutura acusatória, com uma divisão clara de funções, a iniciativa probatória deve recair sobre as partes, cabendo ao juiz adotar uma postura de equidistância, tal como preconizado pelo art. 3º-A do CPP, conforme já expusemos linhas acima.

Quando a norma veda que o juiz se substitua à atividade probatória do órgão de acusação, parece-me claro que o legislador não quer que o juiz de instrução e julgamento determine durante a fase probatória ou antes de

proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. Havendo dúvida, o resultado natural é a absolvição pautada no art. 386, VII do CPP.

Com a divisão de funções e a vedação à iniciativa de ofício somada à impossibilidade de participar da fase de julgamento, reforça-se a certeza da imparcialidade do juiz na decisão da causa penal, por assegurar que a decisão se baseie, tão-somente em elementos colhidos sob o crivo do contraditório.

Essa linha de raciocínio, por exemplo, é encontrada na decisão cautelar na ADI 6298 MC/DF, quando o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Min. Dias Toffoli afirma que:

Tendo isso em vista, conclui-se que a instituição do “juiz das garantias” pela Lei no 13.964/2019 veio a reforçar o modelo de processo penal preconizado pela Constituição de 1988. Tal medida constitui um avanço sem precedentes em nosso processo penal, o qual tem, paulatinamente, caminhado para um reforço do modelo acusatório.

Em suma, parece-nos hoje não haver espaço para a atuação judicial em substituição ao ônus probatório das partes na ação penal e à atividade de arrecadação de elementos de formação do convencimento que ocorre na fase pré-processual.

A Câmara de Estudos Criminais e Processual Penal e a Câmara de Estudos de Execução Penal da Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais comunga de pensamento semelhante, como se observa do Enunciado n. 09: *O artigo 3º-A, do CPP, revogou tacitamente os dispositivos que dispõem sobre a possibilidade de produção probatória de ofício pelo juiz, notadamente o artigo 156, caput, parte final, e incisos I e II, e o artigo 209, todos do CPP.*

Importante notar, entretanto, que o Min. Fux, relator das ADIs mencionados nesse estudo, em direção oposta à decisão do Presidente do Supremo Tribunal Federal, determinou monocraticamente a suspensão do art. 3º-A do CPP.

Na sequência do art. 3º, encontramos outra grande novidade da lei, por meio da criação da figura de um Juiz das Garantias, cujo papel é o de exercer o “controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário”, como preconizado pelo seu art. 3º-B¹³.

13 Schünemann destaca que a criação de um sistema inquisitório com participação judicial possui aspectos favoráveis e desfavoráveis, principalmente sob a ótica da prevalência do ambiente policial: *“Concluyo con algunas observaciones breves sobre la preocupación ya*

Apesar de um rol extenso de competências, a realidade é que muitas das providências previstas no dispositivo do projeto já fazem parte do atual sistema processual penal, seja por previsão em leis esparsas, seja pela consolidação da própria jurisprudência e do princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Embora haja essa consolidação normativa, o projeto merece destaque em relação às atividades descritas nos incisos III, IV, VIII e X do art. 3º-B, por representarem novidades ao sistema processual, pois se referem ao dever de o juiz

zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença; ser informado da abertura de qualquer inquérito policial; prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso, em atenção às razões apresentadas pela autoridade policial; e requisitar documentos, laudos e informações da autoridade policial sobre o andamento da investigação.

A nova disciplina processual contempla a atividade de polícia judiciária e a iniciativa probatória da acusação em harmonia com o controle exercido pelo Poder Judiciário, relativo à legalidade do processo investigativo.

Na realidade, o propósito principal do juiz das garantias não tem foco na produção probatória, mas sim em outras duas questões que afligem os estudiosos da disciplina processual penal.

O primeiro deles é o de se evitar abusos e ilegalidades na condução da investigação, permitindo um controle da validade dos atos praticados. E, em segundo lugar, evita-se a contaminação do órgão jurisdicional, por meio da norma do 3º-D, que proíbe o magistrado participante da fase investigatória de prolatar atos decisórios na instrução processual.

Nota-se, portanto, que toda a investigação criminal (seja a realizada pela Polícia Judiciária, seja pelo Ministério Público) será objeto de controle sempre que houver a necessidade de verificação dos atos praticados e de suporte ao exercício de diligências que dependam de autorização judicial.

Isto não quer dizer que o juiz das garantias seja parte integrante da investigação criminal. Essa atividade se desenvolverá pelos seus respectivos protagonistas e quando houver a necessidade, intervirá o juiz das garantias,

mencionada al comienzo, que existe hoy em Alemania y que consiste en que justamente a través de los métodos modernos de investigación del servicio secreto, se ha tornado intolerable la preponderancia de la policía, de modo tal que el 'predominio policial' en el procedimiento de investigación comienza a destruir el tradicional carácter judicial del procedimiento." (SCHÜNEMANN, 2009, p. 480).

na forma de algum dos incisos do art. 3º-B do CPP. Há, então, a existência de duas funções processuais a serem exercidas pelo magistrado: a de juiz das garantias e a de juiz da instrução e julgamento.

Assim, são atos de competência do juiz das garantias: receber a comunicação imediata da prisão; receber o auto da prisão em flagrante para o controle da legalidade da prisão; zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença, a qualquer tempo; ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal; decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar; prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las, assegurado, no primeiro caso, o exercício do contraditório em audiência pública e oral; decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral; prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso; determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento; requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação; decidir sobre os requerimentos de: a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática ou de outras formas de comunicação; b) afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico; c) busca e apreensão domiciliar; d) acesso a informações sigilosas; e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado; julgar o *habeas corpus* impetrado antes do oferecimento da denúncia; determinar a instauração de incidente de insanidade mental; decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código; assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito outorgado ao investigado e ao seu defensor de acesso a todos os elementos informativos e provas produzidos no âmbito da investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento; deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia; decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação; outras matérias inerentes às atribuições definidas no *caput* do art. 3º-B do CPP.

O rol de competências do juiz das garantias não é exaustivo, como deixa claro o inciso XVIII do art. 3º-B do CPP, o que implica dizer que outras atividades relacionadas ao controle da investigação criminal ou à salvaguarda de direitos poderão ser exercidas pelo magistrado.

No art. 3º-E, por exemplo, há uma outra função atribuída ao juiz das garantias referente à necessidade de salvaguardar o cumprimento das regras para o tratamento dos presos, impedindo o acordo ou ajuste de qualquer autoridade com órgãos da imprensa para explorar a imagem da pessoa submetida à prisão, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e penal, dispositivo esse que se compatibiliza com a infração penal prevista no art. 13 da Lei n. 13.869/2019 (abuso de autoridade).

Seja no inquérito policial, investigação direta conduzida pelo Ministério Público ou CPI, sempre será possível a intervenção do Poder Judiciário para a salvaguarda de direitos próprios do imputado ou de terceiros que sejam alvo dessas investigações.

Entre pontos de coesão e diferenças, conclui-se que a atividade de investigação criminal se destina à apuração de fatos. A finalidade dessa apuração variará conforme o sujeito que a desempenha. É por essa razão que passaremos a analisar, com maior profundidade, cada uma das modalidades de investigação criminal existentes no Brasil.

Importante notar, entretanto, que o Min. Fux, relator das ADIs mencionados nesse estudo, em direção oposta à decisão do Presidente do Supremo Tribunal Federal, determinou monocraticamente a suspensão dos arts. 3º-B e 3º-F do CPP.

4.1.1 A investigação direta realizada pelo Ministério Público

A atividade de polícia judiciária desenvolvida no corpo do inquérito policial não é a única fonte de apuração inicial da infração penal, conforme exposto neste capítulo. Já há algum tempo o ordenamento jurídico brasileiro admite a iniciativa investigatória direta por parte do Ministério Público.

Sempre houve uma zona de instabilidade, uma verdadeira luta corporativa entre o Ministério Público e a Polícia travada desde o ano de 2006 e com desdobramentos até hoje. Um dos reflexos dessa rusga institucional foi a edição da Lei n.12.830/2013, que estabeleceu em seu art. 2º que as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.

O § 1º do referido dispositivo foi além e estabeleceu que “ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais”.

A leitura desses dispositivos nos levaria a concluir que houve uma tentativa do legislador de afastar o Ministério Público da seara investigativa. Porém,

o que resultou da normativa apontada foi apenas a definição de que a atividade de polícia judiciária pertenceria ao Estado, e nenhum outro organismo, que não fosse estatal, poderia realizar essa atividade.

Como expusemos alhures, é importante rememorar que atividade de polícia judiciária e investigação criminal são conceitos completamente diversos. A existência de uma limitação subjetiva a respeito da presidência do inquérito policial nas mãos do Delegado de Polícia não quer dizer que outros personagens estejam impedidos de realizar atos de investigação.

A investigação direta pelo Ministério Público é um tema intrigante afeto ao Direito Processual Penal brasileiro e gerou profunda divergência na jurisprudência e na doutrina, formando-se duas grandes correntes de pensamento. A primeira delas negou a possibilidade de investigação direta, enquanto a segunda admitiu a iniciativa investigatória.

A negativa do poder de investigação pelo MP se escoraria na leitura do art. 144 da Constituição Federal, quando prevê que a atividade de investigação estaria afeta à polícia judiciária (Polícia Civil e Federal). Na organização constitucional, portanto, o Ministério Público estaria incumbido do controle da atuação das atividades investigativas e deveria se manter afastado da produção dos indícios, de modo a formar adequadamente a sua *opinio delicti*.

André Mendes Machado sustenta em seu estudo sobre a investigação criminal defensiva que:

Ademais, se o Ministério Público presidir a instrução preliminar, a atividade investigatória penderá em favor da acusação, olvidando-se dos elementos relevantes para o imputado. Compreenda-se que o Ministério Público, como eventual parte acusadora, pode não dispor de imparcialidade suficiente para conduzir a primeira fase da persecução penal, podendo vir a causar prejuízos ao acusado e à sua defesa¹⁴.

Na doutrina aduz-se também que a investigação direta contribuiria para um cenário unilateral em prol da acusação, posto que:

Atribuir ao MP a direção da investigação preliminar significa dizer que a fase pré-processual não servirá para preparar o processo, informando à acusação, à defesa e também ao juiz, mas que será uma via de mão única: serve somente para a acusação. A defesa deverá diligenciar por si mesma, buscando e recolhendo elementos para convencer o juiz da improcedên-

14 (MACHADO, 2010, p. 43).

cia da acusação. Se no plano teórico isso seria inconcebível, no prático é absolutamente impossível, ainda mais se levarmos em consideração que, no Brasil, a maioria dos imputados é pobre, sem condições de contratar os serviços de um advogado e muito menos uma equipe capaz de diligenciar de forma independente¹⁵.

Em contrapartida a tal argumentação, registrou-se que o Ministério Público, em razão de poderes implícitos advindos da atribuição para titularizar a ação penal, estaria autorizado a realizar atividades investigativas por meios próprios. Emerson Garcia afirma nesse contexto que as atribuições constitucionais do *parquet* contêm autorização legal para a atividade de investigação¹⁶:

A não recepção do entendimento de que os poderes investigatórios em matéria criminal estão implícitos nas próprias atribuições outorgadas pela Constituição da República ao Ministério Público inviabilizaria, inclusive, a interpretação de inúmeros preceitos constitucionais e infraconstitucionais.

A iniciativa investigatória do Ministério Público foi encarada como uma reação a modelos inquisitoriais dos sistemas jurídicos em que o magistrado exercia a função de juiz instrutor, como era o caso do código Rocco na Itália. A figura de um órgão ministerial exercendo atos de investigação contribuiria para a melhor imparcialidade e neutralidade do órgão jurisdicional e do sistema acusatório¹⁷.

Nesse contexto, é de nosso pensamento que o debate sobre a parcialidade ou suposta imparcialidade do Ministério Público foge do escopo aqui tratado, visto que estamos a debater os poderes do órgão e não a qualidade subjetiva de seus membros.

São esclarecedoras as lições de Antonio Cabral quando traça a distinção entre imparcialidade e impartialidade. Explica o autor que:

Pensamos que a questão da imparcialidade não tem correlação necessária com o exercício de determinada função processual. Para desenvolver tal premissa, teceremos, logo em seguida, considerações acerca das diferenças entre a imparcialidade e a chamada impartialidade. Posteriormente, por impossibilidade de retornarmos a todas essas questões apresentadas inicial-

15 (LOPES JUNIOR; GLOECKNER, 2015, p. 165).

16 (GARCIA, 2014, p. 543).

17 “Manter o juiz alheio à investigação preliminar (invocando-o somente quando necessário para autorizar determinadas medidas restritivas) fortalece sua imparcialidade e aproxima a fase pré-processual da estrutura dialética do processo.” (LOPES JUNIOR; GLOECKNER, 2015, p. 157).

mente, examinaremos a questão da função do juiz na instrução probatória civil e a verdadeira justificativa do sistema acusatório no Processo Penal¹⁸.

A solução adotada pelo STF foi a de reconhecer a possibilidade de investigação direta pelo Ministério Público em julgado datado do ano de 2009¹⁹.

18 (CABRAL, 2007, p. 341).

19 MINISTÉRIO PÚBLICO E PODER INVESTIGATÓRIO – 1.

O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, pelos agentes de tal órgão, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos os advogados, sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado Democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos praticados pelos promotores de Justiça e procuradores da República. Com base nesse entendimento, a Turma indeferiu *habeas corpus* em que se alegava a nulidade de ação penal promovida com fulcro em procedimento investigatório instaurado exclusivamente pelo Ministério Público e que culminara na condenação do paciente, delegado de polícia, pela prática do crime de tortura. Inicialmente, asseverou-se que não estaria em discussão, por indisputável, a afirmativa de que o exercício das funções inerentes à Polícia Judiciária competiria, ordinariamente, às Polícias Civil e Federal (CF, art. 144, § 1º, IV, e § 4º), com exceção das atividades concernentes à apuração de delitos militares. Esclareceu-se que isso significaria que os inquéritos policiais – nos quais se consubstanciam, instrumentalmente, as investigações penais promovidas pela Polícia Judiciária – serão dirigidos e presididos por autoridade policial competente, e por esta, apenas (CPP, art. 4º, *caput*). Enfatizou-se, contudo, que essa especial regra de competência não impediria que o Ministério Público, que é o *dominus litis* – e desde que indique os fundamentos jurídicos legitimadores de suas manifestações – determinasse a abertura de inquéritos policiais, ou, então, requisitasse diligências investigatórias, em ordem a prover a investigação penal, conduzida pela Polícia Judiciária, com todos os elementos necessários ao esclarecimento da verdade real e essenciais à formação, por parte do representante do *Parquet*, de sua *opinio delicti*. Consignou-se que a existência de inquérito policial não se revelaria imprescindível ao oferecimento da denúncia, podendo o Ministério Público, desde que disponha de elementos informativos para tanto, deduzir, em juízo, a pretensão punitiva do Estado. Observou-se que o órgão ministerial, ainda quando inexistente qualquer investigação penal promovida pela Polícia Judiciária, poderia, assim mesmo, fazer instaurar, validamente, a pertinente persecução criminal. Em seguida, assinalou-se que a eventual intervenção do Ministério Público, no curso de inquéritos policiais, sempre presididos por autoridade policial competente, quando feita com o objetivo de complementar e de colaborar com a Polícia Judiciária, poderá caracterizar o legítimo exercício, por essa Instituição, do poder de controle externo que lhe foi constitucionalmente deferido sobre a atividade desenvolvida pela Polícia Judiciária. Tendo em conta o exposto, reputou-se constitucionalmente lícito, ao *Parquet*, promover, por autoridade própria, atos de investigação penal, respeitadas – não obstante a unilateralidade desse procedimento investigatório – as limitações que incidem sobre o Estado, em tema de persecução penal. Realçou-se que essa unilateralidade das investigações preparatórias da ação penal não autoriza o Ministério Público – tanto quanto a própria

Diante da controvérsia sobre o tema, a investigação direta voltou à pauta do tribunal no ano de 2015 e o entendimento foi confirmado, inclusive com a expressa menção de que a investigação direta realizada pelo Ministério Público dependeria da observância das limitações aos direitos fundamentais, notadamente aos casos em que a Constituição exige autorização judicial para a flexibilização da privacidade do cidadão e às prerrogativas dos advogados²⁰.

Polícia Judiciária – a desprezitar as garantias jurídicas que assistem ao suspeito e ao indiciado, que não mais podem ser considerados meros objetos de investigação. Dessa forma, aduziu-se que o procedimento investigatório instaurado pelo Ministério Público não interfere nem afeta o exercício, pela autoridade policial, de sua irrecusável condição de presidente do inquérito policial, de responsável pela condução das investigações penais na fase pré-processual da *persecutio criminis* e do desempenho dos encargos típicos inerentes à função de Polícia Judiciária.

Ponderou-se que a outorga de poderes explícitos, ao Ministério Público (CF, art. 129, I, VI, VII, VIII e IX), supõe que se reconheça, ainda que por implicitude, aos membros dessa instituição, a titularidade de meios destinados a viabilizar a adoção de medidas vocacionadas a conferir real efetividade às suas atribuições, permitindo, assim, que se confira efetividade aos fins constitucionalmente reconhecidos ao Ministério Público (teoria dos poderes implícitos). Não fora assim, e desde que adotada, na espécie, uma indevida perspectiva reducionista, esvaziaria-se-iam, por completo, as atribuições constitucionais expressamente concedidas ao Ministério Público em sede de persecução penal, tanto em sua fase judicial quanto em seu momento pré-processual. Afastou-se, de outro lado, qualquer alegação de que o reconhecimento do poder investigatório do Ministério Público poderia frustrar, comprometer ou afetar a garantia do contraditório estabelecida em favor da pessoa investigada. Nesse sentido, salientou-se que, mesmo quando conduzida, unilateralmente, pelo Ministério Público, a investigação penal não legitimaria qualquer condenação criminal, se os elementos de convicção nela produzidos – porém não reproduzidos em juízo, sob a garantia do contraditório – fossem os únicos dados probatórios existentes contra a pessoa investigada, o que afastaria a objeção de que a investigação penal, quando realizada pelo Ministério Público, poderia comprometer o exercício do direito de defesa. Advertiu-se, por fim, que à semelhança do que se registra no inquérito policial, o procedimento investigatório instaurado pelo Ministério Público deverá conter todas as peças, termos de declarações ou depoimentos e laudos periciais que tenham sido coligidos e realizados no curso da investigação, não podendo o membro do *Parquet* sonegar, selecionar ou deixar de juntar, aos autos, qualquer desses elementos de informação, cujo conteúdo, por se referir ao objeto da apuração penal, deve ser tornado acessível à pessoa sob investigação (HC nº 89.837/DF, rel. Min. Celso de Mello, 20.10.2009).

20 Ministério Público e investigação criminal – 20

O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os advogados (Lei 8.906/1994, art. 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do

Consequentemente, o Conselho Nacional do Ministério Público editou atos normativos regulando a atividade de investigação, como foi o caso da pioneira Resolução 13/2006, primeira a disciplinar a investigação direta, sendo o referido ato normativo substituído por outro no ano de 2017.

Com a edição da Resolução 181/2017, buscou o CNMP modernizar a sua regra antecedente (Resolução 13/2006), incorporando novos institutos à atividade investigativa do *parquet*. O próprio ato normativo define a investigação direta desenvolvida pelo Ministério Público como instrumento sumário e desburocratizado de natureza administrativa e investigatória. Por razões óbvias, a sua instauração recai ao membro do Ministério Público com atribuição criminal.

O escopo dessa atividade restringe-se à apuração da ocorrência de infrações penais de iniciativa pública, servindo como instrumento preparatório

permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Enunciado 14 da Súmula Vinculante), praticados pelos membros dessa Instituição. Com base nessa orientação, o Plenário, em conclusão de julgamento e por maioria, negou provimento a recurso extraordinário em que discutida a constitucionalidade da realização de procedimento investigatório criminal pelo Ministério Público. No caso, o acórdão impugnado dispusera que, na fase de recebimento da denúncia, prevaleceria a máxima “in dubio pro societate”, oportunidade em que se possibilitaria ao titular da ação penal ampliar o conjunto probatório. Sustentava o recorrente que a investigação realizada pelo “parquet” ultrapassaria suas atribuições funcionais constitucionalmente previstas — v. Informativos 671, 672 e 693. O Tribunal asseverou que a questão em debate seria de grande importância, por envolver o exercício de poderes por parte do Ministério Público. A legitimidade do poder investigatório do órgão seria extraída da Constituição, a partir de cláusula que outorgaria o monopólio da ação penal pública e o controle externo sobre a atividade policial. O “parquet”, porém, não poderia presidir o inquérito policial, por ser função precípua da autoridade policial. Ademais, a função investigatória do Ministério Público não se converteria em atividade ordinária, mas excepcional, a legitimar a sua atuação em casos de abuso de autoridade, prática de delito por policiais, crimes contra a Administração Pública, inércia dos organismos policiais, ou procrastinação indevida no desempenho de investigação penal, situações que, exemplificativamente, justificariam a intervenção subsidiária do órgão ministerial. Haveria, no entanto, a necessidade de fiscalização da legalidade dos atos investigatórios, de estabelecimento de exigências de caráter procedimental e de se respeitar direitos e garantias que assistiriam a qualquer pessoa sob investigação — inclusive em matéria de preservação da integridade de prerrogativas profissionais dos advogados, tudo sob o controle e a fiscalização do Poder Judiciário. Vencidos os Ministros Cezar Peluso (relator), Ricardo Lewandowski (Presidente) e Dias Toffoli, que davam provimento ao recurso extraordinário e reconheciam, em menor extensão, o poder de investigação do Ministério Público, em situações pontuais e excepcionais; e o Ministro Marco Aurélio, que dava provimento ao recurso, proclamando a ilegitimidade absoluta do Ministério Público para, por meios próprios, realizar investigações criminais. RE 593727/MG, rel. orig. Min. Cezar Peluso, red. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, 14.5.2015. (RE-593727)

para o juízo de valor por ocasião da instauração da ação penal, como define o art. 1º do ato normativo.

Nota-se, portanto, que, apesar de intervir nas ações penais privadas, mesmo não sendo ordinariamente legitimado, o Ministério Público fecha suas portas para a atividade investigativa em prol de infrações penais de iniciativa do querelante, cabendo a esse contar com o suporte da polícia judiciária para o fornecimento de indícios de materialidade e autoria que deem embasamento a queixa-crime.

A Resolução 181/2017 contém uma série de regras a respeito da documentação dos atos investigativos e das diligências a serem realizadas pelo membro do Ministério Público encarregado da investigação.

Dentre elas, a norma administrativa, que reproduz trechos das leis que regulam o Ministério Público, permite: a) fazer ou determinar vistorias, inspeções e quaisquer outras diligências, inclusive em organizações militares; b) requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades, órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; c) requisitar informações e documentos de entidades privadas, inclusive de natureza cadastral; d) notificar testemunhas e vítimas e requisitar sua condução coercitiva, nos casos de ausência injustificada, ressalvadas as prerrogativas legais; e) acompanhar buscas e apreensões deferidas pela autoridade judiciária; f) acompanhar o cumprimento de mandados de prisão preventiva ou temporária deferidos pela autoridade judiciária; g) expedir notificações e intimações necessárias; h) realizar oitivas para colheita de informações e esclarecimentos; i) ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública; j) requisitar auxílio de força policial.

Importante observar que o poder investigatório do Ministério Público não o autorizaria a, diretamente, requisitar informações protegidas sob sigilo constitucional, independentemente de autorização judicial²¹, com exceção da

21 SIGILO FISCAL. QUEBRA. MP. IMPOSSIBILIDADE.

A Turma reiterou o entendimento de que o Ministério Público, no uso de suas prerrogativas institucionais, não está autorizado a requisitar documentos fiscais e bancários sigilosos diretamente ao Fisco e às instituições financeiras, sob pena de violar os direitos e garantias constitucionais de intimidade da vida privada dos cidadãos. Somente quando precedida da devida autorização judicial, tal medida é válida. Assim, a Turma concedeu a ordem para determinar o desentranhamento dos autos das provas decorrentes da quebra do sigilo fiscal realizada pelo Ministério Público sem autorização judicial, cabendo ao magistrado de origem verificar quais outros elementos de convicção e decisões proferidas na ação penal em tela e na medida cautelar de sequestro estão

hipótese em que se investigue o patrimônio público²². Entretanto, esse aspecto da requisição é um tema ainda não pacificado na jurisprudência, especialmente se observados os recentes julgamentos do Supremo Tribunal Federal e o reconhecimento da constitucionalidade do art. 6º da LC n. 105/2001.

Do mesmo modo, a própria Resolução n. 181/2017 veda a realização de investigação criminal em desfavor de magistrados, considerando que a competência para apuração preliminar de infrações criminais é do próprio tribunal, diante da prerrogativa prevista no art. 33, parágrafo único, da Lei Complementar n. 35/1979.

No campo prático, trazemos como exemplo a estrutura do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. O Procurador-Geral de Justiça tem a sua disposição a chamada Coordenadoria de Segurança e Inteligência – CSI, órgão diretamente subordinado ao seu gabinete, atualmente regulamentado pela Resolução n. 2.234/2018, cuja composição envolve a figura de Coordenador e Subcoordenador, servidores civis e militares, integrantes ou não do Quadro Permanente de Serviços Auxiliares da instituição.

A Coordenadoria é segmentada em várias Assessorias e Divisões, todas elas destinadas a prestar suporte em áreas de inteligência, segurança institucional e pessoal, além da análise de evidências digitais e tecnológicas, tudo no contexto de repressão à lavagem de dinheiro e à corrupção.

O aspecto de interlocução desse órgão do Ministério Público do Rio de Janeiro o faz manter permanente relação com os demais Ministérios Públicos, Forças Armadas, Agência Brasileira de Inteligência, Polícia Federal, Secretaria de Estado de Segurança, Polícias Civis e Militares dos Estados, Secretaria de Estado de Administração Penitenciária, Conselho de Controle de Atividades Financeiras, Grupo de Ação Financeira Internacional, Laboratórios de Lavagem de Dinheiro e Combate à Corrupção, Ministério da Justiça e Secretaria de Direito Econômico, Agência Nacional do Petróleo, entre outros órgãos congêneres.

Estruturalmente, a Coordenação de Segurança e Inteligência possui braços dedicados a evidências digitais e tecnologia, laboratório de lavagem de dinheiro e combate à corrupção, além da inteligência cibernética, cujos objetivos passam por: prestar apoio em serviços de identificação biométrica, transcrição, textualização e análise de conteúdo de arquivos de áudio e vídeo,

contaminados pela ilicitude ora reconhecida. HC 160.646-SP, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 1º/9/2011.

22 STJ. 5ª Turma. HC 308.493-CE, j. em 20/10/2015.

arquivos computacionais, celulares e dados eletrônicos; assistência pericial na elaboração de laudos ou esclarecimentos técnicos, bem como na formulação de perguntas ou quesitos, sobre dados, materiais tecnológicos ou de informática apreendidos; analisar dados e elaborar relatórios de vínculos sobre as atividades relacionadas com investigação financeira, evolução patrimonial e dados financeiros obtidos por meio do afastamento de sigilo fiscal, bancário e bursátil, entre outras providências.

Além da CSI, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro conta com uma estrutura de suporte bastante avançada, por meio do Grupo de Apoio Técnico Especializado (GATE), do Grupo de Apoio às Promotorias (GAP) e dos Técnicos de Notificação e Atos Intimatórios (TNAI) no âmbito de cada Centro Regional de Apoio Administrativo e Institucional²³.

O GATE é composto por peritos e profissionais técnicos nas áreas de atuação e interesse do Ministério Público, designados pelo Procurador-Geral de Justiça, cabendo, na forma dos arts. 29 e 30 da Resolução n. 1.531, de 6 de agosto de 2009: 1 – elaborar estudo social e psicológico de criança, adolescente, idoso, portador de deficiência ou outras pessoas sujeitas a situações de risco ou de interesse do Ministério Público; 2 – elaborar laudos técnicos e periciais; 3 – realizar visitas, inspeções e fiscalizações; 4 – prestar integral apoio técnico ao membro do Ministério Público no exercício de suas funções; 5 – exercer as tarefas inerentes à respectiva atividade profissional, quando requisitado pelo membro do Ministério Público no exercício de suas funções.

Por sua vez, o GAP é um órgão integrado por servidores civis e militares, integrantes ou não do Quadro de Serviços Auxiliares da Instituição, designados mediante procedimento descrito no art. 31 da Resolução n. 1.531/2009.

Cada GAP estabelecido no âmbito dos respectivos Centros Regionais de Apoio possui um supervisor com organização prevista no art. 32 da Resolução mencionada, cabendo a ele coordenar as atividades e diligências solicitadas pelos membros do MP.

O art. 33 do ato normativo interno do *parquet* fluminense elenca as atividades a serem desempenhadas pelo órgão, dentre elas: 1 – identificar e localizar pessoas; 2 – conduzir e proteger testemunhas, caso seja inconveniente ou impossível o cumprimento da medida pelos órgãos de segurança pública; 3 – realizar condução coercitiva; 4 – realizar diligências investigatórias, fiscalizações e inspeções; 5 – cumprir mandados de prisão; 6 – cumprir mandados

23 Os dois primeiros grupos correspondem a órgãos de assessoramento, enquanto que o Técnico de Notificações é uma carreira do quadro de apoio da instituição fluminense.

de busca e apreensão, inclusive de adolescentes infratores; 7 – realizar medições sonoras; 8 – realizar consultas junto a órgãos de inteligência e pesquisa na busca de dados sobre pessoas ou fatos; 9 – criar e manter atualizado banco de dados com as diligências investigatórias já realizadas; 10 – acompanhar os membros do Ministério Público e servidores no cumprimento de diligências em áreas ou situações de risco; 11 – prestar apoio à CSI e ao Coordenador Regional nas alterações do quadro de agentes do GAP; 12 – prover a segurança pessoal de membro do Ministério Público em situação de risco decorrente de sua atividade, desde que em virtude de determinação expressa do Coordenador Regional e da CSI.

A criação de um quadro de apoio no âmbito do Ministério Público para a realização de atos de comunicação é também um grande facilitador do exercício da atividade de investigação. O art. 37 da Resolução n. 1.531/2009 descreve como atividades desses técnicos: 1 – realizar notificações, intimações e conduções; 2 – expedir certidões; 3 – cumprir ordens de entrega ou arrecadação de material; 4 – cumprir ordens de verificação que tenham por objetivo pesquisar ou detalhar endereços e constatar fatos relevantes, desde que, para tanto, não seja necessário o emprego de técnicas de investigação e inteligência; 5 – entregar ofícios ou outros expedientes.

Batizadas com outros nomes e siglas, encontramos estruturas orgânicas semelhantes nos demais Ministérios Públicos das unidades federativas, o que revela o crescente aparelhamento estatal do *parquet* no desempenho de sua investigação criminal.

4.1.1.1 O “duty to disclosure” na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Com o poder investigatório reconhecido, naturalmente o Ministério Público assume funções decorrentes da sua fisionomia institucional. Ainda que não seja um sujeito imparcial, o Ministério Público age em nome da sociedade, buscando a apuração do fato criminoso e não a satisfação de interesses da vítima.

Essa conformação constitucional do *parquet* significa que quando apura um fato, há um dever institucional de compartilhar todo o material que possa ser aproveitado, ou melhor, de interesse do investigado e de sua defesa técnica, devendo evitar o uso de qualquer expediente destinado a ocultação de informações.

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de se manifestar sobre o “*duty to disclosure*” no processo penal, a partir do julgamento do RHC114.683, da Rel. do Min. Rogerio Schietti.

APÊNDICE D

– MODELOS DE DOCUMENTAÇÃO DE ATOS DE INVESTIGAÇÃO DEFENSIVA

D.1 – Modelo de termo de declarações prestado ao defensor

TERMO DE COLETA DE DEPOIMENTO

Procedimento n. XXXXX

Aos dez dias do mês de abril de 2017, às 10h30min, nas dependências do gabinete da DP junto à 2ª Vara Criminal da Comarca de Cabo Frio, sito à Av. Min. Gama Filho, s/n., Braga, Cabo Frio, Rio de Janeiro, na presença do Defensor Público Franklyn Roger Alves Silva e do Técnico Superior Jurídico XYZ, este último secretariando o ato, compareceu a Sra. NATASHA ROMANOFF (qualificação) e declarou: “que conhece o acusado TONY STARK há quatro anos e que no dia do fato descrito na denúncia o mesmo prestava serviços em sua firma; que não prestou depoimento em sede de inquérito policial e na audiência de instrução e julgamento porque estava fora do país, tendo retornado há 2 (duas) semanas; que os ex-empregados de sua firma também podem confirmar a presença de TONY no dia dos fatos; que nessa oportunidade indica os Srs. STEVES ROGERS E PETER PARKER como testemunhas referidas

Nada mais havendo, foi o presente termo encerrado, às 11h10min, com a coleta das assinaturas dos presentes.

FRANKLYN ROGER ALVES SILVA
DEFENSOR PÚBLICO

NATASHA ROMANOFF
DECLARANTE

D.2 – Modelo de exame de local pela defesa

RELATÓRIO DE DILIGÊNCIAS

Processo n. XXXXX

Acusado: XXXXXXXXX

PARTICIPANTES:

Franklyn Roger – Defensor Público Substituto

XXXXXXXXX – Técnico Superior Jurídico

LOCAL DA DILIGÊNCIA:

Mercado xyz, sito à Rua XXXXX, Bairro, XXXXX, Cabo Frio, Rio de Janeiro.

Trata-se de um pequeno mercado próximo à Rodovia, com rua de nome XYZ, mas com indicação também de Rua XPTO.

O mercado se situa próximo a um borracheiro e uma mecânica e mais a frente há uma padaria e salão de beleza. Parte da rua é asfaltada com paralelepípedos.

OBJETIVOS:

Identificar o local do crime e verificar a subsistência de vestígios do ocorrido.

MÉTODO:

Registro fotográfico do local do crime; entrevista com o proprietário e a funcionária que se encontravam no estabelecimento alvo; entrevista com locais que se encontravam em um salão de beleza e uma padaria próximos ao estabelecimento

DINÂMICA:

Chegando no local fomos recepcionados pelo proprietário do estabelecimento. O mesmo afirmou que não tem o hábito de frequentar diariamente o local, mas relatou que sabia do incidente ocorrido em 10 de dezembro de 2015, apesar de também não estar presente no dia do referido fato.

Perguntado se foi localizada alguma marca de disparo de arma, respondeu de forma negativa, franqueando o acesso ao estabelecimento e permitindo a realização de fotografias do local.

Narrou que conhecia o acusado e sua família, pois moravam em frente ao estabelecimento, mas não manteve contato com nenhum deles.