

BRUNO FREIRE DE CARVALHO CALABRICH

**INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO:
FUNDAMENTOS E LIMITES CONSTITUCIONAIS**

Dissertação apresentada ao programa de Mestrado em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais, como requisito parcial para obtenção do grau de mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Carlos Henrique Bezerra Leite

Vitória
2006

Calabrich, Bruno Freire de Carvalho.

Título: Investigação criminal pelo Ministério Público: fundamentos e limites constitucionais.

nº de folhas: 236.

Orientador: Carlos Henrique Bezerra Leite.

Dissertação (mestrado) – Faculdade Direito de Vitória

1. Direito. Ministério Público. Investigação criminal. Direitos e garantias fundamentais. I Leite, Carlos Henrique Bezerra. II - Faculdade Direito de Vitória. III Título

BRUNO FREIRE DE CARVALHO CALABRICH

**INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO:
FUNDAMENTOS E LIMITES CONSTITUCIONAIS**

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Carlos Henrique Bezerra Leite
Orientador

Professor(a) Doutor(a)

Professor(a) Doutor(a)

Vitória, _____ de _____ de 2006.

Aos amigos promotores, advogados, juízes e delegados que, apesar dos dissabores, não perderam a capacidade de se indignar;

a minhas irmãs, Aknar e Carolina, pelo amor;

e a meus pais, Lia e Jorge, a quem devo tudo, dedico este trabalho.

A todos os Procuradores da República, servidores e estagiários com quem tive e tenho a honra de trabalhar na Procuradoria da República no Estado do Espírito Santo, pelas lições de profissão e de vida;

ao Doutor Carlos Henrique Bezerra Leite, orientador desta monografia, exemplo de professor e de membro do Ministério Público;

e à comunidade brasileira de software livre, pela disponibilização da ferramenta BrOffice.org, com a qual foi redigida a presente dissertação, meus sinceros agradecimentos.

“Uma vida sem investigação não é digna de ser vivida.”

Platão, Apologia de Sócrates, 38a.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a compatibilidade entre as funções e a natureza do Ministério Público com a atividade da investigação criminal, conforme o modelo processual penal brasileiro, e identificar os limites constitucionalmente impostos a essa atividade. Assentado no aporte teórico do garantismo de Luigi Ferrajoli, o estudo desenvolvido emprega o método hipotético-dedutivo e, como técnica, a pesquisa bibliográfica e documental, com destacada atenção a decisões do Supremo Tribunal Federal proferidas desde 1988 referentes às nominadas cláusulas de reserva jurisdicional. Nesta dissertação são apresentados os princípios norteadores e principais características dos sistemas acusatório, misto e inquisitivo, para em seguida ser estudada a investigação criminal, apontando seu conceito, sua finalidade, seus destinatários e suas espécies. Discorre-se sobre a investigação criminal no Brasil, examinando o papel das polícias e de outros órgãos do Estado e expondo, na mesma esteira, os argumentos favoráveis e contrários à investigação criminal pelo Ministério Público. Após um estudo sobre os direitos e garantias fundamentais incidentes na investigação criminal, procura-se estabelecer a real função do Juiz em tal atividade, confrontando-a com a função a ser desempenhada pelo Ministério Público. Ao cabo, conclui-se pela possibilidade da investigação criminal direta pelo Ministério Público, sendo essa atribuição limitada abstratamente pelas cláusulas de reserva jurisdicional e, concretamente, pelos princípios da legalidade, da eficiência, da fundamentação, da proporcionalidade e do promotor natural. Em arremate, faz-se um sinóptico apanhado das medidas investigatórias em espécie e sua execução pelo Ministério Público, cotejando-as com os limites constitucionais antes analisados.

Palavras-chave: Ministério Público; persecução penal; investigação criminal; instrução preliminar; cláusulas de reserva jurisdicional; direitos e garantias fundamentais.

ABSTRACT

The goal of the present work is to analyse the compatibility between the functions and nature of the public prosecution service and the practice of criminal investigation, according to the Brazilian criminal procedure model, and identify the constitutionally imposed limits to this practice. Established on the theoretical basis of Luigi Ferrajoli's *guarantism*, the developed study applies the hypothetical-deductive method and, as a technique, the bibliographical and documental research, devoting special attention to the Brazilian's Supreme Court decisions pronounced since 1988 referring to the nominated *clauses of jurisdictional reserve*. This essay presents the principles and main characteristics of the accusatory, hybrid and inquisitive criminal procedure models, so that the criminal investigation can be studied, indicating its concept, its purpose, its addressees and its types. It discourses about the criminal investigation in Brazil, examining the role of the police and other agencies of the State and exposing the favorable and discordant arguments to the criminal investigation by the public prosecution service. After a study about the rights and fundamental guarantees incident on the criminal investigation, it's possible to establish the real duty of the Judge on that activity, confronting it with the function to be fulfilled by the public prosecutors. It is concluded to the possibility of the direct criminal investigation performed by the public prosecution service, being that attribution limited by the *clauses of jurisdictional reserve* and, substantially, by the principles of legality, efficiency, grounding, proportionality and natural prosecutor. Lastly, it is presented a summary of investigational acts and its execution by the public prosecution service, under the approach of the constitutional limits analysed before.

Keywords: public prosecution service; prosecution; criminal investigation; preliminary instruction; clauses of jurisdictional reserve; rights and fundamental guarantees.

SUMÁRIO

RESUMO	07
ABSTRACT	08
INTRODUÇÃO	16
1 OS MODELOS PROCESSUAIS PENAI	21
1.1 BREVE ESCORÇO HISTÓRICO.....	21
1.2 PRINCÍPIOS E SISTEMAS PROCESSUAIS PENAI	28
1.3 MODELO INQUISITIVO.....	30
1.4 MODELO ACUSATÓRIO.....	32
1.5 MODELO MISTO.....	34
1.6 DISTINÇÃO ENTRE OS MODELOS.....	36
1.7 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E OS MODELOS PROCESSUAIS PENAI	38
2 INVESTIGAÇÃO	43
2.1 CONCEITO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL.....	43
2.2 FINALIDADE E DESTINATÁRIOS DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL.....	50
2.3 INVESTIGAÇÕES ESTATAIS E PRIVADAS.....	56
2.4 INVESTIGAÇÕES ESTATAIS DIRETAS E INDIRETAS (OU INCIDENTAIS).....	61
2.5 A INVESTIGAÇÃO EM CADA MODELO PROCESSUAL PENAL.....	63
2.6 A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM OUTROS PAÍSES.....	65
2.7 DO RETORNO AO MODELO ACUSATÓRIO E DA INVESTIGAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO TENDÊNCIAS DO PROCESSO PENAL.....	70

3 O MODELO INVESTIGATÓRIO BRASILEIRO E A INVESTIGAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	72
3.1 O MODELO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO E A INVESTIGAÇÃO PELA POLÍCIA.....	72
3.2 VANTAGENS E DESVANTAGENS DA INVESTIGAÇÃO PELA POLÍCIA.....	7
7	
3.3 A INEXISTÊNCIA DE MONOPÓLIO DA POLÍCIA PARA A REALIZAÇÃO DE INVESTIGAÇÕES.....	79
3.4 A INVESTIGAÇÃO POR ÓRGÃOS DIVERSOS DA POLÍCIA.....	86
3.5 A ATRIBUIÇÃO INVESTIGATÓRIA COMO DECORRÊNCIA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	93
3.6 A ATRIBUIÇÃO INVESTIGATÓRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	96
3.6.1 Outros argumentos favoráveis e contrários à investigação pelo Ministério Público no Brasil.....	104
3.6.2 Vantagens e desvantagens da investigação direta pelo Ministério Público no Brasil.....	112
4 GARANTISMO E INVESTIGAÇÃO CRIMINAL.....	118
4.1 O GARANTISMO DE LUIGI FERRAJOLI.....	118
4.2 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL.....	126
4.3 A POSIÇÃO DO JUIZ NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL.....	133
4.3.1 O distanciamento do Juiz e imparcialidade.....	134
4.3.2 O distanciamento do Juiz e a função de <i>garante</i>.....	137
4.4 OPORTUNIDADE E INSTRUMENTOS DE CONTROLE JUDICIAL DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL.....	139
5 AS CLÁUSULAS DE RESERVA JURISDICIONAL.....	142
5.1 POSIÇÃO DA DOCTRINA.....	143
5.2 POSIÇÃO DO STF.....	147

5.3 ABRANGÊNCIA DA RESERVA JURISDICIONAL NO BRASIL.....	151
5.4 FUNDAMENTOS AXIOLÓGICOS DAS CLÁUSULAS DE RESERVA JURISDICIONAL.....	154
5.4.1 Interceptação de comunicações telefônicas	154
5.4.2 Busca e apreensão domiciliar	158
5.4.3 Prisões	160
5.4.4 Medidas cautelares em geral	161
6 LIMITES CONSTITUCIONAIS AOS PODERES INVESTIGATÓRIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO	164
6.1 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA E AS CLÁUSULAS DE RESERVA DE JURISDIÇÃO.....	164
6.2 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA.....	165
6.3 PRINCÍPIO DA FUNDAMENTAÇÃO.....	168
6.4 PRINCÍPIO OU MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE.....	171
6.5 PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL.....	173
6.6 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA (EM RELAÇÃO ÀS NORMAS DE DIREITO PENAL E DE PROCESSO PENAL).....	175
6.7 SÍNTESE DOS LIMITES AOS PODERES INVESTIGATÓRIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	177
7 DAS MEDIDAS INVESTIGATÓRIAS EM ESPÉCIE E SUA COMPATIBILIDADE COM A INVESTIGAÇÃO DIRETA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO	179
7.1 DEPOIMENTOS PESSOAIS.....	179
7.2 ACAREAÇÕES E RECONHECIMENTO DE COISAS E PESSOAS.....	18
1	
7.3 REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÕES, DOCUMENTOS E PERÍCIAS.....	181
7.4 DADOS SIGILOSOS E SUA REQUISIÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	183
7.4.1 Dados fiscais	185

7.4.2 Dados bancários ou financeiros.....	187
7.4.3 Dados cadastrais.....	192
7.5 INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS.....	193
7.5.1 Dados cadastrais das operadoras de telefonia.....	194
7.5.2 Informações sobre ligações e mensagens efetuadas e recebidas (“conta reversa”).....	195
7.6 AÇÃO CONTROLADA E INFILTRAÇÃO DE AGENTES.....	196
7.7 CAPTAÇÃO E INTERCEPTAÇÃO AMBIENTAL.....	198
CONCLUSÃO.....	201
REFERÊNCIAS.....	217

SIGLAS E ABREVIATURAS

ACR – Apelação criminal

ADEPOL – Associação dos Delegados de Polícia

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

Ag. - Agravo

AJURIS – Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul

ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária

BACEN – Banco central

CF – Constituição Federal

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CNPJ – Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas

COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras

Conjur – Revista Consultor Jurídico

CPI – Comissão Parlamentar de Inquérito

CPF – Cadastro Nacional de Pessoas Físicas

CPMI – Comissão àrlamentar Mista de Inquérito

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CPPP – Código de Processo Penal Português

CPPI – Código de Processo Penal Italiano

CRP – Constituição da República Portuguesa

CSMPF – Conselho Superior do Ministério Público Federal

CTN – Código Tributário Nacional

CVM – Comissão de Valores Mobiliários

DECIF – Departamento de Combate a Ilícitos Cambiais e Financeiros

DJ – Diário da Justiça

DJU – Diário de Justiça da União

DO – Diário Oficial

DOU – Diário Oficial da União

DPF – Departamento de Polícia Federal

ESPEI – Escritório de Pesquisa e Investigação da Receita Federal

EUA – Estados Unidos da América

FBI – Federal Bureau of Investigations

HC – *Habeas corpus*

IBAMA – Instituto Brasileiro do Meio Ambiente

IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

IEMA – Instituto Estadual do Meio Ambiente

INSS – Instituto Nacional do Seguro Social

Interpol – International Criminal Police Organization

LC – Lei Complementar

LOMPU – Lei Orgânica do Ministério Público da União

LOMAN – Lei Orgânica da Magistratura Nacional

MC – Medida Cautelar

MJ – Ministério da Justiça

MP – Ministério Público

MPF – Ministério Público Federal

MPT – Ministério Público do Trabalho

MPU – Ministério Público da União

MS – Mandado de segurança

PF – Polícia Federal

PGFN – Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

PGR – Procuradoria-Geral da República

PGT – Procuradoria-Geral do Trabalho

RE – Recurso extraordinário

RESP – Recurso especial

RHC – Recurso ordinário em *habeas corpus*

RT – Revista dos Tribunais

SERASA – Centralização dos Serviços Bancários S/A

SERPRO – Serviço Federal de Processamento de Dados

SRF – Secretaria da Receita Federal

SPC – Serviço Nacional de Proteção ao Crédito

StPO – Código de Processo Penal Alemão (*strafprozeßordnung*)

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

SUS – Sistema Único de Saúde

TJ – Tribunal de Justiça

TRF – Tribunal Regional Federal

v.u. - Votação unânime

INTRODUÇÃO

A evolução da dinâmica social, no seio da qual afloram diversas formas de criminalidade, ao mesmo tempo em que demanda a eficiência da atividade persecutória penal (do ponto de vista do sancionamento dos responsáveis), demanda também um sistema de proteção efetiva dos direitos fundamentais dos investigados e acusados. Especificamente no que interessa à atividade persecutória pré-processual, que aqui se trata por instrução preliminar ou, simplesmente, investigação criminal, a criminalidade hodierna põe como um grande desafio aos estudiosos e aplicadores do direito a solução da grave tensão entre *eficiência* e *respeito aos direitos fundamentais*.

Com efeito, não só a violência urbana mas, sobretudo, as novas formas de criminalidade, que se distinguem da criminalidade tradicional, entre outros aspectos, pelo uso da tecnologia, da organização empresarial com infiltração no corpo estatal e por métodos de inteligência de contra-inteligência em constante aprimoramento, demandam do Estado, por meio de seus órgãos incumbidos da segurança pública e da persecução penal, uma postura profissional e ativa, de modo a promover o justo sancionamento dos responsáveis e a coibir a prática de novos ilícitos. Ao mesmo tempo, exige-se desses órgãos o pleno respeito aos direitos fundamentais de qualquer investigado ou acusado, sem o que não se poderá falar em eficiência, mas em arbítrio.

A eficiência da atividade persecutória, paralelamente ao dever de obediência aos direitos fundamentais, pressupõe a identificação dos entes que, num Estado Democrático de Direito, legitimam-se à investigação criminal. Pressupõe, também, a delimitação dos papéis a serem desempenhados por cada um desses entes ou sujeitos, a fim de que a persecução penal e o complexo de relações jurídicas que desta se originam sejam permeadas por mecanismos eficazes de controle da legalidade de todos os atos praticados.

É dentro desse contexto que emerge a instituição do Ministério Público,

enquanto protagonista da *persecutio criminis* estatal.

À luz de tais ponderações, o presente estudo tem por objetivo analisar a compatibilidade entre as funções e a natureza do Ministério Público e a atividade de investigação criminal, segundo o modelo adotado pela Constituição Federal de 1988, identificando os limites constitucionalmente impostos ao desempenho dessa atividade.

O problema a ser enfrentado pode ser assim sintetizado: em que medida os direitos fundamentais e o modelo processual penal brasileiro limitam a atuação investigatória do Ministério Público?

A hipótese básica é que, ao tempo em que prevê ao Ministério Público o exercício de poderes investigatórios, a Constituição Federal de 1988, afora as restrições formais e materiais do art. 129, IX, limita-os apenas pelas *cláusulas de reserva jurisdicional*, respeitado, em cada caso, com relação à investigação específica a ser produzida na situação concreta, os princípios atinentes ao processo e ao direito penal.

Dentre as questões que tangenciam a hipótese traçada, tem-se a controvérsia acerca da exclusividade ou não, para as polícias, da função (poder-dever) de investigar. Com efeito, é necessário indagar se a investigação policial, de regra materializada num inquérito policial, é a única juridicamente válida e possível, ou se esta é apenas um dos instrumentos para a apuração de ilícitos penais. Essa abordagem não prescinde da demonstração de que, para determinados crimes e situações excepcionais, investigações realizadas diretamente pelo Ministério Público podem ser o meio mais hábil para o deslinde dos fatos. Sob este prisma, o reconhecimento da atribuição investigatória do Ministério Público permitiria a plena realização de sua missão constitucional: a defesa do regime democrático, da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 da CF/88).

A atualidade e a importância do tema vêm a propósito de diversas ações e

impugnações, perante os tribunais, acerca da validade de investigações conduzidas pelo Ministério Público, notadamente em casos de grande repercussão, o que tem fomentado intensos debates na comunidade jurídica. O interesse sobre o estudo ora apresentado também se constata pela exigência da Constituição e, no plano fático, de toda a sociedade, de que seja debelado o gravíssimo problema da impunidade em nosso país.

Sobre o tema da investigação criminal pelo Ministério Público no Brasil, algumas obras já foram elaboradas, sobretudo nos últimos anos¹, e inclusive compõem o referencial deste trabalho. Em nenhuma delas, entretanto, fez-se a abordagem aqui proposta, atinente à análise das cláusulas de reserva jurisdicional enquanto limites abstratos à atribuição investigatória do Ministério Público, conjuntamente a outras limitações de ordem constitucional.

O método utilizado na presente pesquisa é o hipotético-dedutivo, por meio do qual se indaga sobre os contornos do modelo constitucional processual penal brasileiro e sobre as funções outorgadas ao Ministério Público, para dessa indagação extrair sua atribuição investigatória e os limites abstratos e concretos de tal atribuição. Como técnicas, empregou-se a pesquisa bibliográfica e documental, focada, esta última, em julgados do Supremo Tribunal Federal (a partir de 1988) referentes aos poderes investigatórios do Ministério Público e, notadamente, às nominadas cláusulas de reserva jurisdicional.

No primeiro capítulo, são estudados os modelos ou sistemas processuais penais, fazendo um breve histórico de sua evolução, identificando seus

1 A base de dados da Coordenação de Aperfeiçoamento Pessoal em Ensino Superior - CAPES, do Ministério da Educação, registra sete dissertações de mestrado, todas defendidas a partir do ano de 1999 até 2004 (último ano disponível para pesquisa), sobre o tema da investigação criminal pelo Ministério Público. O enfoque principal daqueles trabalhos, diversamente do presente, diz respeito à possibilidade e à importância da investigação criminal direta pelo *Parquet*, sem adentrarem em maior profundidade o tema próprio das limitações constitucionalmente impostas a essa atividade (BRASIL. Ministério da Educação. Banco de teses e dissertações da Coordenação de Aperfeiçoamento Pessoal em Ensino Superior - CAPES. Disponível em:

<http://www.capes.gov.br/capes/portal/conteudo/10/Banco_Teses.htm>. Acesso em: 17 jun. 2006).

princípios norteadores e sua conformidade ou não com o Estado Democrático de Direito.

No segundo capítulo, debruça-se sobre a atividade de investigação criminal, apresentando seu conceito, finalidade, destinatários e suas espécies, confrontando-as com cada modelo processual penal. Ao cabo, faz-se uma sintética apresentação da tendência quanto ao papel a ser desempenhado pelo Ministério Público na investigação criminal em outros países, pavimentando o caminho para um cotejo com o capítulo seguinte, em que se faz uma análise do modelo investigatório brasileiro.

Nessa senda, enfoca-se, no terceiro capítulo, o papel da polícia dentro do modelo investigatório brasileiro, suas vantagens e desvantagens e a ausência de monopólio para a realização de investigações criminais. Prossegue-se com a apresentação de exemplos de investigações conduzidas por órgãos diversos da polícia, confirmando-os pela demonstração de que essa possibilidade é decorrência direta do princípio da legalidade. Ao fim, estuda-se a investigação direta pelo Ministério Público, apontando argumentos contrários e favoráveis, bem como suas vantagens e desvantagens.

Alcançando-se o quarto capítulo, já se terá evidenciado, ao longo dos capítulos antecedentes, a matriz teórica juspositivista crítica de inspiração liberal-iluminista (contraposta ao positivismo meramente formalista e legalista) que permeia todo o trabalho. Assim, principia-se-o com uma breve abordagem sobre a teoria do garantismo penal e processual penal de Luigi Ferrajoli e sua preocupação com a efetiva aplicação dos direitos fundamentais, manifestada no contraste entre “efetividade” e “normatividade” desses direitos. Discorre-se, ainda nesse quarto capítulo, sobre os direitos e garantias fundamentais na investigação criminal e, especialmente, sobre a posição do juiz nessa fase.

No quinto capítulo, examinam-se as cláusulas de reserva jurisdicional segundo a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - STF, delimitando sua abrangência e seus fundamentos axiológico-constitucionais.

A síntese dos capítulos antecedentes conduz ao sexto capítulo, que, sem adstringir-se à reserva jurisdicional como limite abstrato à atividade persecutória pré-processual do Ministério Público, também aponta outros limites, vinculados, estes, sempre, a um confronto com o caso concreto.

O sétimo capítulo prende-se à análise das medidas investigatórias em espécie e sua compatibilidade com a investigação direta pelo Ministério Público, revelando, uma a uma, de que forma e em que medida se dá a atuação do *Parquet*, sem olvidar dos limites apontados nos capítulos precedentes.

1. MODELOS PROCESSUAIS PENAIS E INVESTIGAÇÃO

No fito de pavimentar a trilha que se pretende percorrer no presente trabalho, é essencial que sejam apresentados, ainda que sem a pretensão de esgotamento da matéria (dados os limites que interessam a esta dissertação), as características e os princípios conformadores dos três sistemas processuais penais adotados ao longo da história dos povos ocidentais em todo o mundo: o sistema acusatório, o sistema inquisitivo e o sistema misto. A par dessa apresentação, será possível identificar a função da atividade de investigação em cada um desses sistemas ou modelos, bem como o papel do Ministério Público (se existente) nessa atividade.

1.1 BREVE ESCORÇO HISTÓRICO

Nos grupos humanos primitivos, ausente ainda a compreensão do fenômeno jurídico, regidos que estavam por regras de natureza mística, religiosa, moral ou meramente consuetudinária, preponderava, na solução dos conflitos havidos entre os homens derivados da prática de uma infração, o exercício da *autotutela*, consistente na proteção do interesse do próprio lesado por imposição, mediante o uso da força; quando muito, tal solução era buscada pela forma negociada da *autocomposição*.

Com a evolução das sociedades, verificou-se a necessidade de que fossem estabelecidas regras próprias para a punição do responsável por uma infração, não só com vistas à satisfação do interesse da vítima, a ser assegurado com o restabelecimento do *status quo ante*, mas também para que fosse preservada a ordem e a paz no seio da comunidade. Lembra Cristiano Álvares Valadares do Lago que, nessa época, a reação punitiva era de forma diferenciada, conforme o ato causasse um dano somente a uma pessoa ou representasse, em si, uma violação aos interesses de todo o grupo². Principiou, destarte, o

2 LAGO, Cristiano Álvares Valadares do. *Sistemas Processuais Penais*. **Jurisprudência Mineira**, Belo Horizonte: Tribunal de Justiça de Minas Gerais, n.º 149, jul. a set. de 1999, p. 09.

surgimento de formas específicas de solução de conflitos, impostas (ou mediadas) por sujeitos (ou grupos de sujeitos) diversos dos próprios sujeitos envolvidos (infrator e vítima), reconhecidos pela comunidade e especialmente dotados desse poder (*heterotutela*).

Entre as primeiras sociedades politicamente organizadas destaca-se o Egito, onde o poder de julgar concentrava-se nas mãos dos sacerdotes, havendo um tribunal supremo, incumbido de decidir sobre crimes mais graves, e, nas províncias, juízes, auxiliados por delegados, encarregados do julgamento de infrações menores³. Lá se verifica, segundo assinala Ada Pellegrini Grinover⁴, o embrião do sistema inquisitório, considerando que a persecução penal era de iniciativa oficial, inspirada num governo absolutista e sacerdotal.

Na Grécia antiga, mais precisamente em Atenas, era feita a distinção entre “crimes privados” e “crimes públicos”, considerando-se como crimes privados aqueles que repercutissem somente para uma vítima ou vítimas determinadas e que causavam danos de menor relevância⁵. Para tais delitos, cumpria à própria vítima o sancionamento do responsável, aplicando-lhe diretamente a punição cabível, direito que era reconhecido pelo estado ateniense. Para os crimes mais graves (ou “crimes públicos”), que afetavam algum interesse público (como a tranqüilidade e a ordem públicas), o modelo de persecução tinha contornos nitidamente acusatórios: exigia-se uma acusação, que o ofendido ou qualquer do povo poderia formular (acusação popular), a ser julgada por um tribunal popular, após a defesa do acusado. Cada uma das partes deveria elaborar suas alegações e apresentar as provas correspondentes, devendo o tribunal permanecer inerte durante toda a instrução, para somente ao final proferir sua decisão.

Ao lado da Grécia, entre os que primeiro adotaram um sistema que, na classificação feita hoje, pode ser aproximado ao acusatório, também costumam

3 PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório** - a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 70

4 GRINOVER, Ada Pellegrini, apud PRADO, Geraldo. Op.Cit, p. 71.

5 LAGO, Cristiano Álvares Valadares do. Op. Cit, p. 10.

ser citados a Índia e o direito hebraico⁶.

Em Roma, aplicou-se inicialmente um sistema com traços inquisitoriais denominado *cognitio*, que tinha como marca a outorga de amplos poderes ao juiz para iniciar a persecução, reunir as provas e julgar (*inquisitio*). A amplitude dos poderes do magistrado encontrava fundamento no fato de que sua autoridade era uma representação do rei⁷. Contra a sentença desse juiz cabia uma apelação às Assembléias do Povo, o que, a princípio, mitigava a característica inquisitorial desse procedimento.

No final do período da República (anterior, portanto, à fase do Império), Roma passou a adotar o sistema da *accusatio*, também nominada *judicium publicum* ou *quaestio*. O procedimento era deflagrado por meio da *accusatio*, que era a faculdade de qualquer cidadão, notadamente o ofendido, de apresentar uma acusação perante uma das *quaestiones perpetuae*⁸ – órgãos incumbidos dos julgamentos, outrora concentrados nas variadas magistraturas, no senado e nas assembléias populares (*comitia centuriata* ou *comitia tributa*)⁹. Recebida a acusação, outorgava-se ao denunciante uma *lex*, que era um mandato que permitia ao acusador particular praticar todas as medidas necessárias à apuração e à demonstração do fato imputado. Tinha-se, deste modo, uma *inquisitio* posterior à acusação. O órgão julgador não desenvolvia nenhuma atividade instrutória. Por essa razão, esse modelo costuma ser referido como acusatório *puro*¹⁰.

Com o tempo, o sistema Romano da *accusatio* entrou em declínio. Isso decorreu da necessidade de concentrar o poder sobre um território que cada

6 SCHOLZ, Leônidas Ribeiro. “Sistemas processuais penais e processo penal brasileiro”, in **Revista do Tribunais**, ano 88, vol. 764, jun. 1999. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 462.

7 PRADO, Geraldo. Op. Cit, p. 74.

8 As *quaestiones* surgiram inicialmente como órgãos delegados, provisórios, e tinham por tarefa investigar fatos específicos (daí seu nome – questionar, indagar). Com o tempo, foram crescendo em importância até tornarem-se permanentes – *quaestiones perpetuae* – recebendo a competência para julgar as infrações.

9 AZEVEDO, Luiz Carlos. Sistemas processuais penais: acusatório, inquisitivo, misto; origens, distorções, atualidades. **Revista do Advogado**, São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, ano XXIV, n.º 78, set. 2004, p. 49.

10 SCHOLZ, Leônidas Ribeiro. op. cit., p. 463.

vez mais se expandia, mas sobretudo pelo fato de que o sistema da *accusatio* revelou, ao longo do tempo, sérios inconvenientes, acarretando a perda da credibilidade das *quaestiones*: considerando a necessidade de que o órgão julgador fosse provocado por um acusador particular, a quem cumpria reunir todas as provas, facilitava-se a impunidade do infrator e deixava os fracos ao desamparo; por outro lado era possível, também, a formulação de acusações falsas e a deturpação da verdade¹¹ (convém realçar, como visto, que a acusação precedia a *inquisitio*). Paulatinamente, os magistrados foram ampliando suas atribuições, até consolidar-se o procedimento da *cognitio extra ordinem*, ou simplesmente *cognitio*, fulcrada na concentração de poderes típica do inquisitorialismo, no qual o julgador reunia não só as funções de investigar, mas também de julgar a causa.

Entre os povos germânicos, a tradição era a de um modelo acusatório, a exigir a provocação do lesado para que uma assembléia aplicasse a este a pena que merecesse¹². Com as invasões bárbaras, o direito germânico, marcadamente consuetudinário, sofreu profunda influência do direito romano, o que levou à adoção de diversos preceitos do arcabouço normativo de Roma, dentre os quais o processo inquisitivo.

A primeira fase da idade média conheceu o surgimento dos feudos, que eram governados por autoridades locais e de forma praticamente autônoma em relação ao governo central a que se subordinavam. Essas autoridades findaram por esgarçar o sistema judiciário germânico, porquanto cada pequena comunidade vivia sob o poder absoluto de um senhor, a quem competia decidir todas as questões de interesse do feudo. O alargamento da influência da igreja católica foi aos poucos minando essa autoridade, sem, no entanto, eliminá-la, tornando-a, antes, subordinada ao poder eclesiástico.

Na idade média, a Igreja vê seu poder assomar-se sobre as comunidades que posteriormente vieram a constituir os Estados monárquicos. A própria

11 TORNAGHI, Hélio, apud PRADO, Geraldo. Op. Cit, p. 77

12 AZEVEDO, Luiz Carlos. Op. Cit, p. 50.

legitimidade dos monarcas tinha esteio no poder papal, que, como representante de Deus na terra, chancelava essa legitimidade enquanto uma *delegação divina*.

O *crime*, por ser, antes disso, um *pecado* – que deveria ser expiado, a fim de que fosse o pecador agraciado com a salvação -, é, para a Igreja, um interesse público, e não meramente privado. Sob esse argumento, justifica-se no direito canônico a necessidade da “busca da verdade”, por quaisquer meios, ainda que irracionais (foram comuns, pelos tribunais da inquisição, as torturas como meio de obtenção da confissão e os julgamentos respaldados nas ordálias, ou “juízos divinos”), desde que eficazes. Assim, se no início da baixa idade média ainda havia resquícios de aplicação de um modelo acusatório (até o século XII registram-se formas acusatórias nas cidades de Bolonha e Florença, onde a inquisição era aplicada de forma subsidiária, somente quando não exercida a acusação¹³), estes vão sendo, por toda a Europa continental, progressiva e integralmente substituídos por um sistema inquisitório, no qual as funções de acusar, defender e julgar confluem à figura do juiz inquisidor e do Tribunal da Inquisição (Santo Ofício).

Luiz Carlos de Azevedo¹⁴ acentua que:

Muitas foram as causas que levaram à institucionalização e propagação do sistema inquisitivo: proporcionava ele uma pesquisa mais aprofundada, para os crimes de heresia, tão importantes e por igual tão correntes nesse tempo, como demonstra a severa repressão imposta aos cátaros, no sul da França; refreava e corrigia os excessos dos representantes do clero, já que muitos deles não guardavam ou desleixavam as prescrições determinadas pela Igreja; reforçava-se o poder do Estado, pois a persecução dos delitos a este competia, 'não sendo mais assunto particular da vítima'; substituía a falibilidade do sistema acusatório, pois já iam longe os ideais de igualdade que o fundamentavam e que não mais persistiam a essa época; traziam ordem e segurança ao procedimento, mediante a documentação probatória; e se ajustava, ainda, a um direito que pretendia convergir para a unidade, mais elaborado e erudito, conforme nisto se esforçava o trabalho desempenhado pelos glosadores.

Não se contesta, também, que a sua utilização favorecia tanto o poder do papa, na defesa dos dogmas que deviam conduzir a

13 PRADO, Geraldo. Op. Cit, p. 81

14 AZEVEDO, Luiz Carlos. Op. Cit, p. 51.

cristandade, como o poder real, submisso, até então, à multiplicidade dos senhores feudais, alguns destes mais influentes e detentores de maiores domínios do que o próprio monarca.”

Na Inglaterra, nascedouro do sistema jurídico da *Common Law*, posteriormente difundida aos países de colonização inglesa, é forte a influência do direito germânico, desde as invasões dos saxões, dos anglos e dos dinamarqueses. A pouca intensidade do processo de aculturação do Império Romano, ao qual a Inglaterra pertencia do século I ao V, permitiu a aplicação das “*leges barbarorum*”, temperada pelo prestígio dos costumes. Com a conquista normanda, a partir do século XII, passa a preponderar um direito consuetudinário, composto de costumes locais anglo-saxônicos, costumes das novas cidades e dos mercadores (*lex mercatoria*). A aplicação mais ou menos homogênea desses costumes possibilita aos reis da Inglaterra limitar os poderes dos senhores feudais, por meio da criação de órgãos dotados de jurisdição, presididos por magistrados, que percorriam o território para, em nome da autoridade central, reunir as cortes locais e realizar julgamentos, circunstância que conferiu certa unidade ao *Common Law*. Por volta do século XV, a jurisdição da *Common Law* parece não mais atender aos anseios das comunidades, levando à criação de um sistema paralelo, da *equity* (eqüidade), que mais se aproximava dos preceitos do direito canônico e, nos séculos seguintes, acabou fundindo-se ao *Common Law*. Nessa esteira, avultam as instituições do *Grand Jury* e do *Petty Jury*, compostos de 23 e 12 jurados respectivamente, que se antes tinham exclusivamente a atribuição de reunir provas e formular aos juízes a acusação (para crimes graves ou menos graves), passam, a partir do século XV, a enfeixar somente atribuições de julgamento, ficando toda a acusação a cargo de qualquer súdito do rei que, em seu nome, deduzia imputação, contendendo com o réu o convencimento dos membros do júri. Os moldes nitidamente acusatórios desse sistema perduram até os dias de hoje¹⁵.

No direito continental, as modernas revoluções do século XVIII, notadamente a Revolução Francesa de 1789, inspiradas no humanismo de estudiosos como

15 PRADO, Geraldo. Op. Cit, p. 88-90.

Rousseau (*Du Contrat Social*, 1764), Montesquieu (*L'Esprit de Lois*, 1748), Voltaire (*Prix de la Justice et de L'Humanité*, 1777), Bentham (*Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1780), e, especialmente no que interessa ao direito penal e ao processo penal, Cesare Beccaria¹⁶ (*Dei Delitti e Delle Pene*, 1764), pautam-se pelo repúdio a grande parte dos dogmas do sistema inquisitivo tal qual aplicados pelo poder eclesiástico. Assim, sob o influxo do movimento Iluminista, busca-se reavivar o sistema acusatório, sem ainda, no entanto, desgarrar-se totalmente das regras e princípios então norteadores do processo penal, preservando-os apenas na medida em que compatíveis com a novas idéias que se decantavam.

Nesse diapasão, entra em vigor, na França, em 1808, o *Code d'Instrucion Criminelle* (Código de Napoleão), que previu um procedimento misto, a que se convencionou denominar *acusatório formal*, integrado por duas fases: a primeira, de instrução preliminar ou preparatória, de natureza inquisitiva, e a segunda, de instrução e julgamento, caracteristicamente acusatória. Procurava-se, deste modo, conciliar a efetividade do método inquisitivo (especialmente quanto à colheita de provas) com a necessidade de proteção do direitos fundamentais do indivíduo, viabilizada pelo modelo acusatório.

Diversos outros países, ao longo dos séculos XIX e XX, conceberam seus sistemas processuais penais de forma semelhante, alguns tendo optado por um sistema misto, outros tendo logo optado pelo sistema acusatório. No século

16 Sobre a obra de Beccaria, vêm muito a propósito os esclarecimentos de Salo de Carvalho: "O Pensamento jurídico-penal do maior representante da 'Escola Clássica', Cesare Beccaria, não nasce de forma afoita ou desvinculada de um imaginário sobre o direito penal. Beccaria, laureado em direito no ano de 1758 pela Universidade de Pavia, foi, e aqui se expressa toda a sua qualidade, o maior divulgador das idéias dos 'reformadores lombardos', coletivo de jovens idealistas que se autoproclamavam *Accademia dei Pugni*. Faziam parte desse seleto grupo milanês, dentre outros, Giuseppe Visconti di Saliceto, Luigi Lombertenghi, Antonio Menafoglio, Alfonso Longo, Giovan batista Biffi, Pietro Secchi-Comnemo (*il signore filosofiche*), a bela Antonia Belgioioso e, logicamente, Cesare de Beccaria e os irmãos Alessandro e Pietro Verri. Essa agremiação de pensadores da vida cultural e civil, organizada pelo fundador Pietro Verri, embriagada pelo enciclopedismo de Diderot e d'Alambert e pelas obras de Montesquieu, Voltaire e Rousseau, passa a divulgar surpreendente produção literária, entre as quais estão *Meditazioni sulla felicità* (1763), de Pietro Verri; *Dei delitti e delle pene* (1764), de Beccaria; e *Il Caffé*, periódico criado e dirigido por Pietro Verri, publicado entre os anos de 1764 e 1766, cujo intuito era fazer uma guerra incessante para melhorar as pessoas." (CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2. ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 45).

passado, todavia, no seio das modernas correntes penais e processuais penais *utilitaristas* – por natureza ambivalentes, no sentido de que visam, de um lado, à máxima segurança, e, de outro, a *mínima aflição*¹⁷ – foi perdendo força o entendimento de que deve merecer premência a efetividade da persecução penal, mesmo que eventualmente em detrimento da proteção dos direitos do investigado e do acusado¹⁸. A evolução do Estado Liberal para o Estado Social – que não suprimiu, em absoluto, as conquistas referentes às liberdades individuais – e o reconhecimento da necessidade da proteção de determinados direitos frente ao Estado (direitos fundamentais), notadamente a partir da segunda metade do século passado, após a Segunda Guerra Mundial (1945) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas - ONU (de 1948), fizeram com que a grande parte dos países democráticos promovessem mudanças constitucionais e legais, de modo a substituir o modelo misto eventualmente adotado por um modelo ou sistema plenamente acusatório.

Valter Foletto Santin¹⁹ oferece uma apertada síntese de todo esse esboço histórico:

O sistema acusatório surgiu na Grécia, República romana, nos povos germânicos e na Inglaterra, por meio da acusação privada, passando a partir do século XII, na Europa, ao sistema inquisitivo, e, posteriormente, ao sistema misto (França, no tempo de Napoleão), com um progressivo retorno ao processo acusatório de nossos dias, reestruturado e adaptado ao Estado de Direito

Convém, agora, analisar mais detidamente cada um dos modelos ou sistemas processuais penais referidos.

17 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 210-211.

18 Podem ser citados como opostos a essa tendência os movimentos do *direito penal máximo*, da *law and order* e a *broken windows theory* (estes dois últimos mais ligados aos sistemas policiais e de segurança pública que propriamente ao campo teórico jurídico-penal), ainda hoje vigorosamente prestigiados no direito norte-americano, não sem influenciar ondas legislativas em países como o Brasil. A respeito das ondas de “inflação legislativa” brasileira, Cf. ALMEIDA, Gevan. **Modernos movimentos de política criminal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 97-103.

19 SANTIN, Valter Foletto. **O Ministério Público na investigação criminal**. Bauru: Edipro, 2001, p. 85.

1.2 PRINCÍPIOS E SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

É importante realçar, em obediência à técnica e a fim de espancar quaisquer ambigüidades, a distinção entre *sistema* e *princípio*.

Sistema é o “conjunto de elementos, materiais ou ideais, entre os quais se possa encontrar ou definir alguma relação”; “disposição das partes ou dos elementos de um todo, coordenados entre si, e que funcionam como estrutura organizada”, ou a “reunião coordenada e lógica de princípios ou idéias relacionadas de modo que abranjam um campo do conhecimento”²⁰. Um sistema, que, para que assim possa ser conceituado, deve caracterizar-se pela *unidade* e pela *ordem*²¹ entre seus elementos constitutivos, logicamente não podem com estes confundir-se.

Não é objeto do presente trabalho o debate sobre Direito enquanto *sistema*, tão atual quanto polêmico²², nem a identificação de todos os elementos e características do sistema do Direito e de seus subsistemas (como os [sub]sistemas de direito penal e processo penal). É suficiente, para o nosso enfoque, a associação de *sistemas processuais penais a normas constitucionais instituidoras de direitos fundamentais no processo penal*.

Estabelecida essa premissa, tem-se que um sistema processual penal compõe-se de normas – *regras e princípios*²³ - organizadas e interdependentes que

20 Novo Dicionário Eletrônico Aurélio, versão 5.0, Positivo Informática Ltda., 2004.

21 CANARIS, Claus – Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Caloute Gulbenkian, 2002, p. 09-23.

22 A esse respeito, confira-se LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**, 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 230-241.

23 Adotamos aqui a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, para quem princípios e regras são ambos normas, porquanto razões (fundamentos) para juízos concretos de dever-ser. Princípios são mandados de otimização, ou seja, “normas que ordenam que algo sea realizado em la meyor medida posible, dentre de las posibilidades jurídicas y reales existentes”, e que estão caracterizados “por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado” (ALEXY, Robert. **Teoría de Los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 86). Regras contém “determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible”, são normas que “sólo pueden ser cumplidas o no” (ALEXY, Robert. Op. Cit, p. 87). O caráter de *regra* ou de *princípio* dos direitos fundamentais resguarda sua *efetividade*, ao impedir que o legislador, com suas regulações, transforme sua aplicação numa “exceção” (Cf. HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales em la ley fundamental de Bonn**. Madri:

conformam uma unidade identificável, distinta de outros conjuntos de regras e princípios referentes ao processo penal.

Vê-se, pois, que não se confundem os conceitos de *princípio* e *sistema*, sendo o primeiro um *elemento* do segundo. Nas palavras de Geraldo Prado²⁴:

... a identidade entre um e outro resultaria, por exigência lógica, na exclusão de uma das duas categorias, pela impossibilidade de um princípio ser, ao mesmo tempo, um conjunto de princípios e normas do qual ele faça parte, numa relação de continente e conteúdo.

Relativamente ao objeto de nosso estudo, o sistema inquisitivo, como se verá a seguir, é marcado pelo princípio inquisitivo (consistente na reunião das funções de acusar, defender e julgar), enquanto o sistema acusatório é assinalado pelo princípio acusatório (distribuição, a sujeitos diversos, das funções de acusar, defender e julgar). Esses dois princípios não se confundem com cada um dos sistemas que respectivamente integram, embora sejam seus elementos mais notáveis.

1.3 MODELO INQUISITIVO

O sistema ou modelo inquisitivo (ou inquisitório) tem como princípio basilar a reunião, num mesmo sujeito, das funções de acusar, defender e julgar²⁵. Nisso reside o princípio inquisitivo, a nortear o sistema inquisitivo: atuando de ofício, ou seja, sem a provocação de um terceiro qualquer, um único sujeito (ou órgão) combina em si todas essas funções, demandando o exercício de amplos poderes em todas as fases do processo (se é que se pode classificar o procedimento segundo o modelo inquisitivo de *processo* em sentido estrito²⁶).

Nesse sistema, considerando que o acusado não participa ativamente da

Editorial Dykinson, 2003, p. 45-51).

24 PRADO, Geraldo. Op. Cit, p. 103.

25 Ou, como prefere Frederico Marques, terá caráter inquisitivo o processo no qual o juiz exerce, além da função de decidir, que lhe é própria, **mais uma outra função**, ao menos, das restantes. (MARQUES, Frederico, apud SCHOLZ, Leônidas Ribeiro. Op. Cit, p. 465).

26 Segundo Alcalá-Zamorra, não haveria no modelo inquisitório um processo genuíno, mas sim uma forma autodefensiva de administração da justiça (ALCALÁ-ZAMORRA Y CASTILLO, Niceto, apud LAGO, Cristiano Álvares Valadares do. Op. Cit, p. 31).

atividade de construção do convencimento do julgador, aquele é tratado como mero *objeto*, e não um *sujeito* do processo. Não há, por assim dizer, *partes*, mas, no máximo, interessados, que não integram o processo e são desprovidos de qualquer poder para intervir no ofício do órgão julgador, mantendo-se como reles espectadores desse mister, vindo à presença da autoridade apenas quando a isso chamados. Não havendo propriamente *partes* ou *sujeitos processuais* (que não o juiz), não se lhes reconhecem, nem ao menos ao acusado, *direitos* naquele processo. Não se envolve o réu, destarte, num complexo de relações jurídico-processuais, senão para lhe impor deveres, como o de se submeter aos métodos de reconstrução histórica dos fatos arbitrados pelo juiz.

Outros princípios a integrarem esse sistema são o princípio da sigiliosidade (ou sigilo) da investigação, da instrução e do julgamento, da tarifação das provas (prova legal ou tarifada²⁷) e da escrituração (forma escrita)²⁸. Sob a égide desses princípios, tem o sistema inquisitivo as seguintes características:

“i) a concentração das funções de acusador, defensor e julgador em uma só pessoa; ii) a ausência de imparcialidade, em vista de o órgão acusador proferir o julgamento não visando a se convencer e, sim, convencer os outros da justeza de sua decisão; iii) o processo é regido pelo sigilo, pela forma secreta da prática de seus atos e fora do alcance dos jurisdicionados, inclusive, muitas das vezes, do próprio acusado; iv) não vigem os princípios do contraditório ou da ampla defesa, sendo o acusado mero objeto do processo e não sujeito de direitos, não se lhe conferindo nenhuma garantia; v) a confissão é a 'rainha das provas', e os testemunhos a 'prostituta das provas'; vi) o sistema de apreciação das provas é o tarifado ou da prova legal, em que as provas têm valores previamente estabelecidos, sendo o juiz um autômato ao proceder ao julgamento.”²⁹

Ainda como características desse sistema podem ser citadas a iniciativa de ofício (*procedat ex officio*), a ampla liberdade do juiz para a produção de provas

27 O princípio (ou característica) da tarifação das provas, embora possa parecer irrazoável, é em verdade uma forma de contenção do arbítrio do juiz, que será obrigado a seguir determinados critérios para a aferição da verdade, ainda que seu julgamento pudesse fundar-se em sua *íntima convicção* (princípio da íntima convicção, hodiernamente suplantado pelo princípio do convencimento motivado).

28 SEABRA, Sílvia Cives. Sistemas processuais. **Revista do Ministério Público**. Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n. 15, jan./jun. 2002, p. 271.

29 KAC, Marcos. **O Ministério Público na investigação penal preliminar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 26-27.

e a linearidade da relação havida entre o juiz e o réu, constituindo este um “objeto de investigação, sem direito algum no plano processual”³⁰.

Entre as democracias ocidentais, o sistema inquisitivo é hoje completamente superado, embora ainda sejam encontradas alguns resquícios desse modelo, especialmente na legislação infraconstitucional³¹.

1.4 MODELO ACUSATÓRIO

O sistema ou modelo acusatório funda-se na distribuição a sujeitos processuais distintos das funções de acusar, defender e julgar. Ao sujeito legitimado para a acusação, cumpre deduzir a pretensão em juízo, imputando a alguém a prática de uma conduta criminosa; ao acusado toca o direito de, pessoalmente ou por meio de um terceiro habilitado, defender-se dessa acusação; ao Juiz cumpre a tarefa de julgar o caso, avaliando, em posição eqüidistante dos demais sujeitos, os argumentos e as provas apresentadas pelas partes. A essa distribuição de funções corresponde, precisamente, o princípio acusatório. Não há jurisdição sem acusação (*nemo iudex sine actore* ou *nullum iudicium sine accusatione* - A10³²); não há jurisdição sem defesa (*nullum iudicium sine defensione* – T54³³)³⁴.

30 LAGO, Cristiano Álvares Valadares do. Op. Cit, p. 31.

31 Esses resquícios, verdadeiras aberrações de um sistema, tendem a ser paulatinamente corrigidos. No Brasil, desde a promulgação da CF/88, o STF e os demais órgãos do judiciário vêm declarando a não recepção de diversos dispositivos do vetusto Código de Processo Penal. Citem-se, por exemplo, a não recepção do art. 531 do CPP (instauração do processo mediante portaria do juiz ou do delegado de polícia) e do art. 311 do CPP (apenas no que se refere à possibilidade da decretação de prisão preventiva **de ofício** pelo Juiz na fase do inquérito policial). Tampouco são absolutamente incomuns na legislação posterior à CF/88 tentativas de introdução de normas tipicamente inquisitoriais, incompatíveis, destarte, com o sistema acusatório (e.g., a previsão do “juiz investigador” para crimes cometidos por organizações criminosas, conforme previsto no art. 3º da lei n.º 9.034/95 - em 12.02.2004, o STF, no julgamento da ADI 1570, declarou inconstitucional o referido dispositivo).

32 FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit, p. 75.

33 FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit, p. 89.

34 “O ônus da prova a cargo da acusação comporta logicamente, por parte do imputado, o direito de defesa, expresso aqui como o axioma A10 *nulla probatio sine defensione*. Esta última garantia é o equivalente jurídico que identifiquei [...] como a principal condição epistemológica da prova: a falsificação da hipótese acusatória experimentada pelo poder da parte interessada em refutá-la, de modo que nenhuma prova seja adequada sem que sejam infrutíferas todas as possíveis negações e contraprovas. A *defesa*, que não tem espaço no processo inquisitório, forma, portanto, o mais importante instrumento de solicitação e

Note-se que o sistema acusatório pressupõe que o sujeito legitimado para a acusação desincumba-se não só do ofício de apresentar em juízo uma pretensão, mas também que esse sujeito participe ativamente da instrução, produzindo as provas que entenda cabíveis, a fim de demonstrar a procedência da imputação (princípio do ônus da prova ou da verificação - *nulla accusatio sine probatione* – A9³⁵). Ao mesmo tempo, para que não se desvirtue a natureza desse modelo, deve o juiz permanecer inerte, tanto no momento da anterior à inauguração do processo, cuja iniciativa recai sobre sujeito diverso, quanto no que diz respeito à produção de provas no bojo da fase de instrução propriamente dita, após convocado o réu à defesa e, deste modo, integrado por todos os sujeitos o complexo de relações jurídico-processuais³⁶.

Além do princípio acusatório, compõem o sistema inquisitivo os seguintes princípios: a) imparcialidade do juiz; b) contraditório; c) ampla defesa; d) igualdade de partes; e) publicidade dos atos e f) oralidade.

A confirmar o fato de que o princípio acusatório é o que de fato caracteriza o modelo acusatório, tem-se que os princípios da imparcialidade, do contraditório, da ampla defesa e da igualdade das partes existem porque, antes destes, rutila outro princípio, que reservou as funções no processo a sujeitos diferenciados. A imparcialidade é incompatível com a iniciativa acusatória do juiz; só há contraditório, ampla defesa e igualdade entre as partes porque **há** partes. Ademais, sobre a oralidade e a publicidade (ora tratadas como princípios, ora como características do modelo acusatório), importa que “o princípio acusatório não sobrevive em modelos de Justiça Criminal dominados

controle do método de prova acusatório, consistente precisamente no *contraditório* entre hipótese de acusação e hipótese de defesa e entre as respectivas provas e contraprovas. A epistemologia da falsificação que está na base desse método não permite de fato juízos potestativos, mas exige, em tutela de presunção de inocência, um processo de investigação baseado no conflito, ainda que regulado e ritualizado entre partes contrapostas. (FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit, p. 490).

35 FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit, p. 75.

36 Conforme se discorrerá no capítulo 4.3, a iniciativa probatória do juiz no sistema acusatório deve ser apenas excepcionalmente admitida, e mesmo assim somente após deflagrado o processo – jamais, portanto, na fase da instrução preliminar.

pela escrituração. Tampouco tem espaço em processos sigilosos³⁷.

Outros princípios caros ao modelo acusatório são: a) inércia (da jurisdição, correlato ao princípio acusatório); b) devido processo legal; c) estado de inocência ou presunção de não-culpabilidade; d) juiz natural; d) promotor natural; e) verdade real (ou verdade possível) e f) *favor rei* ou *favor libertatis* (do qual decorre o princípio do *in dubio pro reo* e diversas regras, como a vedação da revisão criminal *pro societate* – o *double jeopardy* do direito norteamericano³⁸ e de outros países da *Common Law* – e a vedação da *reformatio in pejus* nos recursos exclusivos da defesa)³⁹.

Porquanto mais conforme os objetivos e fundamentos do Estado Democrático de Direito, o sistema acusatório vem sendo gradativamente adotado na maioria dos ordenamentos jurídicos do ocidente.

1.5 MODELO MISTO

O modelo ou sistema misto surge como uma tentativa de superar a irracionalidade do modelo inquisitivo, sem desprezar a importância da iniciativa oficial das atividades investigatória e acusatória (retirando-se do particular, como regra, esse mister) e a efetividade do método neste empregado no que concerne à colheita do material probatório, na qual se conferem amplos poderes investigatórios ao órgão investigador. Assim, do sistema acusatório romano, o sistema misto apropriou-se da imparcialidade do julgador e do impulso processual proveniente de pessoa diversa daquela que iria proferir a decisão; do sistema inquisitório medieval, apoderou-se da oficialidade da persecução e sua maior efetividade no que tange à punição dos autores das

37 PRADO, Geraldo. Op. Cit, p. 153. O autor sublinha também que não é da essência do sistema acusatório que sejam os julgamentos proclamados por um tribunal do povo, desde que sejam as decisões proferidas por órgãos constitucionalmente legitimados (por isso mesmo, representantes da vontade popular). Tampouco desnatura o modelo a possibilidade de o acusado responder preso ao processo (p. 106).

38 Dispõe a 5ª emenda à Constituição dos Estados Unidos: "... *nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb*" (ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde).

39 KAC, Marcos. Op. Cit, p. 33-44.

infrações penais, dificultando sua impunidade⁴⁰.

No sistema misto, o processo é escalonado em duas fases, ambas presididas por autoridades dotadas de poderes jurisdicionais (seja essa autoridade um Juiz ou um membro Ministério Público, nos países que reconhecem ao órgão poderes típicos da magistratura). Na primeira fase, conhecida por *instrução preliminar*, geralmente realizada perante um *juizado de instrução*, são reunidos elementos que subsidiem a deflagração do processo acusatório. Na segunda fase, tem-se o processo criminal propriamente dito, deflagrado por iniciativa de um sujeito processual distinto do órgão incumbido de julgar, assegurado ao acusado o direito ao contraditório e à ampla defesa, além de todos os direitos próprios de um processo regido pelo modelo acusatório. Não sem razão, o sistema misto é também chamado de *acusatório formal* ou *acusatório impuro*. Vale notar que alguns chegam a negar que constitua o sistema misto uma categoria distinta do acusatório, podendo ser enquadrado, no máximo, como uma variação desse sistema⁴¹. Para os partidários desse entendimento, haveria apenas dos modelos processuais penais: o inquisitivo e o acusatório⁴².

O sistema misto, por sua vez, pode ser subdividido em *sistema misto com juizado de instrução inquisitório* (sistema misto clássico) e *sistema misto com juizado de instrução contraditório*. No primeiro, a instrução preliminar é conduzida por uma autoridade judiciária, eventualmente munida de indícios mínimos previamente recolhidos por terceiros (polícia, Ministério Público, particulares etc.). Ao juiz instrutor são conferidos amplos poderes para a

40 BASTOS, Marcelo Lessa. **Investigação criminal**: o papel do Ministério Público. Artigos da Faculdade de Direito de Campos. Disponível em <<http://www.fdc.br/artigos/ic.htm>>. Acesso em 10 mai. 2006

41 Sobre o sistema misto, Jacinto Pinto discorre que "... não há - e nem pode haver - um *princípio misto*, o que, por evidente, desfigura o dito sistema. Assim, para entendê-lo, faz-se mister observar o fato de que, ser misto significa ser, na essência, inquisitório ou acusatório, recebendo a referida adjetivação por conta dos elementos (todos secundários), que de um sistema são emprestados ao outro" (PINTO, Jacinto, apud LOPES Jr., Aury. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 3. ed. 2005, p. 15).

42 "Ainda que todos os sistemas sejam mistos, não existe um princípio fundante misto. O misto deve ser tido como algo que, ainda que mesclado, na essência é inquisitório ou acusatório, a partir do princípio que informa o núcleo." (LOPES Jr., Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 168).

apuração dos fatos, conforme um método inquisitivo, sem reconhecer ao investigado o direito ao contraditório. São exemplos de países que seguem esse sistema, com peculiaridades locais, a França, a Bélgica, o Uruguai, a Colômbia e o México. No sistema misto *com juizado de instrução contraditório*, a etapa de instrução preparatória do processo acusatório, que eventualmente também é precedida de uma investigação prévia sumária, é presidida por um juiz e conta com a participação do investigado, que poderá exercer o contraditório. Adotam esse sistema a Espanha, o Peru, a Argentina e o Brasil (apenas nos crimes de competência do Tribunal do Júri, que tem rito bifásico – *judicium accusationes e judicium causae*)⁴³.

1.6 DISTINÇÃO ENTRE OS MODELOS

O que distingue os modelos ou sistemas processuais penais é o princípio norteador de cada um deles. No sistema acusatório, exsurge o princípio acusatório, segundo o qual são confiadas a sujeitos processuais distintos as funções de julgar, acusar e defender. No sistema inquisitivo, a marca é o princípio inquisitivo, que pressupõe a convergência das aludidas funções.

Noutro passo, as características de cada um dos sistemas ou modelos, a depender do momento histórico e da conformação específica de cada ordenamento jurídico, podem não se verificar, ou podem ser verificadas em menor plenitude. Assim, ainda que isoladamente não sirvam para efetuar a distinção entre os sistemas processuais penais, certamente prestam-se a confirmá-la.

Aury Lopes Jr. afirma que o que distingue cada um dos modelos é o sistema de *gestão de prova*: no modelo acusatório, a atividade de produção da prova deve ser toda conferida às partes, nada cabendo ao juiz nesse campo; no modelo inquisitivo, ao revés, toda a prova deve ser por ele produzida e colhida. A separação entre as funções de *acusar* e *julgar* é, deste modo, insuficiente para a distinção entre os sistemas acusatório e inquisitivo:

43 Cf. SANTIN, Valter Foleto. Op. Cit, p. 85-110.

... não basta termos uma separação **inicial**, com o Ministério Público formulando a acusação e depois, ao longo do procedimento, permitir que o juiz assuma um papel ativo na busca da prova ou mesmo da prática de atos tipicamente da parte acusadora.⁴⁴

Segundo Aury Lopes Jr.⁴⁵, que se arrima em lição de Jacinto Coutinho, o que funda o sistema acusatório é o *princípio dispositivo*, segundo o qual a gestão da prova está nas mãos das partes, sendo o juiz um espectador dessa atividade; o sistema inquisitivo, por sua vez, tem como núcleo fundante o *princípio inquisitivo*, conforme o qual a gestão da prova está nas mãos do julgador (juiz ator [inquisidor]).

A observação de Aury Lopes Jr. não é incompatível com o que a ampla maioria da doutrina afirma ser a nota distintiva de cada um dos sistemas (a saber, a distribuição de funções, no sistema acusatório, e reunião de funções, no modelo inquisitorial). Para verificar essa compatibilidade, basta ponderar que a função de *acusar* está indissociavelmente ligada à função (a nosso ver, pressuposta e implícita) de *provar* os fatos alegados.

De fato, a fim de que não se desnature o sistema acusatório, caso se admita alguma espécie de iniciativa do juiz nessa atividade, deve esta limitar-se à produção, em caráter excepcional, de provas sobre pontos relevantes não suficientemente esclarecidos pelas provas apresentadas pelas partes e que possam interessar **somente** à defesa⁴⁶. Essa iniciativa probatória *pro reo*

44 LOPES Jr., Aury. Op. Cit, p. 167.

45 Ibid, p. 168-169.

46 A despeito da controvérsia, é possível afirmar, sim, conforme as peculiaridades do caso concreto, se determinadas provas, de antemão, interessarão à defesa ou à acusação. Por exemplo: tendo sido aventada pelo réu, em seu interrogatório, a falsidade de um documento que o incrimina, documento este que constitui um dos principais elementos sobre a autoria de um fato criminoso, é evidente que um exame pericial nesse documento interessará à defesa, que somente assim confirmará sua tese. Deste modo, ainda que não requerida, pode ser determinada de ofício a realização de uma perícia sobre o documento, a fim de confirmar sua autenticidade. Ora, sem a produção do exame, o julgamento deveria ser pela condenação do réu, uma vez que a simples alegação, desacompanhada de qualquer elemento probatório (cuja produção, no caso, foi determinada de ofício pelo magistrado) fazia quedar incontrastada a prova produzida pela acusação. A iniciativa probatória do juiz, nesse caso, não infirma a natureza acusatória do processo. Naturalmente, além do caráter supletivo da iniciativa probatória do juiz, não será qualquer *dúvida* surgida ao longo do processo que justificará a atuação de ofício do magistrado, mas somente aquela fundada em alegações e indícios dotados de mínima plausibilidade. Por outro lado, como deve agir o

justifica-se como meio para assegurar ao acusado uma proteção (garantia) contra o arbítrio do Estado em face de uma possível condenação injusta, que pode ser evitada com a produção de uma prova por este não produzida mas que venha a demonstrar absoluta improcedência da pretensão acusatória.

Ao cabo, interessará à distinção apenas a amplitude dos poderes (ou funções) dos **sujeitos** existentes (ou não) em cada modelo processual. Como acentua Geraldo Prado, “gestão de prova e acusação são atividades que não dizem nada se não olharmos quem – que sujeitos (históricos) - realiza estes atos. Até porque com a identificação dos sujeitos será possível compreender os porquês das coisas”⁴⁷.

Sublinhando a importância do princípio acusatório (ou do princípio inquisitivo), a conformar(em) os papéis dos sujeitos (notadamente **do juiz**) do processo e como nota distintiva entre os sistemas processuais, discorre, em arremate, Luigi Ferrajoli⁴⁸:

... as diferenças entre modelo teórico inquisitório e modelo teórico acusatório [...] podem ser vistas como expressões de duas opostas epistemeologias: *dictum* de um só sujeito, ou contenda entre vários sujeitos; relação vertical inquisidor-inquirido, ou relação triangular entre duas partes e um terceiro *supra partes*; operação unilateral do juiz, ou *actus trium personarum, iudicis, actoris et rei*: o juiz como terceiro separado da acusação como exige nosso axioma A8, o ator como parte da acusação sobre a qual recai o ônus da verificação segundo nosso axioma A9, o réu como parte da defesa que tem direito à contestação segundo o nosso axioma A10.”

1.7 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E MODELOS PROCESSUAIS PENAIIS

juiz verificando que uma prova indispensável à confirmação da tese acusatória não foi produzida, por descuido do órgão agente ou por qualquer outro motivo? (E.g: num crime de homicídio, a acusação deixa de juntar aos autos o laudo de exame cadavérico, documento que, naturalmente, comprovaria a materialidade do crime). A solução é simples: o juiz deve, sem pronunciar-se ainda sobre o mérito do caso, intimar a acusação para que se manifeste sobre aquela suposta omissão, ouvindo também a parte contrária, em respeito ao contraditório, e jamais produzindo de ofício aquela prova. No Brasil, no plano infraconstitucional, os poderes instrutórios do Juiz, nos limites aqui explanados, encontram respaldo no art. 156 do CPP: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”.

47 PRADO, Geraldo. Op. Cit, p. 104.

48 FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit, p. 483.

Com o advento do constitucionalismo e a positivação dos direitos fundamentais nos diversos ordenamentos, é hodiernamente evidente a absoluta inadequação do sistema inquisitivo. O modelo inquisitivo “é o companheiro de regimes teocráticos e despóticos”⁴⁹, e tem como matriz sistemas políticos autoritários.

Resta saber, portanto, entre o modelo acusatório e misto, qual destes mais funciona à proteção dos direitos humanos, seja por assegurar o resguardo dos direitos dos investigados e acusados, seja por permitir o sancionamento dos responsáveis pela prática de um ilícito criminal – medida que representa em si, também, um forma de proteção dos direitos de toda a coletividade.

Nesse aspecto, é pertinente lembrar que a todo direito individual ou coletivo constitucionalmente previsto deve corresponder um tipo penal específico. São os chamados *mandados constitucionais de penalização*⁵⁰. Se a constituição, *exempli gratia*, reconhece ao indivíduo o direito à vida, à propriedade, à intimidade e à honra, à lei toca o dever de tipificar as condutas que importem na violação desses direitos (homicídio, furto, invasão de domicílio, calúnia etc.) e de conceber instrumentos eficazes de sancionamento dos responsáveis. Da mesma forma, se se reconhece ao homem, individual ou coletivamente considerado, direitos sociais (à saúde, à moradia, à educação, à aposentadoria etc) e transindividuais (ao patrimônio público, ao meio-ambiente, ao sistema financeiro, tributário e econômico equilibrados etc.), deve o Estado cercar-se de meios para o sancionamento das condutas que acarretem a violação desses interesses (crimes contra a administração pública, contra o meio ambiente, contra o sistema financeiro, contra a ordem tributária, contra a previdência social etc.). Como se vê, *ultima ratio*, o direito penal é um instrumento de proteção dos direitos fundamentais.

Embora seja tentador afirmar a preferência pelo modelo misto, dado que

49 LUCCHINI, Luigi, apud MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**, 2. ed. Campinas: Millenium, 2000, p 94, v. 1.

50 Sobre os mandados constitucionais de penalização expressos e implícitos, cf. FELDENS, Luciano. **A constituição penal: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 69-154.

supostamente reuniria as principais qualidades dos modelos inquisitivo e acusatório, não nos parece que seja essa a melhor opção.

Segundo proclama Ada Pellegrini Grinover⁵¹, o sistema acusatório é o

... idealmente melhor, adotado na Alemanha, em Portugal e na Itália e que se vai disseminando pela América latina [...].

Preservados os princípios caros ao modelo acusatório, no pleno respeito e operatividade de todas as garantias constitucionais; observadas as pautas de um processo verdadeiramente público e oral, em todas as suas fases, todo impregnado pela concentração, pela imediação e pela identidade física do juiz ou tribunal do mérito, perante o qual o processo se desenvolve por audiências, respeita também a busca da efetividade e da eficiência do processo, permitindo maior celeridade e evitando a duplicação da colheita das provas.

[...]

O processo, precedido por uma fase investigativa prévia, de natureza administrativa, conduzida pelo Ministério Público com a colaboração da polícia Judiciária, destina-se exclusivamente à formação do convencimento do Ministério Público sobre o oferecimento, ou não, de sua acusação, sendo que os elementos informativos nela colhidos não poderão, de forma alguma, ser aproveitados no processo nem servir para a formação do convencimento do juiz ou tribunal do mérito.

Durante a fase investigativa prévia, os provimentos cautelares, pessoais e reais, são da exclusiva competência do juiz, assim como a produção antecipada de eventuais provas urgentes, que se fará em contraditório pleno.”

De acordo com Gustavo Badaró⁵²,

... há inúmeras vantagens do modelo acusatório sobre o inquisitório. Do ponto de vista ideológico, trata-se de uma forma democrática do exercício do poder, na medida em que é dado ao destinatário do ato o poder de influenciar na sua formação. O modelo acusatório é uma garantia para o acusado. Sob o aspecto do funcionamento interno, a estrutura dialética do processo acusatório permite uma maior eficiência tanto para a resolução das questões de direito, quanto para as questões de fato, principalmente no aspecto probatório.

51 GRINOVER, Ada Pellegrini. A instrução processual penal em ibero-américa. **O Processo em Evolução**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 254.

52 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 115-116. Note-se que o conceito de *eficiência* empregado por Gustavo Badaró é o mesmo de Ferrajoli, para quem será eficiente o processo penal “se realizar a tutela dos direitos fundamentais, estes nas suas mais variadas expressões” - como o direito ao contraditório e à ampla defesa. (“A teoria do garantismo e seus reflexos no direito e no processo penal - entrevista com Luigi Ferrajoli concedida a Fauzi Hassan Choukr, em 14.12.1997, em Roma”, in **Boletim IBCCRIM** n.º 77, ano 7, abril/1999, São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, p. 04).

Acompanhando Ferrajoli, é de se reconhecer que, se, no plano interno, o fundamento de validade de um ordenamento jurídico é a compatibilidade entre seus elementos normativos (no que não difere muito do positivismo de Kelsen), seu fundamento de validade externo (ou de legitimação externa, ou política) é a proteção dos interesses (individuais e transindividuais) que respaldam sua existência. Externamente, o direito e o processo penal se justificam como forma de proteção de dois grupos de interesses: interesses do acusado ou investigado e interesses da sociedade.

É inegável que somente no sistema acusatório podem ser maximizadas as garantias do acusado e do investigado, sem nenhum desprestígio à efetividade da persecução penal. Isso se dá, de um lado, pela aplicação plena de todos os princípios indissociáveis e definidores do sistema acusatório: imparcialidade, contraditório, ampla defesa etc. De outro, pela impossibilidade, ao revés do que ocorre no sistema misto (ou ainda mais gravemente no sistema inquisitivo), de que ao juiz investigador sejam conferidos poderes que suprimam ou limitem ao extremo os direitos do investigado, sob a justificativa da eficiência da fase de instrução preliminar.

Não se cuida aqui da possível imparcialidade do órgão investigador – integrante do poder judiciário – na colheita da prova, a viciar ou predispor a formação do convencimento quando da proclamação de uma decisão de mérito definitiva. Algumas distorções quanto ao problema da imparcialidade, aliás, vêm sendo corrigidas pela jurisprudência das cortes européias, no sentido de categoricamente impedir a atuação, em qualquer fase do processo, do juiz que atuou na instrução preparatória, em qualquer grau⁵³.

O que há de fundamentalmente incompatível no sistema misto com o Estado democrático de direito, sob esse aspecto e pelo menos no plano ideal, é o fato de que a atribuição para a condução da instrução preparatória a cargo de um

53 BASTOS, Marcelo Lessa. **A investigação criminal nos crimes de ação penal de iniciativa pública** – papel do Ministério Público. Uma abordagem à luz do sistema garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 41; e LOPES Jr., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 3. ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 75.

juiz não deixa espaços para que ele exerça a função de *garante* nessa atividade. No modelo misto, o sujeito que investiga é o mesmo que aprecia a legalidade de cada um dos atos praticados (o juiz investigador é um *juiz de si mesmo*).

É evidente o prejuízo ao investigado em que seja o fato apurado por alguém dotado de poderes jurisdicionais, com toda a dimensão nisso embutida (amplíssima possibilidade de determinar medidas constritivas pessoais e reais, como prisões e seqüestros, e medidas investigatórias, interceptações e buscas domiciliares). Cotejando a posição em que figura o juiz na fase investigatória em cada modelo, ainda que, no sistema misto, se tenha aberta a via recursal para a correção de alguma ilegalidade praticada pelo juiz instrutor, não se pode comparar essa forma de controle com um controle exercido diretamente pelo juiz *garantidor* numa investigação, em que agirá, pela colheita de prova, apenas quando provocado, e mesmo assim somente quando estritamente necessário, nos termos da lei. No modelo acusatório, a *proatividade* do juiz só deve aflorar para que ele possa coibir algum abuso de que seja informado; do contrário, permanecerá inerte, agindo somente quando provocado, seja pelo investigado – justamente para corrigir eventuais ilegalidades – seja pelo legitimado para a investigação – para, autorizando a prática de certas medidas investigatórias que lhes são reservadas (pelas denominadas *cláusulas de reserva jurisdicional*), realizar o controle prévio (verificação de sua necessidade) e posterior do ato (da legalidade em sua execução).

No que diz respeito ao sistema misto com juizado de instrução contraditório, além dos inconvenientes do sistema misto clássico, há também o problema de que, em sendo necessário o contraditório, determinados crimes, notadamente os de maior complexidade e difícil elucidação, poderão ter facilitada a impunidade, dado que o investigado terá o direito de acompanhar e de contraditar todas as provas produzidas na instrução preliminar. Esse sistema, ao antecipar (e com isso, na verdade, duplicar) a instrução definitiva, peca pela acentuada perda de efetividade, sem que haja ganhos significativos em comparação com sistema acusatório puro, no qual igualmente seriam

resguardados os direitos do investigado e do acusado, tanto na fase da investigação preparatória quanto na fase processual.

2. INVESTIGAÇÃO

Estando entre as funções do Estado a proteção dos direitos fundamentais e a promoção da justiça, a notícia da prática de um ilícito penal faz surgir para este o dever de, por meio de seus órgãos constitucional e legalmente legitimados, apurar o fato, de modo a confirmá-lo ou não, e de promover a ação penal correspondente, se for o caso, a fim de que seja proferida (pelo Estado-Juiz) uma decisão de mérito, condenando ou absolvendo o imputado. A esse conjunto de atividades dá-se o nome de persecução penal (ou persecução criminal).

Nas palavras de Marcellus Polastri Lima⁵⁴, citando José Frederico Marques:

Com a prática da infração penal, justifica-se o *jus puniendi*, surgindo a pretensão punitiva e autorizando-se a persecução penal, que, segundo Frederico Marques, 'apresenta dois momentos distintos: o da investigação e o da ação penal'.

[...]

Portanto, com a notícia de prática de infração penal, em primeiro lugar, o Estado, visando o *jus puniendi*, deve colher elementos comprobatórios do fato e de sua autoria, através de uma investigação preliminar, caso não existam tais elementos de plano, e, após tal investigação e coleta de subsídios, iniciar a ação penal.

A persecução penal (*jus perseguendi*), assim, abrange tanto o direito (dever) do Estado⁵⁵ de promoção do processo penal acusatório (*jus perseguendi in judicio*) quanto à atividade de investigação que o antecede (*jus perseguendi extra judicio*), quando necessária.

2.1 CONCEITO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Investigação é “o ato ou efeito de investigar; busca, pesquisa”⁵⁶. E investigar, do latim *investigare*, significa “seguir os vestígios”, “fazer diligências para achar;

54 LIMA, Marcellus Polastri. **Ministério Público e persecução criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 26.

55 Sobre a acusação pelo estado (ação penal pública) e pelo particular (ação penal privada), ver capítulos 2.2 e 3.1.

56 Novo Dicionário Eletrônico Aurélio, versão 5.0, Positivo Informática Ltda., 2004.

pesquisar, indagar, inquirir”⁵⁷.

Investigação criminal pode ser definida, resumidamente, como a atividade pré-processual de produção e colheita de elementos de convicção (evidências) acerca da materialidade e da autoria de um fato criminoso.

Frente à diversidade de denominações em diversos países (*indagine preliminare* na Itália; *vorverfahren* e *ermittlungsverfahren* - procedimento preparatório ou fase de averiguação – na Alemanha; *l'enquete preliminaire* e *l'instruction*, na França; *prosecution* e *preliminary inquiry* na Inglaterra, etc.), Aury Lopes Jr.⁵⁸ prefere a expressão “**instrução preliminar**” a “investigação criminal” para designar essa atividade:

O termo que nos parece mais adequado é o de *instrução preliminar*. O primeiro vocábulo - instrução - vem do latim *instruere*, que significa ensinar, informar. Serve para aludir ao fundamento e à natureza da atividade levada a cabo, isto é, a apuração de dados fáticos e elementos de convicção que possam servir para formar a *opinio delicti* do acusador e justificar o processo ou o não-processo. Ademais, faz referência ao conjunto de conhecimentos adquiridos, no sentido jurídico de cognição. Também reflete a existência de uma concatenação de atos logicamente organizados: um procedimento. Para uma análise de sistemas abstratos e concretos de diversos países, o melhor é utilizar o termo *instrução* que *investigação*, não só pela maior abrangência do primeiro (pois pode referir-se tanto a uma atividade judicial - juiz instrutor - como também a uma sumária investigação policial), mas também porque poderia ser apontada uma incoerência lógica falar em *investigação preliminar* quando não existe uma *investigação definitiva*, ao passo que a uma instrução preliminar corresponde uma definitiva, levada a cabo na fase processual. Ao vocábulo *instrução* devemos acrescentar outro – *preliminar* - para distinguir da instrução que também é realizada na fase processual. Também servirá para apontar o caráter prévio com que se realiza a instrução, diferenciando sua situação cronológica. Etimologicamente, o vocábulo *preliminar* vem do latim - prefixo *pre* (antes) e *liminaris* (algo que antecede, de porta de entrada) - deixando em evidência seu caráter de "porta de entrada" do processo penal e a função de filtro para evitar acusações infundadas. Sem embargo, no Brasil, é tradicional o emprego de *investigação criminal*. A doutrina brasileira prefere utilizar *investigação*, reservando *instrução* para a fase processual. A nosso juízo, o termo *instrução* pode ser utilizado, desde que acompanhado do adjetivo **preliminar**, evitando assim qualquer confusão com a instrução definitiva realizada na fase processual.

57 Idem.

58 LOPES Jr. Aury. Op. Cit, p. 34.

Evidenciada a maior precisão terminológica da expressão “instrução preliminar”, mas não sendo possível desconsiderar a tradição do direito brasileiro, utilizar-se-ão, ao logo deste trabalho, indistintamente, as expressões *investigação criminal e instrução preliminar*.

A atividade preliminar de produção e colheita de elementos de convicção abrange uma série de atos de natureza investigatória: a inquirição de pessoas, a apreensão de coisas e documentos, a realização de perícias etc.

Ao tratar do inquérito policial, o Código de Processo Penal elenca, em rol não exaustivo, uma série de medidas a serem tomadas pela autoridade policial na apuração de ilícitos penais:

Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais; (Redação dada pela Lei nº 8.862, de 28.3.1994) (Vide Lei nº 5.970, de 1973)

II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais; (Redação dada pela Lei nº 8.862, de 28.3.1994)

III-colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;

IV-ouvir o ofendido;

V-ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por 2 (duas) testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura;

VI-proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações;

VII-determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias;

VIII-ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes;

IX-averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter.

Todas essas medidas, sejam ou não praticadas por um delegado de polícia no interesse de um inquérito policial, têm natureza investigatória, porquanto

voltadas à obtenção de elementos indispensáveis ao conhecimento preliminar dos fatos, subsidiando o órgão estatal de acusação (ou o particular, na ação penal de iniciativa privada) para sua decisão quanto à deflagração ou não do processo penal.

Ao lado daquelas elencadas no art. 6º do CPP, diversas outras medidas investigatórias podem ser ainda mencionadas: a obtenção de informações bancárias, fiscais e financeiras; a realização de interceptação de comunicações telefônicas e de dados (CF/88, art. 5º, XII; lei n.º 9.296/96,); a captação e a interceptação ambiental e a infiltração de agentes de polícia ou de inteligência (lei n. 9.034/95, art. 2º, e lei n. 10.409/2002, art. 33) e mesmo as prisões cautelares, quando fundadas na “imprescindibilidade para as investigações” e na “conveniência da instrução criminal” em sua fase pré-processual (art. 1º, I, da lei 7.960/89, e art. 312 do CPP).

Vê-se, pois, que investigação abrange todo e qualquer ato pré-processual direta ou indiretamente voltado para o conhecimento sobre um fato delituoso.

Proponha-se, neste passo, um conceito mais preciso e completo de investigação criminal: *seqüência de atos preliminares direta ou indiretamente voltados à produção e à colheita de elementos de convicção e de outras informações relevantes*⁵⁹ *acerca da materialidade e autoria de um fato criminoso.*

Esclareça-se, neste passo, a opção aqui feita pela expressão “produção e colheita de elementos de convicção”, em vez de “produção e colheita de provas”⁶⁰.

59 Nem sempre o ato de investigação terá por objeto a colheita ou produção de um elemento de convicção (prova em sentido lato), dirigida que está esta, por natureza, a um **fato**. A investigação poderá exigir a obtenção de informações diversas não necessariamente vinculadas ao fato criminoso que se pretenda apurar. Assim é que a autoridade investigante, quando necessário, deverá empreender diligências no sentido de localizar uma testemunha que pretenda ouvir; deverá também colher a qualificação completa de todos, sobretudo do investigado, etc.

60 Embora não seja objeto do presente estudo a conceituação de prova e sua classificação, são pertinentes algumas breves observações. Segundo Nicola Malatesta, em seu clássico *A Lógica das Provas*, prova é “o meio objetivo pelo qual o espírito humano se apodera da

Dada a natureza preliminar, preparatória, da investigação criminal, os elementos produzidos e colhidos nessa fase não necessariamente contarão com a participação da defesa nem serão submetidos ao contraditório⁶¹.

Entre um dos axiomas garantistas está a “*nulla probatio sine defensione*” (é

verdade.” (MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Campinas: LZN Editora, 2003, p. 15). E, adiante, continua: “... visando-se em juízo criminal a estabelecer a realidade dos fatos, só são propriamente provas as que levam a nosso espírito uma preponderância de razões afirmativas para crer em tais realidades; e por isso, só são realmente provas as da probabilidade, a simples preponderância, maior ou menor, das razões afirmativas sobre as negativas e as da certeza, o triunfo das razões afirmativas para crer na realidade do fato.” (p. 84).

Sobre as diferentes acepções do vocábulo prova, leciona Juan Igartua Sala Verria: “Y topamos con un dato que quizás nos ofrezca un alto rendimiento; a saber, que el término 'prueba' ha servido comúnmente para designar aspectos distintos del fenómeno probatorio, de manera que el significado de la palabra cambia según los casos. Esta variabilidad semántica se cifra en tres significados del vocablo 'prueba'. 'Prueba' indica lo que sirve para confirmar o falsar una aseveración referente a un hecho, es decir los medios de prueba que se emplean para el conocimiento del hecho. 'Prueba' denota también el resultado al que se llega utilizando los medios de prueba; es decir, hay prueba cuando la aseveración sobre un hecho resulta verificada en base a los elementos cognoscitivos disponibles. 'Prueba' significa, igualmente, el paso que se instaura entre la 'prueba' en el primero y el segundo de los sentidos que acabo de mencionar; esto es entre los medios de prueba y la confirmación del aserto sobre un hecho” (IGARTUA Sala Verria, Juan, apud MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Curso de investigação criminal**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 233/234).

Sobre *prova* e seus variados sentidos técnico-jurídicos: “Toda pretensão prende-se a algum fato, ou fatos, em que se fundamenta. As dúvidas sobre a veracidade das afirmações feitas pelas partes no processo constituem as questões de fato que devem ser resolvidas pelo juiz, à vista da prova de acontecimentos pretéritos relevantes. A prova constitui, assim, numa primeira aproximação, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência de certos fatos. [...] Mas o termo “prova” não é unívoco. Em sua primeira acepção, indica o conjunto de atos processuais praticados para averiguar a verdade e formar o convencimento do juiz sobre os fatos. Num segundo sentido, designa o resultado dessa atividade. No terceiro, aponta para os “meios de prova”. Pode-se, assim, distinguir entre *fonte de prova* (os fatos percebidos pelo juiz), *meio de prova* (instrumentos pelos quais os mesmos se fixam em juízo) e *objeto da prova* (o fato a ser provado, que se deduz da fonte e se introduz no processo pelo meio de prova). [...] A prova classifica-se em *direta* ou *indireta*, conforme se refira direta e imediatamente ao fato a ser provado (objeto da prova), ou se refira a outro fato (indício) que, por sua vez, se ligue ao fato a ser provado. Nesse enfoque, a prova indiciária é sempre indireta. Fala-se, ainda, numa outra classificação, em prova *plena* (ou evidente) e *semiplena* (ou incompleta), segundo o grau de certeza capaz de causar no juiz. [...] Finalmente, quanto às atividades processuais concernentes à prova, devem ser destacados quatro momentos: as provas são *pro postas* (indicadas ou requeridas); *admitidas* (quando o juiz se manifesta sobre sua admissibilidade); *produzidas* (introduzidas no processo) e *apreciadas* (valoradas pelo juiz).” (GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance, GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades do processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 141-143).

61 Como será visto no tópico seguinte (2.2), a finalidade e a natureza da instrução preliminar fundamentam a desnecessidade do contraditório e da ampla defesa.

nula a prova produzida sem a participação da defesa - A10⁶²). Como decorrência da relação entre esse axioma garantista e outros axiomas, tem-se também que “*nullum iudicium sine accusatione, sine probatione et sine defensione*” (T65⁶³).

Forte nesses postulados, que desenham a base de um modelo punitivo racional, tende-se a concordar com Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance e Antônio Magalhães Gomes Filho, no sentido de que os elementos de convicção colhidos na fase pré-processual, anterior à formalização da acusação, sem a participação da defesa e do juiz, **não são provas**^{64 65}. Ou, mais precisamente, os elementos de convicção colhidos na fase pré-processual são provas apenas em sentido *lato*, mas não em sentido estrito, consoante lição de Marcelo Batlouni Mendroni⁶⁶:

As evidências, também consideradas fontes de provas e, segundo consideramos abarcam os indícios e os contra-indícios, são assim chamados como espécies do gênero **provas**, segundo consideramos, porque são produzidos (desvendados) em fase pré-processual, onde não há, por assim dizer, intervenção jurisdicional - exceção feita aos casos das medidas cautelares reais e pessoais.

Tanto as evidências (indícios diretos e indiretos), como os elementos provas (decorrentes de medidas cautelares), todos pertencentes à fase pré-processual, também devem ser consideradas provas *latu sensu*. É claro q medidas cautelares também podem acontecer já durante a fase processual. E provas, *strictu sensu* são assim denominadas, por questões meramente técnicas durante a fase processual.

O código modelo ibero-americano dispõe de modo semelhante, ao estabelecer que os elementos informativos colhidos na fase preliminar em verdade **não são**

62 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 75.

63 FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit, p. 89

64 “Falar em provas significa pensar na formação do convencimento do juiz, no processo.” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 352). Sobre a presença do juiz e das partes como condição de validade das provas, confira-se também: GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades do processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 143-147.

65 Senão para a única finalidade - conforme se abordará no tópico seguinte - de subsidiar o órgão de acusação (ou o particular) para a formação de seu convencimento.

66 MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Curso de investigação criminal**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 234.

provas, no sentido de que não podem ingressar licitamente processo⁶⁷. Em alguns ordenamentos, é tão nítida a imprestabilidade (para o juízo definitivo) desses elementos angariados na fase pré-processual que chega a ser prevista expressamente sua exclusão dos autos que venham a formar o processo principal (como no processo penal italiano) ou mesmo sua eliminação física (como no processo penal espanhol, nos crimes de competência do Tribunal do Júri)⁶⁸.

Afirmou-se, linhas acima, que a investigação é uma atividade de colheita e produção de elementos de convicção. Com isso, quer-se asseverar que os atos praticados pela autoridade investigante podem ser tanto de obtenção (colheita) de elementos – e.g., pela apreensão de documentos e coisas que sirvam ao conhecimento do fato, como os instrumentos do crime, pelo encaminhamento, em cumprimento a determinação emanada da autoridade investigante, de documentos ou coisas, etc. - quanto de criação (produção) de elementos – como a elaboração de uma prova pericial, a realização da inquirição de testemunhas ou dos investigados (que contarão com a participação ativa da autoridade investigante, conduzindo o ato), a realização de uma acareação etc. Em síntese, colheita ocorrerá quando o elemento de convicção (prova em sentido amplo) tiver sido constituído sem a participação direta da autoridade investigante, ainda que formalmente integrada à investigação em cumprimento a ordem emanada dessa autoridade; produção haverá quando quando a autoridade concorrer para a prática do ato que, em si, prestar-se-á como elemento de convicção⁶⁹.

A invalidade dos elementos colhidos na fase pré-processual para fins de formação convencimento judicial definitivo (decisão de mérito condenatória ou absolutória), a nosso ver, é pressuposto para a preservação do modelo

67 GRINOVER, Ada Pellegrini. Influência do código de processo penal modelo para ibero américa na legislação latino-americana: convergências e dissonâncias com os sistemas italiano e brasileiro. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 1, jan./mar. 93, p. 51.

68 LOPES Jr. Aury. Op. Cit, p. 133.

69 Embora tenha sido feita referência a “autoridade investigante”, não se descure que as investigações possam ser realizadas por particulares. Estas espécies de investigação serão abordadas no capítulo 2.3.

processual penal garantista.

É certo, em contrapartida, que o risco de perecimento pode demandar a produção antecipada de determinadas provas – ou seja, a produção de provas em momento anterior à deflagração do processo acusatório. Nesse caso, para que tais provas sejam válidas e possam integrar o processo, devem ser respeitados, no ato de sua colheita ou produção, todos os princípios regentes do processo penal, como se já recebida a acusação, assegurando-se, destarte, a participação do acusado (no caso, do investigado) para que exerça o contraditório e a ampla defesa, sob a presidência da autoridade judiciária competente.

Não se pode deixar de anotar, ademais, que certos elementos de convicção colhidos na instrução preliminar podem eventualmente integrar a instrução do processo, como é o caso do corpo de delito (vestígios, elementos materiais deixados pelo crime – art. 158 do CPP) e da prova estritamente documental⁷⁰. Nesse caso, é requisito para sua admissibilidade que sejam oportunamente submetidas ao contraditório, outorgando-se à defesa o direito de impugná-las pelas vias próprias (como a instauração de um incidente de falsidade documental ou a apresentação de contra-provas).

2.2 FINALIDADE E DESTINATÁRIOS DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Diversamente do que alguns podem crer, a investigação **não** tem como objetivo a colheita e a produção de elementos que *provem* a prática de um ilícito. Afirmar isso implicaria dizer que toda instrução preliminar teria como meta a demonstração de um ilícito, *desconsiderando qualquer elemento que apontasse para sentido oposto*.

70 Ao nosso sentir, as gravações, as transcrições e os relatórios de interceptações de comunicações telefônicas realizadas na fase investigatória enquadram-se nessa hipótese. Assim, podem ser integrados ao processo, desde que seja dada à defesa a oportunidade de contraditá-las por todos os meios legalmente previstos. Trata-se de um contraditório *diferido* ou *postergado*, cuja constitucionalidade vem sendo amplamente confirmada pela doutrina e pelas cortes brasileiras. (Cf. RANGEL, Paulo. Breves considerações sobre a Lei 9296/96 (interceptação telefônica). **Jus Navigandi**, Teresina, a. 4, n. 41, mai. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=195>>. Acesso em: 13 abr. 2006).

Como já afirmava Carneluti, a investigação “*não se faz para a comprovação de um delito, mas somente para excluir uma imputação aventurada*”⁷¹. Para a comprovação (ou não) de um delito, há a instrução processual propriamente dita, com todos os princípios a esta inerentes, notadamente o contraditório e a ampla defesa. Nos dizeres de Cláudio Lemos Fonteles⁷²:

À comprovação ou não, do delito destina-se o processo penal de conhecimento, assentado essencialmente na instrução judicial contraditória que, em nosso País, desenvolve-se ante o juízo monocrático.

Tudo porque é marca do processo penal de conhecimento o princípio da busca da verdade real - artigo 156, parte final, do C.P.P, que significa a reconstrução histórica do acontecido, em juízo, sob a completa igualdade das partes na produção probatória - o contraditório - e a ampla oportunidade à defesa a tanto - a plena defesa -, para que o convencimento judicial expresso na sentença definitiva, porque de mérito, seja devidamente motivado (princípio da persuasão racional, artigo 157, CPP).

Portanto, fique estabelecido: a investigação preliminar não tem razão de ser na comprovação do delito - assim fosse coerente então que terminada esta ou teríamos o delito comprovado, ou não comprovado, e qual a razão de ser da relação processual penal subsequente, e dizê-la preliminar por quê? -, mas no impedir-se a acusação temerária, leviana, desprovida de elementos concretos, indicadores do fato e sua autoria delituosa.

A investigação preliminar, conforme se acena, pode subsidiar tanto o Estado – quando a órgão seu tocar a iniciativa da ação penal – quanto o particular – na ação penal privada. A colheita de elementos em etapa anterior ao exercício desse direito de ação (que é também um dever, no caso da acusação estatal) serve a que não seja esse fruto de uma atuação temerária, evitando, deste modo, acusações infundadas e fadadas ao insucesso.

O processo penal, em si, acarreta custos extraordinários aos diversos sujeitos e entes envolvidos. O processo corresponde ao segundo momento da técnica punitiva, que tem em mira a *individualização*, e se manifesta na forma de coerções e restrições aos potenciais desviantes, substanciada na sujeição do

71 CARNELUTTI, Francesco. **Direito processual penal**. Campinas: PÉritas Editora, 2001, p. 113, v 2.

72 FONTELES, Cláudio Lemos. Investigação preliminar: significado e implicações. **Revista da AJUFE**. Brasília: Associação dos Juizes Federais, ano 19, n.º 65, 2001, p. 300-301.

acusado ao *juízo penal*⁷³. Ao réu, destarte, impõe-se o custo de submeter-se à disciplina processual penal, com todos os ônus e deveres disso decorrentes, sem contar com o estado de ânsia prolongada pela indefinição de sua situação jurídica, que só será deslindada com o trânsito em julgado da decisão de mérito, ao cabo de todo um processo no bojo do qual se lhe impinge a mácula do *status* de acusado⁷⁴. Ao acusador (público ou privado) e ao Estado-Juiz, há o custo da mobilização da máquina administrativa e judiciária, que demanda, além de tempo, o exaurimento de recursos materiais e humanos, cada vez mais escassos⁷⁵.

Dentro desse contexto, aliado ao fato de que os atuais ordenamentos dos Estados democráticos de direito são cada vez mais orientados à proteção de direitos fundamentais (e à conseqüente limitação dos poderes do Estado frente ao homem, a serviço exclusivo desses direitos), é inegável que somente poderá ser admitida uma acusação quando arrimada em elementos mínimos que apontem para sua plausibilidade. Desta forma, não é qualquer *notitia criminis* que dará causa à deflagração de um processo, senão aquelas que sigam respaldadas em razoáveis indícios, que serão eventualmente produzidos e obtidos na fase de investigação, a revelarem a possibilidade de que o fato criminoso tenha sido realmente praticado pelo imputado.

Vê-se, pois, que a instrução preliminar tem como objetivo permitir o exercício da ação penal de forma responsável, seja pelo particular, seja pelo Estado. Por esse mesmo fundamento, pode-se afirmar, sem sombra de incertezas, que toda e qualquer investigação criminal é destinada a fornecer subsídios ao ente legitimado à acusação, para que esse legitimado, conforme o caso, promova a ação cabível ou o arquivamento do procedimento apuratório respectivo.

A partir da identificação da finalidade da instrução preliminar, é possível extrair a distinção entre **atos de prova** e **atos de investigação**.

73 FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit, p. 167.

74 Por não se cuidar esse ponto de objeto específico do presente estudo, reportamo-nos à famosa obra "As misérias do processo penal", de Francesco Carnelutti.

75 Em proporção à multiplicação de demandas propostas.

Atos de prova: a) têm por fito convencer o **juiz** quanto à verdade de uma afirmação; b) servem ao processo e à sentença de mérito; c) devem conduzir a um juízo de certeza sobre a ocorrência ou não ocorrência de um fato; d) exigem a obediência aos princípios da publicidade, do contraditório e da imediação; e e) são praticados perante o juiz que proferirá a sentença de mérito.

Atos de investigação: a) não se referem a uma afirmação, mas a uma hipótese, a ser apreciada pelo **órgão de acusação**; b) servem à formação da *opinio delicti*, a fim de que formalizada acusação ou arquivado o caso; c) devem ser aptas a formar um juízo de probabilidade, e não de certeza quanto a um fato; d) não pressupõem a observância aos princípios da publicidade, do contraditório e da imediação; e e) não necessariamente são praticados perante uma autoridade judiciária⁷⁶.

No Brasil, nos moldes da CF/88, os únicos destinatários de investigações criminais são o Ministério Público (regra) e, apenas para a ação penal de iniciativa privada, o particular⁷⁷. No caso da ação penal de iniciativa pública, o *“postulado do Estado Democrático de Direito está no exigir-se de quem fala pela Sociedade - o Ministério Público - acusação pública assentada em dados concretos de verossimilhança dobre o evento”*⁷⁸.

É tão rigoroso o processo penal brasileiro no que diz respeito à exigência de

76 LOPES Jr. Aury. Op. Cit, p. 131.

77 Não nos parece que seja o Juiz o destinatário da investigação preliminar. “Já se pensou, sem qualquer rigor técnico, que o inquérito policial destinava-se ao Juiz porque, através dele, poderia o Magistrado avaliar se estariam ou não presentes as condições da ação, suporte que precisaria para decidir se receberia ou não a denúncia oferecida pelo Ministério Público. Esta pobre afirmação estaria tão correta quanto uma outra, que poderíamos fazer em resposta, no sentido de que, se fosse assim, a prova colhida durante a instrução criminal (no processo penal) teria por destinatário o Promotor, para que ele avaliasse, à luz dela, se iria recorrer ou não da sentença prolatada pelo Juiz da causa. Haveria absurdo maior do que esta afirmação?!” (BASTOS, Marcelo Lessa. Op. Cit, p. 89-90). Desse modo, o máximo que se poderia admitir é que seja ele um destinatário *indireto*, dado que os elementos colhidos e produzidos na fase investigatória serão estudados por este no momento em que decidir pela admissibilidade ou não de uma acusação, assim que apresentados estes pelo órgão acusador - o destinatário direto das investigações.

78 FONTELES, Cláudio Lemos. Op. Cit, p. 301.

que a acusação seja respaldada em elementos mínimos de convicção que tem-se hoje praticamente sedimentado na doutrina e na jurisprudência pátrias que, às tradicionais condições da ação, soma-se uma quarta, proposta por Afrânio Silva Jardim⁷⁹ - a justa causa⁸⁰:

... levando em linha de conta que a simples instauração do processo já atinge o chamado *status dignitatis* do réu, o legislador exige do autor o preenchimento de mais esta condição para se invocar legitimamente a tutela jurisdicional. [...] Desta forma, torna-se necessário ao regular exercício da ação penal a demonstração, *prima facie*, de que a acusação não é temerária ou leviana, por isso que lastreada em um mínimo de prova.

Não se pode deixar de anotar, em conclusão ao presente tópico, que, no Brasil, vem se verificando um gravíssimo desvirtuamento da atividade de instrução preliminar realizada no inquérito policial, de forma a torná-la uma instrução “definitiva”, em substituição à instrução realizada no curso do processo penal. O grande prejuízo que isso acarreta é o abarrotamento acachapante de trabalho das autoridades policiais e, dados os naturalmente limitados meios de que dispõe, a inefetividade e a morosidade das investigações, predestinando-as ao arquivamento, pela pobreza do conjunto probatório (preliminar) – conquanto exaustivo -, ou à prescrição⁸¹ - dada a necessidade de sua repetição em juízo⁸².

Transforma-se, destarte, o que deveria ser *sumário* – no sentido de que o que se exige dessa atividade preparatória é somente a reunião de elementos a apontar a plausibilidade da demanda penal – em algo *plenário* – verdadeira coleta exaustiva de todos os elementos de convicção. Se é indispensável a reunião de elementos mínimos para que seja deflagrado o processo penal, é também

... inadmissível que a investigação preliminar seja ou converta-se em

79 JARDIM, Afrânio Silva. **Ação penal pública**: princípio da obrigatoriedade. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998, p. 41-42.

80 Embora muitos afirmem que a propalada *justa causa* já é abrangida pela condição da ação *interesse de agir*.

81 Senão pena pena *in abstracto*, certamente pela pena *in concreto*.

82 Quando não tenham sido produzidos em estrita reverência as princípios garantistas, especialmente do contraditório.

plenária, não só porque atrasa todo o processo, mas também porque tende a converter os meros atos de investigação - praticados muitas vezes em segredo e sem qualquer contraditório - em atos de prova, transformando a fase processual num mero trâmite para valorar e sentenciar. Em definitivo, o sistema plenário degenera o processo e a sua estrutura dialética, pois fulmina a igualdade de oportunidades e o contraditório. Também causa a insatisfação geral pela sensação de *repetição* de atos, quando na verdade nunca deveriam ter sido produzidos na investigação preliminar, mas sim reservados para o processo.⁸³

Esse desvirtuamento não pode ser creditado somente às polícias, mas também ao Ministério Público – que comumente olvida de realizar o acompanhamento e o controle de investigações que, afinal, servem ao seu interesse (ou, melhor dizendo, ao interesse público cuja tutela lhe foi outorgada pela Constituição) – e ao Judiciário – que muitas vezes exige, para a admissão de uma acusação, que sejam apresentadas, no momento proemial concomitante à denúncia ou a queixa, todas (ou quase todas) as provas da prática do ilícito, antecipando um juízo que somente deveria ser feito ao final do processo, esvaziando por completo, desse modo, o sentido da instrução processual⁸⁴.

Por óbvio, o reconhecimento de que a investigação preliminar não deve ser exauriente ou plenária não torna menos recomendável que, antes da propositura de uma ação penal, seja dada a oportunidade ao investigado de se manifestar quanto às provas produzidas, tudo de modo a ensejar o exercício responsável da ação penal. Conforme o caso, antes de ser oferecida a denúncia (ou a queixa), deve ser dada oportunidade ao imputado de se manifestar sobre a acusação, até mesmo como forma de subsidiar o legitimado para a acusação, que poderá convencer-se ou não dos argumentos e possíveis elementos apresentados. A notificação prévia do acusado para se manifestar sobre a acusação, aliás, parece ser uma tendência do processo penal brasileiro: já a previa o rito dos crimes cometidos por funcionários públicos (art.

83 LOPES Jr. Aury. Op. Cit, p. 104.

84 O esvaziamento da instrução processual é notado de forma bastante nítida nos tribunais, nos casos de sua competência originária (crimes cometidos por autoridades que gozam do foro por prerrogativa de função), cujo rito prevê uma defesa prévia do acusado, antes do recebimento da denúncia ou da queixa (Lei n.º 8.038/1990). A providência da notificação prévia é salutar; o que não se compatibiliza com o moderno processo penal é a pretensão de que o debate e a decisão sobre o recebimento da acusação demande o completo esgotamento das vias probatórias, antecipando toda a instrução processual.

514 do CPP); mais recentemente, passaram a prevê-la a lei n.º 8.038/1990 (crimes de competência originária dos tribunais), a lei n.º 9.099/95 (lei dos Juizados Especiais, art. 81 – resposta da defesa, na audiência de instrução e julgamento, antes do recebimento da denúncia ou da queixa), a lei n.º 10.409/2002 (nova lei de entorpecentes, art. 38), e mesmo no processo civil, a lei n.º 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa – art. 17, §§ 7º, 8º e 9º, na redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 4.9.2001). O projeto de lei n.º 4.207/01, elaborado pela “Comissão Pellegrini” de reforma do Código de Processo Penal, também propõe que, “nos procedimentos ordinário e sumário, oferecida a denúncia ou queixa, o juiz, se não a rejeitar liminarmente, ordenará a citação do acusado para responder à acusação, por escrito, no prazo de dez dias” (art. 395), e que, após essa resposta, o “juiz, fundamentadamente, decidirá sobre a admissibilidade da acusação, recebendo ou rejeitando a denúncia ou queixa” (art. 396). A alteração alvitrada, portanto, transforma em **regra** a necessidade de efetiva defesa do acusado antes do exame da admissibilidade da acusação⁸⁵.

2.3 INVESTIGAÇÕES ESTATAIS E PRIVADAS

Para que seja exercido de forma responsável o direito de ação, deflagrando o processo penal acusatório, é necessário que seja a acusação lastreada em elementos de convicção mínimos, a permitirem um juízo de probabilidade quanto à prática de uma infração penal. Esses elementos de convicção, por sua vez, podem ser reunidos tanto por particulares quanto pelo Estado.

No ordenamento jurídico brasileiro, reputa-se dispensável o inquérito policial – instrumento de investigação a cargo das autoridades policiais –, no sentido de que pode ser oferecida a denúncia ou a queixa se o legitimado para a promoção da ação penal estiver em posse de outros elementos aptos a convencê-lo quanto à plausibilidade da acusação. A legislação processual penal brasileira, genericamente, nomina este conjunto de elementos diverso do

85 Cf. FERRARI, Eduardo Reale. **Código de processo penal**: comentários aos projetos de reforma legislativa. Campinas: Millenium, 2003, p. 130-131.

inquérito policial de “peças de informação” (art. 28 do CPP).

Sendo uma das funções das polícias a investigação de infrações penais, e sendo o inquérito policial o instrumento típico de documentação dessas investigações, é natural que a maior parte das demandas penais sejam ajuizadas com base nos elementos de convicção colhidos e produzidos pela polícia. Ocorre que os elementos de convicção podem ser coletados por outro ente estatal que tenha atribuição para apurar os fatos, tenham ou não esses fatos, *a priori*, caráter criminal. Com efeito, no exercício regular de seus misteres, diversos órgãos podem obter e produzir elementos por si sós suficientes para a formação da *opinio delicti*. Por dever de ofício, sendo a ação penal de iniciativa pública, deverão estes órgãos encaminhar estas peças de informação ao Ministério Público, órgão incumbido da propositura da ação. Assim que encaminhados os elementos, pode ser desde logo deflagrado o processo penal respectivo independentemente da prévia instauração de um inquérito policial.

As peças de informação, por assim dizer, podem constituir-se tanto de elementos de convicção produzidos e colhidos no curso de um procedimento administrativo próprio (procedimentos administrativos disciplinares, inquéritos parlamentares, procedimentos administrativo-fiscais etc.) quanto de elementos avulsos, não integrados a um procedimento específico. O que se exige, em qualquer caso, é que o ente estatal tenha colhido, produzido ou simplesmente recebido⁸⁶ os elementos de convicção em razão do desempenho de suas atribuições legalmente previstas.

Quando labora na colheita de elementos que configurem uma infração penal, o ente estatal, seja a polícia, seja qualquer outro órgão, está investigando. Nada importa que as investigações tenham foco imediato não na persecução penal,

86 Ainda que tenha o noticiante endereçado as peças a autoridade que não tenha atribuição específica para a apuração de determinado fato criminoso, recebendo a autoridade qualquer informação ou elemento referente à prática de um ilícito é seu dever encaminhá-los à autoridade dotada de atribuição, sob pena de cometer aquela um ilícito penal (no mínimo, a contravenção penal de omissão de comunicação de crime – art. 66 do Decreto-lei n.º 3.688/41) e um ato de improbidade administrativa.

mas noutro fim para o qual o órgão esteja legal e constitucionalmente dedicado. Assim é que os órgãos ambientais, no desempenho ordinário de suas funções, investigarão fatos que caracterizam uma infração ambiental e, ao mesmo tempo, uma infração penal; as Receitas Federal e Estaduais, ao apurarem infrações administrativo-fiscais, estarão eventualmente também investigando crimes contra a ordem tributária etc.

Estando claro que as investigações (estatais) podem ser conduzidas tanto pelas polícias quanto por diversos outros órgãos, uma primeira classificação exsurge: a instrução preliminar pode ser policial ou extra-policial.

Mas nem sempre as investigações extrapoliciais são conduzidas por órgãos do Estado: nada impede que o particular, em esforço próprio, motivado por qualquer objetivo, recolha diretamente esses elementos preliminares e os encaminhe ao Ministério Público (ou a qualquer legitimado para a ação penal). As provas (*lato sensu*) obtidas pela imprensa enquadram-se nessa espécie⁸⁷. Tem-se aí uma segunda classificação: investigações estatais⁸⁸ e investigações privadas ou particulares.

Há uma diferença fulcral entre as investigações estatais e as investigações particulares.

A atividade do Estado é conduzida por autoridades, agentes públicos que,

87 No Brasil, e em qualquer país democrático, é relevantíssimo o papel da imprensa investigativa – e o adjetivo aqui não é despropositado. Crimes de grande repercussão e vasta danosidade muitas vezes começam a ser desvendados por provocação de notícias da imprensa, as quais podem ter como base elementos obtidos de forma lícita por profissionais particulares e serem repassados aos órgãos do Estado para a continuidade das apurações ou até mesmo para o ajuizamento imediato da ação correspondente, se já suficientemente instruída a investigação jornalística. Percival de Souza enumera os verbos (e os obstáculos) que costumam identificar esse trabalho de fundamental importância para toda a sociedade: “Descobrir, apurar, trazer à tona, investigar, buscar, revelar, correr atrás, localizar, identificar, convencer a falar, denunciar, mostrar, escancarar. São ingredientes palpantes da reportagem. Paga-se o preço do risco, da ameaça, da intimidação, da perseguição, da frustração, da decepção, dos processos.” (SOUZA, Percival de. **Narcoditadura**: o caso Tim Lopes, crime organizado e jornalismo investigativo no Brasil. São Paulo: Labortexto Editorial, 2002, p. 223).

88 É preferível a expressão “investigação estatal” a “investigação pública”, para evitar a confusão com “investigações sigilosas” e “não sigilosas”.

nessa qualidade, praticam atos administrativos⁸⁹. Por serem os atos de investigação (estatal) atos administrativos, seus atributos são, entre outros, a **imperatividade**, a **exigibilidade** e, eventualmente, a **executoriedade**.

Por imperatividade, compreende-se que os atos praticados impõem-se aos administrados independentemente de sua concordância. Com sua prática, é também possível exigir do administrado (exigibilidade) determinado comportamento, sob pena de aplicação de uma sanção (como forma de coerção⁹⁰). E sendo o ato administrativo dotado de executoriedade, poderá o agente público, se for o caso, consumir o resultado da conduta exigida do administrado, mas não cumprida, diretamente, pelo uso da força (coação)⁹¹.

Veja-se como esses atributos se verificam nas investigações policiais, analisando uma situação hipotética. Na instrução de um inquérito, um delegado de polícia, como medida investigatória inserida em seu espectro de atribuições legais, decide ouvir uma testemunha (ato administrativo, dotado de presunção de legitimidade). Essa decisão se impõe à testemunha e a qualquer outra pessoa independentemente da aquiescência delas, não podendo ninguém opôr-se a este ato (imperatividade), senão pelas vias judiciais ou administrativas próprias, como pedidos e recursos administrativos ou impugnações perante o

89 Qualquer ato de investigação praticado pelo Estado é um ato administrativo. Certamente não é um ato legislativo, ainda que conduzida a instrução preliminar por autoridade legislativa (e.g., Comissões Parlamentares de Inquérito). Tampouco é jurisdicional. Aceitando a premissa de que o Judiciário não pode praticar atos de instrução preliminar, sob pena de violação do princípio acusatório, quando este decide sobre alguma medida investigatória que seja a ele reservada (como uma interceptação telefônica ou uma busca e apreensão domiciliar) apenas estará, no exercício regular da função jurisdicional, autorizando o ente investigador à prática do ato pretendido – ato este que terá natureza administrativa, e não jurisdicional.

90 A possibilidade de sancionamento é um meio para induzir o administrado ao cumprimento da obrigação. De regra, quando um agente público ou um particular não atende a uma ordem legal da autoridade investigante, pode ser responsabilizado pelo crime de desobediência ou prevaricação.

91 Salientado que nem todo ato administrativo é dotado de executoriedade, é pertinente lembrar a distinção entre exigibilidade e executoriedade: “Graças à exigibilidade, a Administração pode valer-se de meios indiretos que induzirão o administrado a atender ao comando imperativo. Graças à executoriedade, quando esta exista, a Administração pode ir além, isto é, pode satisfazer diretamente sua pretensão jurídica compelindo materialmente o administrado, por meios próprios e sem necessidade de ordem judicial para proceder a esta compulsão. Quer-se dizer: pela exigibilidade pode-se induzir à obediência, pela executoriedade pode-se compelir, constranger fisicamente” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**, 20 ed.. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 391).

judiciário. A autoridade policial faz expedir uma intimação, determinando o comparecimento pessoal daquela testemunha na delegacia no dia designado para sua audiência, oportunidade em que terá o dever de dizer verdade, sob pena de ser penalmente responsabilizada por sua omissão (exigibilidade). E, no caso de não comparecimento dessa testemunha na data marcada, determina o Delegado responsável a sua condução coercitiva (executoriedade).

Numa investigação estatal extrapolicial, nada destoaria⁹². Tome-se o exemplo de uma investigação conduzida pela Receita Federal. Na apuração de um ilícito tributário, que pode eventualmente caracterizar também um ilícito penal, o representante legal de uma empresa é intimado, pelo Auditor Fiscal responsável, para apresentar os livros contábeis e os extratos bancários da pessoa jurídica contribuinte, bem como a esclarecer uma movimentação financeira atípica em contas correntes de que é titular, não declarada à Receita, mas detectada pelo cruzamento de informações dos sistemas do órgão fazendário. Por ser o ato dotado de presunção de legitimidade e de imperatividade, caso o contribuinte se negue a prestar esclarecimentos e a encaminhar a documentação pretendida, poderá a Receita: 1) aplicar à empresa a sanção fiscal correspondente pela não apresentação de sua escrituração contábil (exigibilidade), como a imposição de multa e, se for o caso, o lançamento do crédito tributário de ofício, por arbitramento, com todas as majorantes que incidam em razão do descumprimento da obrigação tributária; e 2) afastar o sigilo de suas informações bancárias, requisitando diretamente às instituições financeiras que encaminhem os extratos (executoriedade).

92 Em artigo publicado ao ensejo dos debates sobre a investigação pelo Ministério Público, Ada Pellegrini Grinover argumenta, em introdução ao tema, que não trataria “de investigações a que procedem órgãos como o Banco Central ou a Receita Federal, que na verdade investigam a respeito de ilícitos financeiros ou tributários da sua competência, podendo eventualmente encontrar elementos informativos a respeito da existência de crimes, que encaminham ao MP. O que interessa, nessa sede, são as investigações criminais formais, acompanhadas do poder de coerção.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. Investigações pelo Ministério Público. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n. 145, dez. 2004, p. 04-05, v. 12). O argumento, *data venia*, não se sustenta. Conforme aqui demonstrado, as investigações conduzidas por quaisquer desses órgãos, porquanto materializadas pela via da prática de *atos administrativos*, são dotadas do poder de coerção (exigibilidade), tanto quanto o são as investigações conduzidas pelos órgãos policiais.

O que diferencia as investigações estatais das investigações privadas é, essencialmente, *imperatividade*, ou, mais marcadamente, o *poder de coerção* (e, eventualmente, *de coação*), existente apenas na primeira espécie de investigação. Quando o particular investiga, contará apenas com seus esforços pessoais⁹³ e com a colaboração de outras pessoas e de entes públicos ou privados, atendendo a solicitações suas. Naturalmente, qualquer elemento de convicção produzido pelo particular com violação a uma norma de direito material acarretará sua ilicitude⁹⁴, tornando-o imprestável até mesmo como subsídio à formação da *opinio delicti*. Outra característica distintiva digna de nota é a *obrigatoriedade* da investigação Estatal (praticado o crime, é dever do Estado investigá-lo, se necessário), que se confronta com a *facultatividade* da investigação pelo particular (os custos – financeiros, sociais, emocionais etc - de uma investigação podem demover o particular da intenção de realizá-la diretamente, ainda que seja de seu interesse e tenha este particular pouca esperança na eficiência de uma investigação estatal).

Embora não se ignore a importância de entes e sujeitos estranhos ao Estado na produção e colheita preliminar de evidências de crimes – destacando-se nesse papel a vítima e a imprensa – o presente trabalho pretende ater-se às investigações Estatais, porquanto se procura, aqui, identificar os critérios para que seja constitucionalmente autorizado o exercício da atribuição investigatória pelos diversos entes do Estado, policiais ou extra-policiais (notadamente o Ministério Público), e as verdadeiras dimensões dessa atribuição.

2.4 INVESTIGAÇÕES ESTATAIS DIRETAS E INDIRETAS (OU INCIDENTAIS)

93 SANTIN, Valter Foletto. Op. Cit, p. 163.

94 No Brasil, a atividade de investigação particular por empresas especializadas é tratada pela lei n.º 3.099/57 e pelo Decreto Federal n.º 50.532/61, que a regulamenta. É digno de menção o disposto no artigo 3º do aludido Decreto: “Art. 3º. É vedada às empresas de que trata o presente regulamento a prática de quaisquer atos ou serviços estranhos à sua finalidade e os que são privativos das autoridades policiais, e deverão exercer sua atividade abstendo-se de atender contra a inviolabilidade ou recato dos lares, a vida privada ou a boa fama das pessoas.”

Em que pese o ponto ora abordado já tenha sido referido, é importante destacar que a atividade persecutória estatal pré-processual nem sempre é desenvolvida por órgãos que têm por fito principal a promoção da segurança pública por meio da repressão à prática de ilícitos penais.

Alguns órgãos são constitucional e legalmente vocacionados à investigação criminal como atividade precípua. É o caso das polícias e das comissões parlamentares de inquérito. Esses órgãos realizam a investigação criminal tendo como objetivo principal (ou como um dos objetivos principais⁹⁵) reunir elementos que permitam ao Ministério Público (ou a outro eventual legitimado) formar seu convencimento quanto à plausibilidade da promoção de uma ação penal.

Outros órgãos, por sua vez, não têm como foco principal a repercussão criminal dos fatos investigados. A apuração tem como móvel principal o conhecimento dos fatos para fins outros, que são diretamente vinculados à função desenvolvida pelo órgão dentro da estrutura de poder do Estado. A possibilidade de sancionamento responsável pelos fatos em seu aspecto penal, por assim dizer, interessa apenas “indiretamente” à investigação do órgão. Esse é o caso das investigações conduzidas pelos órgãos ambientais, tributários, financeiros, sanitários, disciplinares etc. Ao apurar um fato supostamente caracterizador de uma infração sanitária, o órgão competente poderá, *incidentalmente*, obter elementos que indiquem que o fato configura, também, uma infração penal (como um crime contra a saúde pública – arts. 267 a 285 do Código Penal).

No sentido aqui aduzido, Valtan Furtado⁹⁶ assevera que uma investigação,

95 No Brasil, as CPIs, nada obstante tenham como objetivo investigar ilícitos penais para o fim de remeter os elementos ao Ministério Público (art. 58, §3º, da CF/88), exercendo, assim, a fiscalização da administração pública, fazem-no também com o foco de, conhecendo os meandros de uma atividade criminosa, munir o parlamento de subsídios para a elaboração de novas normas – sua função típica -, que importem no aprimoramento da repressão à espécie de ilícito investigado. A esse respeito, cf. BULOS, Uadi Lamêgo. **Comissões parlamentares de inquérito: técnica e prática**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 16-17.

96 FURTADO, Valtan. 15 Razões para o MP investigar. **Revista consultor jurídico**, de 25 mai. 2004, publicação eletrônica. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/24192,1>>. Acesso em: 16 mai. 2006.

“dentro dos dos limites legais, pode ser pública (Polícia, CPI’s, Judiciário, Ministério Público, autoridades militares) ou privada (auditorias internas, atuação de investigador particular - Lei 3.099/57 -, etc.), **direta ou incidental** (Receita Federal, Banco Central, INSS, COAF, corregedorias, etc.)”⁹⁷ (grifo nosso).

Vale notar, em fecho a este tópico, a relativa imprecisão na utilização das expressões *investigação direta* e *investigação indireta*, como a dar a entender que a investigação indireta seria apenas um “efeito colateral” de uma investigação estatal destinada a fins outros que não o sancionamento penal do agente. Sob essa ótica, a imprecisão é calcada em dois motivos: a) cria a (falsa) impressão de que, na investigação indireta, o órgão investigante não tem nenhum “interesse” na persecução penal, ou seja, que a repressão dos fatos em seu aspecto penal é, aos olhos desse órgão, “irrelevante”; e b) parte da (falsa) premissa de que o ilícito penal é ontologicamente distinto de um ilícito administrativo (ou tributário, ou financeiro, ou ambiental, ou sanitário etc.).

O erro, com relação ao primeiro item (item a), reside em desconsiderar ser a segurança pública (que pressupõe a eficiência da persecução penal, em todas as suas fases) dever do Estado (por meio de seus mais diversos órgãos e agentes, policiais ou não) e responsabilidade de todos (art. 144 da CF/88), sendo certo que a omissão da comunicação ao Ministério Público do fato investigado (e dos elementos recolhidos) configura, no mínimo, a contravenção penal do art. 66 do Decreto-lei n.º 3.688/41 e um ato de improbidade administrativa (lei n.º 8.429/92).

Quanto ao segundo item (item b), o equívoco está em afirmar que a investigação recai sobre *ilícitos* (administrativo, fiscal, ambiental etc.), e não sobre *fatos*. Sobre esse ponto, discorrer-se-á mais detidamente no capítulo 3.

97 Segundo essa classificação, é correto que o Ministério Público figure, ao lado das polícias e das CPIs, entre os órgãos que realizam investigações diretas. Quanto ao Judiciário, sua inclusão entre esses órgãos pressupõe a existência de uma atribuição investigatória sua – premissa da qual discordamos, como já exposto, em razão de sua incompatibilidade com o princípio acusatório.

2.5 A INVESTIGAÇÃO EM CADA MODELO PROCESSUAL PENAL

Como visto no capítulo 1, para cada sistema ou modelo processual penal corresponderá ao menos um sistema de investigação específico.

No sistema inquisitivo, toda a atividade de investigação preparatória e de instrução processual é confiada a um único sujeito. Em verdade, sequer se pode fazer uma distinção, nesse sistema, entre a atividade de investigação e de instrução definitiva, considerando que todos os elementos colhidos pelo juiz inquisidor são considerados *provas*, na medida em que suficientemente aptas à formação de seu convencimento. À luz do conceito de *processo* (em sentido estritamente jurídico) e de seus *elementos* (partes, pedido e causa de pedir), é até mesmo difícil identificar a atividade desenvolvida no sistema inquisitório como um verdadeiro processo. Nesse sentido, Santiago Sentis Melendo adverte que “onde aparece o sistema inquisitório, haverá uma investigação policial (embora chamem de juiz ao funcionário que a dirige), nunca, porém, um processo judicial”⁹⁸.

No sistema acusatório, a instrução preliminar fica a cargo de um (ou diversos) órgão(s), distinto(s) do órgão julgador. As autoridades às quais são conferidas atribuições investigatórias, enquanto agentes da administração pública, têm poderes para praticar atos investigatórios, conforme haja ou não previsão específica para tanto (princípio da legalidade estrita), e devem submeter essa investigação ao controle jurisdicional, concomitantemente à realização de cada ato ou, conforme a sistemática adotada, ao final da investigação, com a apresentação da acusação formal pelo ente legitimado ou com a promoção do arquivamento. Além disso, determinadas medidas, por inserirem-se na esfera de atribuições reservadas às autoridades dotadas de poderes jurisdicionais (cautelares pessoais e reais, interceptações telefônicas, buscas e apreensões domiciliares) não podem ser diretamente intentadas pela autoridade investigante, senão após avalizadas pelo juiz que, nesse mister, atuará como garantidor da legalidade do procedimento investigatório, a quem o investigado

98 LAGO, Cristiano Álvares Valadares do. Op. Cit, p. 31.

sempre poderá ocorrer no caso de ser cometido algum abuso em seu desfavor.

No modelo misto ou acusatório formal, a atividade investigatória é entregue a autoridades dotadas de poderes jurisdicionais, seja um Juiz ou Tribunal, seja um membro do Ministério Público (nos países que outorgam ao MP poderes próprios das autoridades judiciárias). Havendo ou não previsão para o contraditório nessa fase (*sistema misto clássico e sistema misto com juizado de instrução contraditório*), é certo que, por vezes, será necessária, para o início da instrução preliminar, a obtenção de mínimos indícios da prática de um crime, a serem reunidos pela polícia ou por qualquer outro órgão ou sujeito. Essa *investigação prévia*, antecedente à instrução preliminar, por ter natureza eventual e precária, não afeta a essência do sistema, que continua a pressupor a figura do Juiz (ou promotor) instrutor, sendo os demais atores dessa investigação (Ministério Público, polícia e investigado) meros coadjuvantes seus.

Assinalados os contornos da instrução preliminar em cada sistema, importa perquirir sobre o papel atual do Ministério Público em matéria de investigação em outros países, tema dos tópicos 2.6 e 2.7, e no Brasil, assunto a que será dedicado o capítulo 3.

2.6 A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM OUTROS PAÍSES

Não integra a proposta do presente trabalho um estudo aprofundado do direito comparado no que concerne à instituição do Ministério Público nos diversos países e sua atuação na instrução preliminar em cada modelo atualmente existente. Assim, cinge-se este tópico a uma breve menção aos principais sistemas da atualidade, apenas para pavimentar a linha de argumentação a ser desenvolvida capítulo 3, demonstrando que a investigação criminal direta pelo Ministério Público é uma tendência que já se encontra solidificada nos principais ordenamentos estrangeiros que costumam servir de referência aos estudiosos do direito em todo o mundo e especialmente no Brasil. Tendo em

vista que aqui se demonstrou a incompatibilidade (no plano ideal) do modelo misto com o Estado Democrático de Direito, optou-se pela referência apenas a países que hodiernamente adotam os sistemas que mais parecem aproximar-se do acusatório puro⁹⁹, a saber: Itália, Alemanha, Portugal e Estados Unidos.

A Itália, que com a publicação de seu novo Código de Processo Penal, em 24 de outubro 1989, promoveu uma grande reforma em seu sistema processual penal e abandonou os juizados de instrução, reserva hoje ao juiz o papel de supervisor da legalidade da investigação e de tomada de decisões consideradas jurisdicionais, sempre que estiver em jogo a restrição de direitos fundamentais (como prisões, aplicação provisória de medidas de segurança e cautelares reais¹⁰⁰). Quanto ao Ministério Público¹⁰¹, ao mesmo tempo em que lhe foram diminuídos os poderes de coerção outrora reconhecidos¹⁰², outorgou-se-lhe a função de direção da investigação, que deve **pessoalmente** conduzir, cumprindo à polícia executar as medidas investigatórias por aquelas ordenadas. Segundo o CPP Italiano, a prática de atos investigatórios pela polícia dá-se por meio de uma *delegação* do Ministério Público. Noutras palavras, o Ministério Público Italiano é o verdadeiro responsável pela investigação¹⁰³, indicando os atos a serem executados pela polícia, que age sob suas ordens. Prevê a lei

99 Sobre os países que ainda hoje adotam o sistema misto ou acusatório formal, ver tópico 1.5.

100 Cf. MOROSI, Guillermo et al. El sistema procesal penal italiano. In: HENDLER, Edmundo S. (director). **Sistemas procesales comparados**. Buenos Aires: AD-HOC, 1999, p. 154-168.

101 Na Itália, a magistratura compreende os membros do Ministério Público e do Poder Judiciário.

102 Cf. PERRODET, Antoinette. O sistema italiano. In: DELMAS-MARTY, Mireille (org.). **Processos penais da Europa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 363. É interessante notar que, mesmo com a remoção, pós-reforma de 1989, de caracteres jurisdicionais que o Ministério Público italiano antes possuía, pode-se afirmar que seus poderes de coerção ainda hoje são superiores aos do Ministério Público do Brasil. No Itália, o Ministério Público pode, de ofício, determinar a prisão imediata de um suspeito da prática de um crime quando houver fundado risco de fuga, requerendo somente *a posteriori*, no prazo de 48 horas, a convalidação dessa prisão pela autoridade judiciária, nos termos dos arts. 384 e 390 do CPPI.

103 Codice di Procedura Penale (CPPI):

"Art.358 (Attività di indagine del pubblico ministero) 1. Il pubblico ministero compie ogni attività necessaria ai fini indicati nell'art. 326 e svolge altresì accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini.

(...)

Art.370 (Atti diretti e atti delegati) 1. Il pubblico ministero compie personalmente ogni attività di indagine. Può avvalersi della polizia giudiziaria per il compimento di attività di indagine e di atti specificamente delegati, ivi compresi gli interrogatori ed i confronti cui partecipi la persona sottoposta alle indagini che si trovi in stato di libertà, con l'assistenza necessaria del difensore. (...)"

italiana, inclusive, a impossibilidade de delegação à polícia de determinados atos de investigação, que, deste modo, devem ser praticados apenas pelo Ministério Público, a exemplo de interrogatórios e acareações¹⁰⁴. A condução da investigação pelo Ministério Público não obsta a realização de uma investigação subsidiária pela polícia, que, segundo Vittorio Chiusano¹⁰⁵, seria uma verdadeira "investigação paralela". Nesse caso, é dever da polícia encaminhar prontamente ao Ministério Público todos os elementos produzidos.

Na Alemanha, é o Ministério Público (*Staatsanwaltschaft*) o encarregado das investigações necessárias à elucidação de um ilícito penal. O procedimento preliminar ou de investigação (*vorverfahren* ou *ermittlungsverfahren*) é conduzido pelo Ministério Público, que para tal mister é auxiliado pela polícia. Além da polícia, em questões fiscais ou administrativas são dotados de atribuição investigatória os *agentes administrativos*¹⁰⁶. A instrução preliminar promovida pelo Ministério Público conta com a participação de um magistrado, que é responsável por autorizar a prática de determinadas medidas que afetem diretamente as liberdades individuais. Embora não sejam hierarquicamente subordinados ao Ministério Público, os agentes policiais são obrigados a cumprir suas determinações proferidas no interesse da investigação criminal. A obediência às instruções e às ordens do Ministério Público, inclusive, precede às ordens dos superiores hierárquicos das próprias autoridades policiais¹⁰⁷. Os poderes de investigação do Ministério Público na Alemanha abrangem a possibilidade de realização de buscas domiciliares (§§ 102 a 110 do Código de Processo Penal Alemão – StPO) e a interceptação de comunicações telefônicas (§ 100, StPO). Com relação às interceptações telefônicas, pode o Ministério Público determiná-las apenas em situações de urgência, devendo a medida ser judicialmente convalidada no prazo de três dias. A desenvoltura e a autonomia com que o Ministério Público dirige a investigação criminal na

104 A lei n.º 356, de 7 de agosto de 1992, relativo à criminalidade mafiosa, previu a possibilidade de delegação também de tais atos (Cf. PERRODET, Antoinette. Op. Cit, p. 364).

105 Apud SANTIN, Valter Foletto. Op. Cit p. 111.

106 Cf. JUY-BIRMANN, Rudolphe. O sistema alemão. In: DELMAS-MARTY, Mireile (org.). **Processos penais da Europa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 14-15.

107 SANTIN, Valter Foletto. Op. Cit p. 117.

Alemanha, segundo Paulo Pinto de Carvalho¹⁰⁸, permite aproximá-lo da figura do promotor norte-americano. Na prática, as investigações geralmente são realizadas pela polícia, sendo poucos os crimes sobre os quais o Ministério Público alemão promove investigações diretas¹⁰⁹.

Em Portugal, segundo seu Código de Processo Penal, compete ao Ministério Público¹¹⁰ a direção do inquérito¹¹¹ (art. 53.º), cabendo à polícia coadjuvá-lo nessa atividade. A prática de atos investigatórios pela polícia se dá por *delegação* do Ministério Público (art. 270.º¹¹²). Prescreve o art. 55 do Código de Processo Penal Português – CPPP - que "compete em especial aos órgãos de polícia criminal, mesmo por iniciativa própria, colher notícia dos crimes e impedir quanto possível as suas consequências, descobrir os seus agentes e levar a cabo os actos necessários e urgentes destinados a assegurar os meios de prova". A atuação das autoridades policiais, entretanto, efetiva-se sob a orientação do Ministério Público, órgão com o qual mantém um relação de

108 Apud SANTIN, Valter Foletto. Op. Cit, p. 116.

109 No sistema alemão, as investigações promovidas diretamente pelo Ministério Público costumam relacionar-se a casos mais graves, a exemplo de crimes do colarinho branco e de terrorismo (Cf. KAC, Marcos. Op. Cit, p. 76).

110 Assim como na Itália, o Ministério Público em Portugal integra o corpo da magistratura, sendo por tal motivo tratado, inclusive pelo Código de Processo Penal, como *autoridade judiciária*.

111 Segundo o art. 262.º do CPPP, "o inquérito compreende o conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas, em ordem à decisão sobre a acusação".

112 "Artigo 270.º

Actos que podem ser delegados pelo Ministério Público nos órgãos de polícia criminal

1 - O Ministério Público pode conferir a órgãos de polícia criminal o encargo de procederem a quaisquer diligências e investigações relativas ao inquérito.

2 - Exceptuam-se do disposto no número anterior, além dos actos que são da competência exclusiva do juiz de instrução, nos termos dos artigos 268.º e 269.º, os actos seguintes:

a) Receber depoimentos ajuramentados, nos termos do artigo 138.º, n.º 3, segunda parte;

b) Ordenar a efectivação de perícia, nos termos do artigo 154.º;

c) Assistir a exame susceptível de ofender o pudor da pessoa, nos termos do artigo 172.º, n.º 2, segunda parte;

d) Ordenar ou autorizar revistas e buscas, nos termos e limites do artigo 174.º, n.º 3 e 4;

e) Quaisquer outros actos que a lei expressamente determinar que sejam presididos ou praticados pelo Ministério Público.

3 - O Ministério Público pode, porém, delegar em autoridades de polícia criminal a faculdade de ordenar a efectivação da perícia relativamente a determinados tipos de crime, em caso de urgência ou de perigo na demora, nomeadamente quando a perícia deva ser realizada conjuntamente com o exame de vestígios. Exceptuam-se a perícia que envolva a realização de autópsia médico-legal bem como a prestação de esclarecimentos complementares e a realização de nova perícia nos termos do artigo 158.º

4 - A delegação a que se refere o n.º 1 pode ser efectuada por despacho de natureza genérica que indique os tipos de crime ou os limites das penas aplicáveis aos crimes em investigação".

dependência funcional (art. 56.º do CPPP). Sobre a posição do juiz na fase de investigação do processo penal português, L. M. Bunge Campos¹¹³ observa que "durante o trâmite do inquérito, o juiz de instrução atua como um verdadeiro juiz de garantias, tendo nesta etapa uma função passiva, de garantia dos direitos fundamentais, como dito, e sem iniciativa processual própria". É da competência exclusiva desse juiz instrutor determinar buscas domiciliares, apreensões de correspondências e interceptações telefônicas (art. 269.º), bem como prisões cautelares (art 28.º da Constituição da República Portuguesa¹¹⁴), por provocação do Ministério Público ou da autoridade policial responsável.

Nos Estados Unidos, o Ministério Público, acompanhando a organização do sistema federativo norte-americano, divide-se em três esferas: federal, dos estados e dos condados. No âmbito federal, que corresponderia ao Ministério Público Federal brasileiro, atuam o *US Attorney General* e, perante cada um dos 94 Tribunais Distritais Federais, os *US Attorneys*, que representam localmente o *Attorney General*, integrando, todos eles, o Departamento de Justiça (cujo paralelo, no Brasil, é o Ministério da Justiça¹¹⁵). Nos Estados, funcionam os *Attorneys General of the State*, que escolhe livremente os demais membros da carreira, nominados *Assistants Attorney General*, dentre os bacharéis em Direito. Nos condados (*County*), que abrangem os territórios de certos municípios, figuram os *State's Attorneys* ou *District Attorneys*¹¹⁶. O *US Attorney General* é nomeado pelo Presidente dos EUA com a aprovação do

113 CAMPOS, L. M. Bunge. Sistema procesal penal de Portugal. In: HENDLER, Edmundo S. (director). **Sistemas procesales comparados**. Buenos Aires: AD-HOC, 1999, p. 355. Segue o texto no original: "Durante el trámite del *inquérito* el juez de Instrucción actúa como un verdadero juez de Garantías, teniendo en esta etapa una función pasiva, como dijimos de garantía de los derechos fundamentales y sin iniciativa procesal propia". No mesmo sentido: RANGEL, Paulo. **Investigação criminal direta pelo Ministério Público**: visão crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 164.

114 "Artigo 28.º (Prisão preventiva)

1. A detenção será submetida, no prazo máximo de quarenta e oito horas, a apreciação judicial, para restituição à liberdade ou imposição de medida de coacção adequada, devendo o juiz conhecer das causas que a determinaram e comunicá-las ao detido, interrogá-lo e dar-lhe oportunidade de defesa".

115 "Estão subordinados ao Ministério Público Federal norte-americano o Departamento de Repressão às Drogas (*Drug Enforcement Administration*), o Birô de Presídios e o FBI" (PROENÇA, Luís Roberto, apud SANTIN, Valter Foletto. Op. Cit, p. 122).

116 PAES, José Eduardo Sabo. **O Ministério Público na construção do estado democrático de direito**. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 121-126.

Senado. Os *Attorney General of the State* e os *District Attorneys*, de regra¹¹⁷, são eleitos pelas respectivas comunidades, exercendo, portanto, um cargo de conotação marcadamente política. O papel do Ministério Público norte-americano é o exemplo extremo de domínio sobre a atividade da persecução penal. Embora seja necessária uma autorização judicial (*warrant*) para medidas cautelares de prisão, de busca (*search*) e de apreensão (*seize* ou *seizure*)¹¹⁸, nos Estados Unidos o Ministério Público é o verdadeiro senhor da investigação criminal, não havendo um controle judicial valorativo no correr da fase investigativa nem no caso de seu arquivamento¹¹⁹. Seu poder discricionário (*discretion*) permite decidir sobre a submissão do caso à *preliminary hearing* e ao *grand jury*, para a confirmação da existência de uma *probable cause*¹²⁰, e mesmo negociar com o investigado a troca de uma admissão de culpa por uma pena mais reduzida ou por uma desqualificação do delito para tipos com sanções menos severas (*plea bargaining*)¹²¹. Segundo José Eduardo Sabo Paes¹²²,

Não existe, na prática, controle judicial exceto quando a ação é ajuizada com "intenção de perseguição" ou de modo discriminatório. O juiz evita de todos modos qualquer tipo de intervenção, pois a atribuição da investigação criminal cabe ao poder executivo que o faz por meio do Ministério Público, e não ao poder judiciário ...

O exemplo norte-americano, que aqui é trazido com o intuito de reforçar o argumento da possibilidade de investigações criminais diretas pelo Ministério Público, é alvo acertadas críticas, por talvez obedecer mais a uma *lógica de produtividade* que a uma *lógica de justiça*¹²³. A persecução penal segundo o sistema norte-americano, que possivelmente se justifica no espírito acentuadamente pragmático e individualista de seu povo, certamente não

117 "Em alguns Estados isolados, são nomeados pelo governador (*New Jersey*), pelo Procurador-geral do Estado (*Alaska, Delaware, Rhode Island*), ou pelo Tribunal local (*Connecticut*)" (PAES, José Eduardo Sabo. Op. Cit, p. 126).

118 SANTIN, Valter Foletto. Op. Cit, p. 121.

119 CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 72.

120 CHOUKR, Fauzi Hassan. Op. Cit, p. 72.

121 SOARES, Guido Fernando da Silva. **Common Law**: introdução ao direito dos EUA. São paulo: Revista dos tribunais, 2000, p. 130-131.

122 PAES, José Eduardo Sabo. Op. Cit, p. 127.

123 RODRIGUES, José Narciso da Cunha, apud PAES, José Eduardo Sabo. Op. Cit, p. 127.

encontraria guarida em países como o Brasil, tão deficitário no que toca à efetivação dos direitos fundamentais já formalmente positivados.

2.7 DO RETORNO AO MODELO ACUSATÓRIO E DA INVESTIGAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO TENDÊNCIAS DO PROCESSO PENAL

Conforme leciona Odone Sanguiné¹²⁴:

... a instituição clássica e napoleônica do Juiz de Instrução, como dono e senhor da investigação e das medidas cautelares, está em franca decadência, e já se abandonou ou está praticamente abandonada na maioria dos sistemas penais europeus (Alemanha, Portugal e Itália). Na própria França ela foi sendo progressivamente marginalizada. Em seu lugar, inclusive em países em que, como a Espanha, ainda persiste o Juiz de Instrução, há uma tendência acentuada a confiar ao Promotor as atividades essenciais de investigação e persecução da criminalidade e a criação da figura do 'juiz de garantias'. A convicção é que esse modelo clássico já não serve. É necessário que o processo seja o próprio de um Estado Democrático de Direito, cabendo propor que o Ministério Público não somente seja a autoridade encarregada da investigação criminal (tal como já ocorre em países do sistema continental europeu, como Alemanha, Itália e Portugal), mas o diretor, o dono absoluto desta.

De fato, o gradual abandono do sistema misto, acompanhado da outorga da tarefa da investigação criminal ao Ministério Público e da solidificação da figura do juiz de garantias, representa um progresso no que diz respeito à instituição de mecanismos de controle da legalidade da instrução preliminar e da proteção dos direitos fundamentais do investigado. Além da França e da Espanha, revelam uma tendência de retorno ao modelo acusatório ou, ao menos, de reconhecimento da atribuição investigatória do Ministério Público, a Áustria, a Bélgica, o Uruguai, a Colômbia, o México, a Argentina e o Peru¹²⁵.

124 SANGUINÉ, Odone. **Notas sobre a investigação criminal pelo Ministério Público no direito comparado**. Publicação da Associação Nacional de Justiça Terapêutica. Disponível em: <<http://www.anjt.org.br/index.php?id=99&n=92>>. Acesso em: 04 mai. 2006. A preclara lição do referido doutrinador merece um adendo: conferir ao Ministério Público a responsabilidade pela direção da investigação não deve querer implicar que exerça o órgão poderes *absolutos* sobre ela. A atuação do *juiz de garantias* tem por escopo, precisamente, limitar a atuação do Ministério Público e das demais autoridades incumbidas da instrução preliminar, de forma a coibir a prática de quaisquer abusos ou ilegalidades.

125 Cf. CHOUKR, Fauzi Hassan. Op. Cit, p. 46-75; SANTIN, Valter Foletto. Op. Cit p. 85-110; Eric Mathias. O equilíbrio do poder entre a Polícia e o Ministério Público. In: DELMAS-MARTY, Mireille (org.). **Processos penais da Europa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 481-506; TULKENS, Françoise. O procedimento penal: grandes linhas de comparação entre sistemas nacionais. In: DELMAS-MARTY, Mireille (org.). **Processo penal e direitos do homem**. Barueri, SP: Manole, 2004, p. 05-17; e LOPES Jr., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 223-241.

3 O MODELO INVESTIGATÓRIO BRASILEIRO E A INVESTIGAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Tendo sido apresentado o conceito de *investigação* e verificada a atuação do Ministério Público na fase investigatória em cada modelo processual dos diversos países, importa agora analisar a conformação constitucional brasileira e aferir se, em nosso modelo, a investigação criminal é atribuição exclusiva dos órgãos policiais, e, no caso de negativa, quais entes seriam dotados de atribuição semelhante.

3.1 O MODELO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO E A INVESTIGAÇÃO PELA POLÍCIA

Com a prática de um ilícito penal, surge para o Estado o poder-dever de aplicar ao agente a sanção penal correspondente. Dada a natureza indisponível dos bens tutelados, é necessário que essa sanção seja proclamada numa decisão judicial, ao cabo de um processo, no curso do qual deve ser assegurado ao acusado o direito ao contraditório e à ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV, da CF/88). Ao direito de provocar o Estado-juiz para o fim de aplicar uma sanção em virtude da prática de uma infração de natureza penal dá-se o nome de ação penal. A ação penal, direito público subjetivo, pode ser de iniciativa pública (quando recai num órgão do Estado) ou privada (quando titularizada por um particular).

O artigo 129, inciso I, da CF/88, confere ao Ministério Público a titularidade da ação penal pública. Ao tempo em que estabelece que essa atribuição para a promoção da ação penal pública é *privativa* do Ministério Público, a Constituição prevê também a possibilidade de que, no caso de inércia de seu órgão agente, poderá o particular intentá-la (art. 5º, LIX). Vê-se, pois, que apenas o Ministério Público e, excepcionalmente, o particular¹²⁶, estão

¹²⁶ A autorização para a promoção da ação penal aqui referida diz respeito tanto à ação penal privada subsidiária da pública (art. 29 do CPP), em face da inércia do Ministério

autorizados a deflagrar o processo penal acusatório, retirando-se do judiciário qualquer possibilidade de iniciativa para essa tarefa¹²⁷. Esses dois dispositivos normativos (129, I, e 5º, LIX, da CF/88), e o fato de que ao judiciário não foi cometida nenhuma atividade investigatória (senão indiretamente, por provocação dos órgãos legitimados, e mesmo assim somente quando o ato praticado for abrangido pela cláusula reserva jurisdicional¹²⁸), permitem afirmar, sem hesitação, que o modelo processual penal adotado no Brasil é o acusatório. Mas esses não são os únicos dispositivos da Carta de 1988 para o reconhecimento da opção constitucional pelo sistema ou modelo acusatório:

As bases desse sistema acusatório, expressão inseparável da democracia no processo penal, pululam por todo texto constitucional. Inegavelmente é encontrada sua base no artigo 5º em diversas passagens: contraditório e ampla defesa (a mais citada das garantias por dez entre cada dez processualistas), juiz natural, igualdade e, a mais festejada de todas as garantias (vez que pela primeira vez explicitada), a presunção de inocência, que dá ao acusado o “status” de sujeito do processo e não seu mero objeto, com todas as conseqüências humanitárias daí naturalmente decorrentes.¹²⁹

Não se ignora que alguns autores defendem que o modelo adotado no Brasil é o misto¹³⁰. Como fundamento, costuma-se ressaltar que a atividade de

Público, quanto à ação penal privada propriamente dita (arts. 30 e 31 do CPP), conforme for expressamente estatuído em lei. Sobre a ação penal privada propriamente dita, não vemos óbice ao reconhecimento de sua plena constitucionalidade, considerando que a excepcionalidade de cada uma das previsões legais para a iniciativa do particular encontra supedâneo na proteção da esfera de intimidade da vítima (e dos demais legitimados) e no princípio da dignidade da pessoa humana.

127 Toda e qualquer previsão infra-constitucional que reconheça a legitimidade da polícia ou do judiciário para iniciar a ação penal há de ser tida como não-recepcionada, a exemplo da ação penal para as contravenções penais (conforme os arts. 26 e 531 do Código de Processo Penal).

128 No campo investigatório, além das medidas cautelares processuais penais (entre as quais podem ser incluídas as prisões cautelares), a constituição reservou expressamente ao judiciário apenas duas medidas: a interceptação de comunicações telefônicas e a busca e apreensão domiciliar. Esse ponto será abordado no capítulo 5.

129 CHOUKR, Fauzi Hassan. **Ainda sobre as reformas pontuais do código de processo penal**. Disponível em:

<http://www.direitosfundamentais.com.br/downloads/colaborador_ainda_sobre.doc>. Acesso em 11 abr. 2006. Em seqüência ao trecho transcrito, remata o autor: “Mas não é só. Um artigo de grande importância e lamentavelmente mal inserido topograficamente na Constituição merece ser destacado: a titularidade da ação penal pública para o Ministério Público, com o que se separa definitivamente as funções de promover a ação penal e julgá-la, que é uma das bases do chamado sistema acusatório.”

130 Com peculiar proficiência, Aury Lopes Jr., após criticar severamente o sistema de gestão da prova estatuído no vigente Código de Processo Penal (que prevê ampla iniciativa probatória ao Juiz), afirma que “o **processo penal brasileiro é inquisitório, do início ao fim**.” (Introdução Crítica..., p. 171). Na verdade, e como o próprio Aury Lopes Jr. anota,

investigação preliminar, a cargo da polícia, é permeada por princípios que regem o sistema inquisitivo (sigilo, ausência de contraditório e ampla defesa, procedimento eminentemente escrito, impossibilidade de recusa do condutor da investigação etc.)¹³¹, sendo que as características típicas do sistema acusatório afloram somente após iniciado o processo¹³².

Não se pode discordar que, por ser regido por um código datado de 1941, concebido sob um plano constitucional absolutamente distinto, o sistema processual brasileiro ainda pode refletir algumas regras próprias de um sistema inquisitivo (ou de um sistema misto)¹³³.

O equívoco, ao nosso ver, reside em desconsiderar que, no Brasil, a autoridade investigante é desprovida de jurisdição. Nem por hipótese se pode qualificar o inquérito policial como uma atividade jurisdicional. Como já estudado, num sistema misto (ou num sistema inquisitivo, hodiernamente absolutamente superado), a investigação é conduzida por uma autoridade dotada de jurisdição, com tudo que isso tem de implicações: a possibilidade de decretar prisões, buscas e apreensões e outras medidas cautelares, interceptações telefônicas, bem como todo e qualquer ato investigatório reservado às autoridades judiciárias. Além disso, o inquérito policial, no Brasil, é instrumento essencialmente dispensável – fundamento que, por si só, já evidencia a

todos os dispositivos legais que confirmam ao judiciário atribuições próprias do órgão de acusação devem severamente combatidos, porquanto não resistem “à necessária filtragem constitucional” (op.Cit, p. 171). Na verdade, o vetusto Código de Processo Penal veicula, em grande parte, disposições próprias do sistema inquisitivo – que, justamente por esse motivo, devem ser declaradas inconstitucionais. Verifica-se, entretanto, que a *praxis* de muitos operadores do direito ainda é pautada pelo ultrapassado modelo legal (inquisitivo), em desprestígio ao modelo acusatório, constitucionalmente adotado.

131 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 100.

132 Com este fundamento, também Hélio Tornaghi afirma ser o modelo brasileiro misto: “... o direito brasileiro, segue um sistema que, com maior razão, se poderia denominar misto. A apuração do fato e da autoria é feita no inquérito policial [...]. O processo judiciário compreende instrução e julgamento”. (TORNAGHI, Hélio. **Instituições de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 18).

133 Como exemplos, são mencionadas a decretação da prisão e a produção de provas pelo magistrado de ofício, sem requerimento das partes. Cremos que estas regras, quando não refletem o modelo acusatório, devem ser declaradas inconstitucionais. Não é porque regras excrescentes ainda continuam a ser aplicadas por muitos operadores do direito que se pode asseverar, sob o ponto de vista da dogmática jurídica, que o modelo brasileiro é diverso do acusatório. Cumpre à doutrina, portanto, apontar o erro, com o objetivo de corrigir a distorção.

incongruência deste com o conceito de sistema misto, no qual a persecução penal é necessariamente composta de duas etapas, ambas judicialiformes. A nosso ver, a assertiva de que nosso sistema seria outro que não o acusatório arrima-se numa imprecisão quanto à conceituação de cada um dos sistemas ou modelos processuais penais. Com razão Leônidas Ribeiro Scholz, quando afirma que tal espécie de controvérsia “não subsistiria – parece-nos – se precisão conceitual houvesse na definição das premissas a partir das quais construídas as conclusões que a constituem”¹³⁴.

Assentado o modelo processual penal adotado pela Carta de 1988, tem-se que, para a propositura responsável de uma ação penal, com o conseqüente recebimento da acusação formulada, é necessário que o legitimado ativo apresente, concomitantemente a essa acusação, elementos de convicção que permitam ao judiciário decidir por sua admissibilidade, para o fim de convocar o imputado ao processo e, assim, integralizar, sob o aspecto subjetivo, a relação jurídico-processual que aí se inicia. Somente poderá ser admitida uma acusação formal quando respaldada em elementos probatórios mínimos que demonstrem prática de um ilícito penal e sua autoria. Tais elementos devem ser convincentes quanto à plausibilidade da imputação, embora não se possa exigir, nesse momento decisório proemial do processo, a certeza quanto ao seu acerto (verdade formal), que há de se construir ao longo da instrução processual propriamente dita, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Sendo necessária a produção e a colheita de elementos de convicção a fim de subsidiar o exercício responsável da ação penal por seus titulares, o artigo 144 da CF/88 estabeleceu como uma das funções das polícias (federal, civis, militares¹³⁵) a “apuração de infrações penais” (art. 144, § 1º, I, e § 4º). As apurações realizadas pela autoridade policial, destarte, têm por destinatário o Ministério Público, de regra, ou o particular, no caso da ação penal de iniciativa privada.

134 SCHOLZ, Leônidas Ribeiro. Op. Cit, p. 461.

135 Para crimes militares (art. 144, § 4º, da CF/88).

No Brasil, os instrumentos à disposição da polícia para a condução de investigações são o inquérito policial e o termo circunstanciado (este apenas para as infrações penais de menor potencial ofensivo).

O inquérito policial, presidido pelo delegado de polícia, é um procedimento administrativo, marcado pelas seguintes características: a) discricionariedade - faculdade de atuação da autoridade presidente, pautada em juízos de conveniência e oportunidade, a serem aferidos no caso concreto, nos termos da lei e sempre fundamentados na adequada e eficiente consecução dos propósitos da atividade de investigação – o esclarecimento dos fatos; b) procedimento escrito – por ser necessária a avaliação posterior tanto pelo órgão de acusação quanto pelo judiciário, é necessário que os atos praticados no curso do inquérito estejam documentalmente registrados (art. 9º do CPP); c) sigilidade – “a autoridade assegurará ao inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade” (art. 20 do CPP); d) obrigatoriedade e indisponibilidade – tendo notícia^{136 137} da prática de uma infração penal, é dever da autoridade policial instaurar o inquérito, que não poderá mandar arquivar (art. 17 do CPP); inquisitividade – ao inquérito policial não se aplicam os princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF/88), considerando que, nesta fase, ainda não há acusação em sentido técnico-jurídico, nada impedindo, contudo, que sejam produzidas provas requeridas pelo investigado, a critério da autoridade presidente, bem como que sejam manejados, pelo interessado, todos os meios de impugnação cabíveis contra quaisquer dos atos praticados no curso desse procedimento que venham a caracterizar uma lesão ou ameaça de lesão a direito, como o *habeas corpus* e o mandado de segurança.

O termo circunstanciado, instrumento previsto no art. 69 da Lei n.º 9.099/95,

136 Obviamente, não será instaurado um inquérito policial senão quando minimamente plausíveis os elementos que apontem para a prática de uma infração penal.

137 O inquérito será instaurado de ofício, por portaria da autoridade policial, mediante provocação do ofendido ou delação de terceiro, por requisição do Ministério Público ou da autoridade judiciária – caso se entenda que a requisição de instauração de inquérito por juiz não afronta o princípio acusatório (art. 5º do CPP). Poderá ser instaurado também pela lavratura do auto de prisão em flagrante (art. 304 do CPP) ou do auto de resistência (art. 292 do CPP).

que substituiu o inquérito policial para as infrações de menor potencial ofensivo, é um documento no qual a autoridade deve fazer constar, dentro das possibilidades do caso concreto, um breve relato dos fatos, conforme as versões apresentadas por cada uma das pessoas envolvidas e das testemunhas, a qualificação de todos, com as assinaturas dos que participaram da elaboração do termo, e os exames ou outros documentos que foram requisitados, além de todo e qualquer elemento relevante para o conhecimento do ilícito. Após lavrado, o termo circunstanciado deve ser encaminhado imediatamente ao Juizado Especial Criminal competente, onde será realizada uma audiência preliminar, nos termos do art. 72 da Lei n.º 9.099/95. O termo circunstanciado, ao dispensar a produção de um inquérito policial, materializa, assim, os princípios (ou critérios) da oralidade, da informalidade, da economia processual e da celeridade que regem os Juizados Especiais Criminais (art. 60 da Lei n.º 9.099/95).

3.2 VANTAGENS E DESVANTAGENS DA INVESTIGAÇÃO PELA POLÍCIA NO MODELO BRASILEIRO

Como vantagens da investigação presidida pela polícia, Aury Lopes Jr.¹³⁸ indica as seguintes: a) a possibilidade de atuação em todo o território nacional, de forma mais abrangente que o juiz ou promotores investigadores, o que é algo importante num país de dimensões continentais como o Brasil¹³⁹; b) a (teórica) celeridade e dinamicidade da investigação, considerando a proximidade dos agentes policiais “com o povo”; c) o menor custo, por reclamar recursos humanos com menor grau de especialização.

A rigor, as apontadas vantagens apenas reforçam ser a investigação criminal uma atribuição primordial da polícia, porém não exclusiva. Denotam também a

138 LOPES Jr. Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 3. ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 64-65.

139 Na década de 40 do século passado, quando entrou em vigor o Código de Processo Penal, esse fator teve suma importância, servindo inclusive para rechaçar o modelo do *juizado de instrução*. A interiorização e a capilarização dos órgãos do poder judiciário, inclusive da Justiça Federal (lei n.º 10.772/03), verificada nas últimas décadas e com mais intensidade no último lustro, tendem a enfraquecer um pouco esse argumento.

necessidade de “universalização”¹⁴⁰ das investigações, de tal sorte que sejam confirmados os poderes investigatórios de diversos outros órgãos (investigações extrapoliciais), a fim de reduzir as alarmantes estatísticas da impunidade, a todo instante noticiadas.

As desvantagens, doutra banda, são inúmeras.

Não sendo dotadas de independência funcional, as autoridades policiais sujeitam-se a pressões e desmandos de governantes do momento. Ao lado disso, atuando na linha-de-frente do combate ao crime, são mais suscetíveis às pressões da imprensa e de diversos outros entes sociais.

Com efeito, a polícia representa a *linha-de-frente* da repressão penal - e não se deve deixar de consignar sua fundamental importância para toda a sociedade e para a construção do estado democrático de direito. É a quem primeiro chega a maior parte das informações sobre a prática de crimes. Com isso, a autoridade policial é dotada de algum espaço para a discricionariedade (de fato), a regular sua postura frente à notícia da prática de um ilícito. Esse espaço muitas vezes compreende uma zona cinzenta, em que licitude e arbítrio podem se cruzar¹⁴¹.

A atuação da polícia, desta sorte, tende a conferir tratamentos diferenciados a determinados fatos ou pessoas investigadas, distribuindo impunidade às classes mais poderosas e abastadas e abusos aos que integrem estratos economicamente inferiores da sociedade. Alguns fatores que conduzem a esse tratamento diferenciado são: a) a natureza e a gravidade do delito (cuja escala de valoração policial sofre influências de toda sorte, especialmente no que diz respeito a crimes de vitimização difusa ou afastados de sua realidade social); b) a atitude do denunciante (a tendência é que sejam evitadas investigações se a vítima não concorda, não importando se o crime a ser investigado é de ação penal pública incondicionada; essa tendência pode simplesmente acarretar a impunidade de muitos crimes em que a vítima é o Estado ou não há vítimas

140 Sobre o princípio da universalização das investigações, ver SANTIN, Valter Foletto. Op. Cit, p. 261.

141 LOPES Jr. Aury. Op. Cit, p. 65.

precisas, como sói acontecer em delitos afetos à macrocriminalidade); c) o distanciamento da realidade social entre autoridades policiais e investigados leva a posturas extremas – aos mais pobres, tratamento rigoroso; aos mais abastados e poderosos, tratamento condescendente; d) como mecanismo de potencialização da efetividade da atividade policial, a tendência é que se dê uma compreensão restritiva a normas instituidoras de direitos e garantias fundamentais, (para alguns, a presunção de inocência não seria mais que uma *ficção jurídica*, desprovida de aplicabilidade prática)¹⁴².

No Brasil, outra grave tendência é, a despeito da reduzida qualidade dos elementos de convicção produzidos, a realização de uma “cognição exauriente”, de forma pretender reunir não só os elementos indispensáveis à promoção da ação penal, mas *todos* os elementos possíveis.

A ampliação das atribuições investigatórias das polícias¹⁴³ não é a forma de correção desses problemas (na verdade, o risco, com isso, é de que os defeitos sejam até mesmo amplificados). Se não a *solução* para os defeitos apontados, ao menos o *aperfeiçoamento* da investigação policial passa, certamente, pela atuação profissional e responsável do órgão a quem a Constituição cometeu o exercício do controle externo da atividade policial – o Ministério Público -, função que, infelizmente, não vem sendo realizada a contento¹⁴⁴. Passa, também, pela completa modernização de suas estruturas e recursos, pela remuneração digna de todos os seus agentes e por seu aprimoramento funcional. Passa, por fim, por uma profunda modificação do modelo de investigação policial brasileiro e de seu instrumento típico, o inquérito policial - anacrônico, excessivamente burocrático, ineficiente e desconforme os verdadeiros fins a que se deve prestar a instrução preliminar.

142 LOPES Jr., Aury. Op. Cit, p. 63-69.

143 A relativamente recente redemocratização do país, após cerca de trinta anos de uma experiência autoritária cujas cicatrizes ainda estão à mostra, não recomenda de uma ampliação dos poderes policiais. É princípio democrático que instituições armadas sejam **subordinadas** ao poder civil; em outras palavras, polícias e forças armadas não podem gozar de independência.

144 Que esse tópico não cause a impressão de algum menoscabo à atividade da polícia ou a seus agentes, personagens principais da missão constitucional de segurança pública. Muito ao revés, as críticas apresentadas devem servir de contributo ao aprimoramento desta nobilíssima tarefa, essencial à realização da justiça.

3.3 A INEXISTÊNCIA DE MONOPÓLIO DA POLÍCIA PARA A REALIZAÇÃO DE INVESTIGAÇÕES

Dispõe o artigo 144 da Constituição Federal:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

II - polícia rodoviária federal;

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[...]

IV - **exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.** (grifo nosso)

Uma leitura apressada do artigo acima reproduzido poderia conduzir à conclusão de que a investigação policial seria uma atribuição exclusiva da polícia. Melhor dizendo: uma leitura isolada¹⁴⁵ do inciso IV, aqui destacado, poderia embasar o argumento de que a investigação de crimes de afetos à competência da justiça federal foi atribuída, com exclusividade, à polícia federal (sendo que a mesma lógica da exclusividade deveria valer para as polícias dos estados, com respaldo no princípio federativo e na simetria das formas).

Trata-se de uma interpretação equivocada, todavia.

O dispositivo em tela foi enfático ao conferir exclusividade, à polícia federal, para as funções de polícia judiciária da União, que não se confundem com a atribuição de investigar crimes, para a qual a Constituição não estabeleceu exclusividade. Para tal conclusão – de que se cuida de funções distintas, sendo

145 Como já afirmava Eros Roberto Grau, hoje ministro do E. STF, “não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços” (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988**: interpretação e crítica, 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 145).

a exclusividade apenas para a função de polícia judiciária -, leia-se o que estatuiu o inciso I do mesmo parágrafo 1º:

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - **apurar infrações penais** contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, **assim como outras infrações** cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei; (grifo nosso)

Ora, o art. 144, § 1º, I, trata da atribuição específica de “apurar infrações penais” (que nada mais é que *investigar*, na expressão escolhida pelo constituinte), sem atribuir-lhe o caráter de exclusividade, abordando em inciso diverso a função de polícia judiciária **da União** – esta, sim, de exclusividade da polícia federal.

Não bastasse isso, e afastando qualquer dúvida quanto à distinção entre as funções *investigatória* e de *polícia judiciária*, o §4º do mesmo artigo 144 preconiza:

§ 4º - às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, **as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais**, exceto as militares. (grifo nosso)

Nesse inciso, como é fácil verificar, além de se apartar cada uma das funções, nada há de referência à exclusividade para a apuração de infrações penais, da mesma forma com que foi redigido o inciso I do parágrafo 1º.

Sendo evidente a distinção entre os conceitos - considerando que a constituição, não poderia repetir, num mesmo inciso, duas expressões sinônimas - é de se perquirir o verdadeiro sentido da expressão *polícia judiciária*.

O artigo 4º do Código de Processo Penal propõe um conceito de *polícia judiciária*:

Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria. (Redação dada pela Lei nº 9.043, de 9.5.1995)

Como se vê, o conceito legal é equivocado e imprestável, considerando que incorre no (comum) equívoco de confundir as duas funções¹⁴⁶. Aliás, é pertinente gizar, desde já, que, à toda evidência, a Constituição não pode ser interpretada *conforme* a lei, sob pena de uma teratológica inversão no plano da hierarquia normativa. Tendo sido efetuada a distinção na atual Constituição, e mormente por serem relevantes as conseqüências dessa distinção, cumpre ao intérprete e ao aplicador a tarefa de preencher cada um dos conceitos, de forma a compatibilizá-los com o sistema processual penal em seus planos constitucional e infra-constitucional¹⁴⁷.

146 Certamente fortes na definição legal de *polícia judiciária*, e desconsiderando a distinção procedida na Constituição Federal, diversos doutrinadores ainda afirmam, como Manoel Messias Barbosa, que “A polícia civil exerce suas funções básicas através dos atos de polícia judiciária, visando a apuração da verdade real. Ante a *notitia criminis*, deve comprovar a materialidade do delito, as circunstâncias em que ocorreu e levantar os indícios de sua autoria.” (BARBOSA, Manoel Messias. **Inquérito policial**: doutrina, prática, jurisprudência. 4. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Método, 2004, p. 17). Na mesma esteira, Fernando Capez, definindo o sentido da expressão *polícia judiciária*: “função auxiliar à justiça (daí a designação); atua quando os atos que a polícia administrativa pretendia impedir não foram evitados. Possui a finalidade de apurar as infrações penais e suas respectivas autorias, a fim de fornecer ao titular da ação penal elementos para propô-la.” (CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 13. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 73). Marcos Kac: “é a polícia judiciária a quem o Estado acometeu a tarefa de investigar as práticas delitivas, identificando seu autor e colhendo todos os elementos informativos que dêem suporte a acusação estatal” (KAC, Marcos. Op. Cit, p. 144). A doutrina tradicional do processo penal, ainda à luz do ordenamento antecedente à Constituição de 1988, e não sem razão, podia ser categórica, a exemplo de José Frederico Marques (apud KAC, Marcos. Op. Cit, p 144): “A polícia judiciária não tem outra função senão a investigatória de delitos. Ela impede que desapareçam as provas do crime e colhe os primeiros elementos informativos da persecução penal, com o objetivo de preparar a ação penal.” (MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. São Paulo: Bookseller, 1998, p. 145, v. 1). Sob a nova ordem constitucional, como aqui se demonstra, o conceito de *polícia judiciária* outrora vigente não mais persiste.

147 A expressão *polícia judiciária* remonta a uma época em que as autoridades policiais brasileiras eram dotadas de poderes reservados às autoridades judiciárias. Sobre a expressão *polícia judiciária* no ordenamento jurídico brasileiro e seu significado, discorre, minuciosamente, Diaulas Costa Ribeiro: “A expressão polícia judiciária, repetida no atual Código de Processo Penal e na Constituição Federal, foi utilizada pela primeira vez nos artigos 19 e 20 do Código dos Delitos e das Penas do 3.º Brumário, ano IV, em oposição à *polícia administrativa*. Tratava-se de um conceito funcional, mantido, à exceção das atividades instrutórias, pelo nosso Código de Instrução Criminal, de 1808. Em 1842, quando o Regulamento n.º 120, de 31 de janeiro, introduziu no Brasil esse binômio, apesar de mais detalhista, incluiu um elemento que reforçava a denominação polícia judiciária. O termo, pela sua impropriedade funcional, já havia sido afastado pelo Código de Instrução Criminal francês. Além de «*proceder a corpo de delito; prender os culpados; conceder mandados de*

busca e apreensão», era da competência da polícia judiciária «*julgar os crimes a que não fosse imposta pena maior que multa até cem mil-réis, prisão, degredo ou desterro até seis meses com multa correspondente à metade desse tempo; ou sem multa e três meses de casas de correção ou oficinas públicas*» (art. 3º). Repetindo outra prática francesa que confundia - e tradicionalmente ainda confunde - Poder Executivo e Poder Judiciário, havia no mesmo Regulamento atividades judiciárias inseridas na competência dos órgãos policiais e atividades policiais atribuídas aos juizes. É o que dizia, por exemplo, o artigo 1.º: «*A atividade de polícia administrativa e judiciária incumbe: [...] § 4.º aos juizes municipais nos territórios respectivos; e § 6.º aos juizes de paz nos seus distritos*»; o artigo 21: «*Os chefes de polícia serão diretamente nomeados pelo Imperador dentre os desembargadores e juizes de direito*»; ou ainda o artigo 131: «*Pertence aos chefes de polícia inspecionar os teatros e espetáculos públicos dentro do termo em que residirem. E no caso de não poderem exercer por si mesmo esta inspeção, a poderão delegar, encarregando-a, no todo, ou em parte, às autoridades judiciárias, ou administrativas do lugar, as quais lhes darão conta do que ocorrer.*» Assim, os chefes de polícia, como os delegados e os subdelegados, além das funções policiais, tinham funções judiciais. Posteriormente, desenvolveram-se debates em tomo das confusões provocadas pelo conceito de *polícia judiciária*, a ponto de a Lei n.º 2.033, de 20 de setembro de 1871, não repetir a expressão. Além disso, deu-se o primeiro passo para separar as atividades policiais das judiciárias, permitindo que outras pessoas fossem nomeadas chefes de polícia, cargo que era privativo dos juizes. Em complemento a esse mesmo passo, estabeleceu-se que os juizes «*não gozavam do predicamento da sua magistratura*» (art. 1º, § 5) quando em exercício de cargo policial; extinguiu-se a jurisdição dos chefes de polícia, delegados e subdelegados, no que respeitava ao julgamento dos crimes tratados no artigo 12 § 7.º, do Código de Processo Criminal, das infrações dos termos de bem viver e segurança, e das infrações de posturas municipais. Extinguiu-se ainda a competência dessas autoridades para o processo e pronúncia dos crimes comuns, ressalvada aos chefes de polícia a faculdade de proceder à formação de culpa e pronúncias no caso do artigo 60, do Regulamento 120, de 31 de janeiro de 1842. Desse despacho de pronúncia haveria, sem suspensão das prisões decretadas, recurso necessário para o presidente do Tribunal da Relação, nas províncias de fácil comunicação com a sede desse tribunal. Nas de difícil comunicação, haveria recurso para o juiz de direito da capital da mesma província (art. 9). Nos então denominados crimes policiais (art. 12, § 7º, do Código de Processo Criminal), as autoridades policiais recebiam atribuição para instruí-los, enquanto os juizes apenas proferiam sentenças.

Na República, foi mantida a abolição do termo. O Decreto n.º 436, de 31 de maio de 1890, regulou a competência cumulativa dos delegados de polícia nas cidades em que houvesse mais de um e não encampou a denominação polícia judiciária. No início da vigência do atual Código de Processo Penal brasileiro, em 1º de Janeiro de 1942, a polícia já não julgava, mas tinha poderes idênticos aos dos juizes nas contravenções penais e posteriormente nos delitos de trânsito - crimes de lesão corporal e homicídio culposos produzidos na circulação de veículos automotores. Formulavam a acusação nesses casos - função do Ministério Público -, e faziam a instrução - função judicial - repetindo o modelo do artigo 47 do Decreto n.º 4.824, de 22 de Novembro de 1871, num processo híbrido em que a intervenção do juiz só ocorria numa segunda fase: tomar as provas da defesa e prolatar a sentença.

Essas confusões entre *polícia que julgava e juizes-policiais* - o que era comum à época - ajudaram a sustentar a expressão *polícia judiciária*. Agora, com as funções de processar e julgar atribuídas exclusivamente aos juizes e a promoção da ação penal instituída como função privativa do Ministério Público, o termo já não se justifica. Também perderam o sentido as frases feitas por João Mendes: «*A polícia judiciária prepara a ação do juiz*»; e Faustin Hélie: «*A polícia judiciária é o olho da justiça, e, como um sentinela, deve dar o alarme e advertir o juiz*», porque no Brasil não há juiz de instrução e não há permissão para que os juizes sejam investigadores.» (RIBEIRO, Dialvas Costa. A prerrogativa constitucional do Ministério Público para exercer o controle externo da atividade policial. **Revista Jurídica Consulex**, ano VIII, n. 184, 15 set. 2004, p. 16-17).

Pois bem: para a prática de alguns de seus atos, internos (audiências, sessões de julgamento etc.) ou externos (comunicações processuais, buscas e apreensões, penhoras, condução coercitiva de pessoas etc.), o poder judiciário pode eventualmente precisar do suporte de algum órgão dotado de meios materiais e humanos para, sob seu comando, executá-los diretamente ou, ao menos, para auxiliar em sua execução. Assim é que, para manter a ordem durante uma audiência, pode o juiz requisitar (determinar) à polícia que retire da sala pessoas que estejam provocando um tumulto; pode o juiz, da mesma sorte, requisitar a apresentação pessoal de um preso, que há de ser trazido e mantido sob escolta; pode, ainda à guisa de exemplo, determinar que a polícia acompanhe um oficial de justiça para a realização de uma citação ou de uma penhora em face de uma pessoa que se sabe de índole violenta, preservando, com isso, tanto a integridade física do servidor da justiça quanto a efetividade do ato a ser praticado.

As funções de polícia judiciária, como se vê, abrangem todas as funções referentes ao apoio material e humano necessário para a prática de determinados atos ou para o cumprimento de decisões judiciais. E essa função, no que toca aos órgãos do poder judiciário da União, recai com exclusividade na polícia federal. Nesse sentido, já observava Thiago André Pierobom de Ávila¹⁴⁸:

... a Constituição não concedeu às polícias civis e federal a atribuição de investigação com exclusividade. No inciso IV do § 1º, art. 144 da CF/88, estabeleceu-se que é atribuição da polícia federal exercer, com exclusividade, a função de polícia judiciária da União. Todavia, no inciso I deste dispositivo, estabeleceu-se competir-lhe a função de investigação, sem exclusividade. **É sabido que polícia de investigação e polícia judiciária são funções distintas. A primeira é destinada a investigar crimes; a segunda é destinada a obedecer às ordens judiciais, como extensão de execução de mandados judiciais (v.g.. condução coercitiva, mandado de prisão. etc). Não há qualquer dispositivo estabelecendo monopólio de investigação.**¹⁴⁹ (grifo nosso)

148 ÁVILA, Thiago André Pierobom de, apud CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Sobre a Competência Investigatória do Ministério Público. **Revista Dialética de Direito Processual** n.º 24. São Paulo: Editora Dialética, mar./2005, p. 104.

149 No mesmo sentido, distinguindo as funções de investigação e de polícia judiciária, com diversos exemplos, cf. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**, 8. ed. rev. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 64.

A função de *polícia judiciária*, note-se, diz respeito não somente aos juízos criminais, mas a todo e qualquer juízo, seja qual for sua competência. *Polícia judiciária*, nesse sentido, é a função de auxílio ao Poder Judiciário na execução de seus atos e decisões.

O Superior Tribunal de Justiça também efetuou com clareza a distinção:

... Não é, portanto, da índole do direito penal a feudalização da investigação criminal na Polícia e a sua exclusão do Ministério Público. Tal poder investigatório, independentemente de regra expressa específica, é manifestação da própria natureza do direito penal, da qual não se pode dissociar a da instituição do Ministério Público, titular da ação penal pública, a quem foi instrumentalmente ordenada a Polícia na apuração das infrações penais, ambos sob o controle externo do Poder Judiciário, em obséquio do interesse social e da proteção dos direitos da pessoa humana.

Em nossa compreensão, é esse o sistema de direito vigente. Diversamente do que se tem procurado sustentar, como resulta da letra de seu artigo 144, a Constituição da República não fez da investigação criminal uma função exclusiva da polícia, restringindo-se, como se restringiu, tão-somente a fazer exclusivo da Polícia Federal o exercício da função de polícia judiciária da União (parágrafo 1º, inciso IV). **Essa função de polícia judiciária – qual seja, a de auxiliar do Poder Judiciário –, não se identifica com a função investigatória, qual seja, a de apurar infrações penais, bem distinguidas no verbo constitucional, como exsurge, entre outras disposições, do preceituado no parágrafo 4º do artigo 144 da Constituição Federal ...**

(STJ; Recurso Especial: 2001/0191236-6; DJ DATA: 15/12/2003 PG:00413; Relator: Min. HAMILTON CARVALHIDO, grifo nosso)

Com tal constatação, extrai-se também a *ratio essendi* do art. 144, §1º, IV, da CF/88: confere-se a exclusividade das funções de polícia judiciária¹⁵⁰ da União à polícia federal para, com isso, afastar das demais polícias essa função. O simples propósito dessa exclusividade, destarte, é a distribuição de atribuições, nos moldes em que distribuídas diversas outras atribuições entre os entes federados¹⁵¹. Um mandado de reintegração de posse determinada pela justiça federal há de ser cumprido por um oficial de justiça, conforme o caso, *auxiliado* pela polícia federal, e não pelas polícias dos estados. Da

150 Vale mencionar as críticas à própria expressão *polícia judiciária*, que, segundo alguns, deveria ser substituída por *polícia ministerial* ou *polícia do Ministério Público*, caso se lhe queira emprestar o sentido de *polícia investigativa* (Cf. RIBEIRO, Diáulas Costa. Op. Cit, p. 16; e KAC, Marcos. Op. Cit, p. 144).

151 STRECK, Lenio Luiz, FELDENS, Luciano. **Crime e constituição**: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 92.

mesma forma, a custódia cautelar de presos em investigações ou processos de competência da justiça federal toca à polícia federal, e não a outras polícias¹⁵².

Feitas todas essas considerações, não se pode descurar do fato de que a investigação criminal é, juntamente com a repressão à prática de crimes (no que diz respeito à polícia federal, em algumas infrações penais – art. 144, §1º, II e III¹⁵³, - função de policiamento ostensivo – que no caso dos estados toca às polícias militares – art. 144, § 5º, da CF/88¹⁵⁴), a atividade primordial da polícia - não é por outro motivo que esta atribuição é focada no primeiro dos incisos do §1º do artigo 144 da CF/88. Tampouco se ignora o fato de que, até mesmo por ter sido expressa na carta política, a investigação criminal realizada pela polícia¹⁵⁵ deve ser a regra, não a exceção. Tais ponderações, todavia,

152 Nada obstante, cumpre consignar que a eventual atuação de um outro órgão que não aquele constitucional e legalmente dotado de atribuição para tanto não enseja a nulidade da investigação ou do processo atinente: “A autoridade policial, no exercício da função de polícia judiciária, NÃO EXERCE JURISDIÇÃO, NÃO LHE SENDO VEDADO LAVRAR AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE RELATIVAMENTE A INFRAÇÃO PENAL OCORRIDA EM LOCAL DIVERSO DE SUA SEDE FUNCIONAL. O INQUÉRITO POLICIAL, INCLUSIVE O AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE, É UM PROCEDIMENTO DE NATUREZA ADMINISTRATIVA, NÃO IMPLICANDO NULIDADE A CIRCUNSTÂNCIA DE HAVER SUA LAVRATURA TER SIDO COMUNICADA A JUÍZO SEM JURISDIÇÃO NO LOCAL DO CRIME” (STJ, RHC 5735, Relator Vicente Leal, DJ 30/09/1996); “Eventuais vícios formais concernentes ao inquérito policial não têm o condão de infirmar a validade jurídica do subsequente processo penal condenatório. As nulidades processuais concernem, tão-somente, aos defeitos de ordem jurídica que afetam os atos praticados ao longo da ação penal condenatória. Precedentes.” (STF, HC 73271, Relator Celso de Mello, DJ 04/10/1996).

153 CF/88, art. 144, §1º:

“ ...

II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;”

154 CF/88, art. 144, § 5º - “às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.”

155 Em verdade, a prática tem demonstrado que as mais importantes investigações recentemente realizadas com sucesso no Brasil contaram com a atuação conjunta de diversos órgãos além da polícia, como a Receita Federal, o INSS e o Banco Central, conforme vem sendo noticiado pela imprensa nacional. Só no estado do Espírito Santo, apenas para citar investigações de grande porte divulgadas nos últimos meses e que lograram ótimos resultados, certamente em razão da atuação coordenada de diversos órgãos, tomem-se os seguintes exemplos: operação ICEBERG (investigação da Receita Federal, do Ministério Público Federal e da Polícia Federal); operação CEVADA (investigação do Ministério Público Federal - Procuradoria da República no município de Niterói -, da Polícia Federal e da Receita Federal); operação PROFILAXIA ou TRAÍRA (investigação do Ministério Público Federal, com apoio do CPSI – órgão de inteligência do MPF, da Receita Federal e das Polícias Civil e Militar do Espírito Santo); e operação ESFINGE (investigação da Receita Federal, do Ministério Público Federal e da Polícia

longe de impedirem, apenas reforçam a conclusão pela não-exclusividade da polícia (ou ausência de monopólio da polícia) para a atividade de investigação criminal.

3.4 A INVESTIGAÇÃO POR ÓRGÃOS DIVERSOS DA POLÍCIA

Como visto no capítulo 2.3, a investigação sobre a qual se pretendemos ater é aquela conduzida por órgãos públicos, dentro de suas esferas de atribuição, marcadas pela nota da *imperatividade*, no que se diferenciam de investigações conduzidas por particulares (pelo ofendido ou pela imprensa, por exemplo). Consiste a *imperatividade*, no sentido empregado para os fins do presente trabalho, na imposição do ato praticado pela autoridade sobre terceiros, investigados ou não, independentemente, da concordância destes. Da *imperatividade* decorre a possibilidade, no caso de não atendimento a uma requisição (determinação) exarada pela autoridade investigante, da *coerção* (pela ameaça de sancionamento, *penal* - por desobediência ou prevaricação, no mínimo – e *extrapenal* – multas administrativas, restrições cadastrais, sancionamento por ato de improbidade etc.) e, eventualmente, a *executoriedade* (coação ou execução forçada, como a condução coercitiva de uma testemunha). Como visto, embora o atributo da *imperatividade* seja nítido na atividade investigatória promovida pela polícia, é certo que ele também se verifica nas investigações conduzidas por outros órgãos estranhos à estrutura policial¹⁵⁶. Todas as investigações estatais, porquanto manifestam uma decisão do poder constituído (que, a despeito de gozar de presunção de legitimidade,

Federal). Cada uma dessas operações foi amplamente divulgada pela imprensa local e nacional, como se verifica da leitura dos jornais A Gazeta (ES), Folha de São Paulo (SP) e O Globo (RJ) dos dias 28.04.2005, 16.06.2005, 10.11.2005 e 10.03.2006 (respectivamente a cada uma das operações referidas).

156 Valter Foletto Santin parece identificar o atributo que aqui nominamos *imperatividade* com o próprio poder de polícia (caracterizado pela discricionariedade, auto-executoriedade e coercibilidade), típico não só da autoridade policial (que exerce esse poder como meio para a consecução eficiente da atividade investigatória), mas de toda a administração: “A polícia, principal encarregada da investigação criminal, possui o poder de polícia para o desempenho de suas atividades na apuração de infrações penais. **O mecanismo de poder de polícia na investigação criminal não é exclusivo dos organismos policiais, sendo o seu uso facultado aos demais entes públicos.** A autoridade pública (policial, administrativa, parlamentar, judiciária ou membro do Ministério Público) que investigar o delito detém o poder de polícia, inerente à condição de ente estatal, para permitir o desempenho das atividades pertinentes à administração” (SANTIN, Valter Foletto. Op. Cit, p. 48, grifo nosso).

deve estar fulcrada num interesse – ou necessidade - público *stricto sensu* concretamente demonstrado), são dotadas do atributo da imperatividade.

No Brasil, não é de hoje que se reconhece a atribuição investigatória a órgãos diversos da polícia. O próprio Código de Processo Penal de 1941, em seu artigo 4º, assim dispõe:

Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria. (Redação dada pela Lei nº 9.043, de 9.5.1995)

Parágrafo único. **A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função.** (grifo nosso)

Tampouco na doutrina a questão é novidade. Versando sobre o inquérito policial, Fernando da Costa Tourinho explicita que, ao lado deste – que é o instrumento procedimental típico da investigação realizada pela polícia – o sistema processual penal brasileiro admite diversas outras espécies de investigação, as quais ele classifica como “*inquéritos extrapoliciais*”^{157 158}.

Luciano Feldens e Lenio Luiz Streck nos dão vários exemplos de investigações conduzidas por entes do Poder Executivo, do Poder Legislativo e do Poder Judiciário¹⁵⁹. No âmbito do Poder Executivo, são citadas as investigações realizadas pela Receita Federal (Delegacias da Receita e seus Escritórios de Inteligência – ESPEI), pelo Banco Central (Departamento de Ilícitos Cambiais e Financeiros – DECIF – e Conselho de Coordenação de Atividades Financeiras – COAF) e pela a Corregedoria-Geral da União (hoje nominada Controladoria-Geral da União). No Poder Legislativo, destacam-se as apurações promovidas pela Comissões Parlamentares de Inquérito (art. 58, §3º, da CF/88), além do

157 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal, 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 65.

158 Valter Foletto Santin, sistematizando a questão, prefere a expressão “instrumentos de investigação extrapolicial”, lembrando que, mesmo para a polícia, o inquérito não é o único instrumento de investigação (para as infrações de menor potencial ofensivo, o inquérito policial é substituído pelo termo circunstanciado, nos termos da Lei n. 9.099/95). SANTIN, Valter Foletto. Op. Cit, p. 33.

159 STRECK, Lenio Luiz, e FELDENS, Luciano. Op. Cit, p. 93-101.

inquérito a cargo da Corregedoria da Câmara dos Deputados ou do diretor do serviço de segurança (no caso da prática de uma infração penal nos edifícios da Câmara dos Deputados – art. 269 do Regimento Interno da Câmara). No Judiciário¹⁶⁰, são mencionados a investigação de ilícitos praticados por magistrados¹⁶¹ (que deve ser presidida pelo Tribunal respectivo – art. 33 da Lei Complementar 35/79 – Lei Orgânica da Magistratura) e o inquérito promovido pelo Supremo Tribunal Federal, no caso de crime cometido em sua sede ou dependências (Regimento Interno do STF, art. 43)¹⁶².

Podem ser acrescentados diversos outros exemplos não citados na referida obra: as investigações realizadas pelos órgãos estaduais ou municipais correlatos aos federais (Receitas, Corregedorias¹⁶³, Comissões

160 A despeito dos exemplos, é importante destacar que, forte no princípio acusatório, há que reconhecer a inconstitucionalidade de toda e qualquer norma que confira atribuição investigatória a órgão do poder judiciário, inclusive quando diga respeito a investigações de crimes praticados por magistrados, conforme prevê a a LC 35/79 (Lei Orgânica da Magistratura - LOM). Nesse sentido: "... ao se conferir, como se pretende no caso da LOM, investigação e julgamento a um mesmo órgão do Estado - o Judiciário – afronta-se flagrantemente a garantia de imparcialidade, caindo-se em um intolerável processo inquisitivo. Tanto quanto seria, por exemplo, uma fictícia previsão na LONMP de julgamento de um membro do Ministério Público pela sua própria instituição. Dito assim parece óbvio: **Ministério Público não julga; Judiciário não investiga.**" (ABADE, Denise Neves. **Garantias do processo penal acusatório: o novo papel do Ministério Público no processo penal de partes.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 178). Com relação a crimes praticados por magistrados, o máximo que se poderia entender é que a investigação deve ser **comunicada** ao tribunal respectivo, perante o qual tramitará o procedimento respectivo (e ao qual caberá a função de garante dessa investigação, na tutela das liberdades públicas), vedado o indiciamento do investigado sem a autorização desse tribunal (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**, 5. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte, Del Rey, 2005, p. 69).

Mutatis mutandis, considerando que a investigação pelo MP é compatível com o sistema acusatório, a mesma lógica – da necessidade de comunicação e autorização para o indiciamento – deve valer para as investigações de ilícitos criminais praticados por membros do Ministério Público, que a Lei Complementar n.º 75/93 e a Lei ordinária n.º 8.625/93 conferem à Procuradoria-Geral correlata.

Ademais, não nos parece razoável (tampouco constitucional) que a investigação, em qualquer caso, seja atribuída, com exclusividade, a um único órgão.

161 De forma análoga, no âmbito do Ministério Público, a investigação sobre infrações penais praticadas por membros (promotores e procuradores) é de responsabilidade da respectiva Procuradoria-Geral (Lei Complementar n.º 75/93 e Lei n.º 8.625/93).

162 No âmbito do Poder Judiciário, Luciano Feldens e Lenio Luiz Streck mencionam também o inquérito judicial para os crimes falimentares, nos termos do art. 103 do Decreto-Lei n.º 7.661/45 (STRECK, Lenio Luiz, e FELDENS, Luciano. Op. Cit, p. 100-101). A nova lei de falências (Lei n.º 11.101/05), entretanto, aboliu essa espécie de investigação conduzida pela autoridade judiciária, numa saudável harmonização da legislação infraconstitucional com o modelo acusatório.

163 As sindicâncias e os processos administrativos instaurados para a apuração de ilícitos perpetrados por agentes públicos também merecem menção. Adel El Tasse, abordando especificamente esse tema, utiliza a expressão "investigação administrativa" para designar

Parlamentares), pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS (crimes contra a previdência social), pelas Delegacias do Trabalho (crimes contra a organização do trabalho, especialmente o trabalho escravo¹⁶⁴), pelo IBAMA e pelos órgãos estaduais de proteção do meio-ambiente (infrações penais ambientais).

Todo esse rol, calha frisar, não é exaustivo, nada impedido, ademais, que outras leis prevejam a atribuição investigatória de outros órgãos, desde que sua natureza e função se harmonizem com a estrutura constitucional em que se inserem.

Em alguns dos exemplos acima, é nítido que a finalidade da investigação é, de fato, a colheita de provas concernentes a um ilícito penal (Comissões Parlamentares de Inquérito, investigações contra membros do Poder Judiciário etc.). Estas classificam-se como espécies de investigação *direta*. Da leitura de outros desses exemplos – investigações indiretas ou incidentais¹⁶⁵ -, entretanto, pode surgir a dúvida quanto à finalidade da atividade investigatória promovida por cada um dos órgãos aludidos (investigações indiretas ou incidentais - COAF, Receita, Controladoria-Geral da União). Seriam essas investigações realmente dirigidas à colheita de provas sobre a prática de um crime, ou as apurações limitam-se ao delineamento de um fato apenas no que implique um sancionamento civil ou administrativo?

A dúvida, na verdade, é calcada numa falsa premissa: a de que uma investigação tem por objeto um ilícito, e não um fato.

Uma investigação, qualquer que seja ela, tem por escopo o esclarecimento de

o gênero no qual se inserem a sindicância e o processo administrativo disciplinar, instaurados para apurar a prática de um irregularidade (Lei n.º 8.112/90, art. 143, *caput*) praticada por servidor público, que eventualmente caracterizará também um ilícito penal (TASSE, Adel El. **Investigação preparatória**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2001, p. 71-72).

164 Causou grande comoção o assassinato, em 28.01.2004, de três auditores do Ministério do Trabalho que apuravam as condições de trabalho, remuneração e acomodação de pessoas arrematadas por fazendeiros da região de Unaí, interior de Minas Gerais. A nota oficial da Procuradoria-Geral do Trabalho sobre o fato está disponível em <<http://www.pgt.mpt.gov.br/noticias/2004/01/n011.html>> (acesso em: 12 mai. 2006).

165 Sobre as investigações estatais diretas e indiretas ou incidentais, ver capítulo 2.4.

fatos. Os fatos apurados podem ou não caracterizar um ilícito penal - ou civil, ou administrativo, ou tributário, ou político etc. -, precisamente porque, ontologicamente, não há distinção entre as diversas espécies de ilícito. Fernández Carrasquilla¹⁶⁶ aduz:

O conceito de ilicitude é unitário, é dizer, é um só e o mesmo para toda a ordem jurídica. Esta concepção unitária da ilicitude jurídica (antijuridicidade) é inconfundível enquanto se mantenha o postulado 'o que não está proibido está permitido', e seu corolário de que uma mesma conduta não pode estar proibida (por um ramo do direito) e permitida (por outro) ao mesmo tempo e desde a mesma perspectiva. O que isto significa é que a proibição ou permissão jurídicas de uma conduta por qualquer norma de qualquer ramo do direito é isso simplesmente, ilicitude jurídica, sem qualificativos como os de civil, penal, administrativo, etc., ou seja, que se estende a todo o ordenamento jurídico.

Especificamente versando sobre o direito penal (e a indistinção ontológica entre ilícito penal e outros ilícitos), Nelson Hungria explica que:

Na diversidade de tratamento dos fatos antijurídicos, a lei não obedece a um critério de rigor científico ou fundado numa distinção ontológica entre tais fatos, mas simplesmente a um ponto de vista de conveniência política, variável no tempo e no espaço. A ilicitude jurídica é uma só, do mesmo modo que um só, na sua essência, o dever jurídico. [...] No que têm de fundamental, coincidem o delito civil e o delito penal. Um e outro são rebeldia contra a ordem jurídica.¹⁶⁷

Tem sido igualmente vã a tentativa de uma distinção ontológica entre o ilícito penal e o ilícito administrativo. A separação entre um e outro também atende apenas a critérios de conveniência ou oportunidade, aperfeiçoados à variável medida do interesse da sociedade e do Estado.¹⁶⁸

Uma investigação gravita em torno de fatos, aos quais a ordem jurídica pode atribuir uma ou diversas espécies de sanção, dada a sua injuricidade ou ilicitude. A natureza dos acontecimentos (ilícitos) que se pretendam reconstruir historicamente, a par da natureza das sanções aplicáveis, não desnatura nem

166 CARRASQUILLA, Fernández, apud QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal**: lineamentos para um direito penal mínimo, 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 57-58.

167 HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal** (atualizado por Helene Cláudio Frago), 6. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1983, tomo 2, p. 20-21, v. 1.

168 Ibid, p. 26.

altera o dado de que se cuidará, em qualquer caso, de uma investigação. Tenham as sanções hipoteticamente incidentes uma natureza administrativa, penal ou civil, sempre se estará falando de uma investigação sobre *atos*.

No mesmo sentido, com notável didática, é o voto do Excelentíssimo Ministro Joaquim Barbosa, proferido no julgamento do INQ n.º 1968-DF:

... O que autoriza o Ministério Público a investigar não é a natureza do ato punitivo que pode resultar da investigação (sanção administrativa, cível ou penal), mas, sim, o fato a ser apurado, incidente sobre bens jurídicos cuja proteção a Constituição explicitamente confiou ao parquet.

A rigor, nesta como em diversas outras hipóteses, é quase impossível afirmar, *a priori*, se se trata de crime, de ilícito cível ou de mera infração administrativa. Não raro, a devida valoração do fato somente ocorrerá na sentença!

Note-se que não existe uma diferença ontológica entre o ilícito administrativo, o civil e o penal. Essa diferença, quem a faz é o legislador, ao atribuir diferentes sanções para cada ato jurídico (sendo a penal, subsidiária e a mais gravosa).

Assim, parece-me lícito afirmar que a investigação se legitima pelo **fato investigado**, e não pela ponderação subjetiva acerca de qual será a responsabilidade do agente e qual a natureza da ação a ser eventualmente proposta.

Em síntese, se o fato diz respeito a interesse difuso ou coletivo, o Ministério Público pode instaurar procedimento administrativo, com base no art. 129, III, da Constituição Federal.

Na prática, penso que é possível propor tanto ação civil pública com base em inquérito policial quanto ação penal subsidiada em inquérito civil. Essa divisão entre civil e penal é mera técnica de racionalização da atividade estatal. O que é de fato relevante é a obrigação constitucional e legal a todos imposta de se conformar às regras jurídicas, indispensáveis a uma convivência social harmônica.

Ainda nessa esteira, seria absolutamente equivocada a afirmação de que *dever da autoridade interromper sua atividade investigatória no instante em que constate a possibilidade de que o ilícito de natureza administrativa ou cível, que lhe incumbia primordialmente apurar, caracteriza também um ilícito penal – remetendo a investigação à polícia*. A Receita Federal, por exemplo, ao apurar um ilícito fiscal, deveria encerrar sua atuação – e encaminhar à polícia os autos do procedimento investigatório - assim que colhesse indícios da prática de crime contra a ordem tributária?

Esse entendimento teria como pressuposto lógico a existência de um

monopólio da investigação pela polícia, premissa esta que já aqui se demonstrou incorreta. Além disso, tal espécie de solução – remessa obrigatória de uma investigação à polícia, sempre que o fato apurado possa também configurar um ilícito penal - desprestigiaria por completo o princípio da eficiência, que rege a administração pública (art. 37, *caput*, da CF/88). Deveras, desconsideraria que a segurança pública (para a qual a atividade investigatória contribui, direta ou indiretamente) é “dever do Estado, direito e responsabilidade de todos” (art. 144, *caput*, da CF/88), a ser exercida, portanto, por todos os órgãos e agentes públicos, concorrentemente¹⁶⁹.

3.5 A ATRIBUIÇÃO INVESTIGATÓRIA COMO DECORRÊNCIA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

A par dos exemplos apresentados, insta perquirir se são todas as autoridades administrativas dotadas de atribuição investigatória, ou se essa atribuição depende de algum fundamento constitucional ou legal específico.

De fato, poder-se-ia argumentar que a atividade investigatória seria ínsita a todos os órgãos e autoridades públicas, como decorrência direta dos fundamentos (art. 1º da CF/88), dos objetivos fundamentais da República (art. 3º da CF), dos direitos fundamentais (art. 5º da CF/88, e outros) ou dos princípios constitucionais regentes da administração pública (art. 37 da CF/88, do qual se destaca o princípio da legalidade). Sendo certo que a prática de ilícitos penais atenta contra cada um destes dispositivos constitucionais¹⁷⁰, não seria de todo descabida a afirmação de que a todos os agentes do estado compete a realização investigações sobre a prática de ilícitos.

Tal não sucede, todavia. Como decorrência do Estado Democrático de Direito e

169 E até mesmo pelos cidadãos, autorizados que estão para a realização de investigações particulares, ainda que os atos praticados no curso de tais investigações não sejam dotados de *imperatividade*.

170 Sobre a prática de crimes como violação à Constituição e de seus mandados de penalização, confira-se o interessantíssimo estudo de Luciano Feldens **A constituição penal**: a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, obra já referida.

dos direitos fundamentais neste ineludivelmente insculpidos, ao Estado só compete atuar quando legalmente autorizado para tanto. Trata-se do princípio da legalidade estrita ou administrativa, segundo a qual o administrador somente estará juridicamente autorizado a agir quando a lei assim o expressamente previr. É dirigida ao Estado, como verdadeira face oposta do princípio da legalidade – segundo o qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei – dirigida esta aos cidadãos e administrados em geral. Na lição de Celso Antônio de Melo¹⁷¹,

O princípio da legalidade, no Brasil, significa que a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina.
Ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe, a Administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autorize ...

Assim, chega-se à conclusão de que, para que possa promover investigações, deve o órgão ou autoridade administrativa respaldar-se em expressa previsão legal.

Essa previsão legal, por seu turno, para que seja constitucional, há que se compatibilizar com a estrutura do Estado em que se insere o órgão ou autoridade a quem compete a atividade de investigação. Em outras palavras: para que a lei que prevê a atribuição investigatória de determinado ente seja constitucional, deve existir uma relação de pertinência lógica entre os fins de sua atividade própria, dentro da organização dos poderes do Estado, e os fins da investigação. Assim é que, à Receita Federal, no exercício regular de suas atividades, compete investigar a prática de crimes contra a ordem tributária, mas não um crime ambiental; ao Banco Central toca a investigação sobre crimes de lavagem de dinheiro ou contra o sistema financeiro, mas não crimes contra a organização do trabalho¹⁷².

É relevante notar que, para cada um dos exemplos citados, há, de fato, lei (em sentido formal e material) outorgando a autoridade (atribuição) para a apuração

171 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. Cit, p. 94.

172 Por outro lado, entendemos que nada impede a investigação de outros ilícitos penais, desde que correlatos (conexos) aos crimes que, pela natureza e função do órgão, cabe a este de regra apurar.

da prática de ilícitos e, conseqüentemente¹⁷³, no exercício desse mister, exigir dos jurisdicionados ou outros agentes públicos determinadas condutas. Essa autoridade, aliás, é o próprio meio pelo qual o órgão exerce sua atribuição precípua, sem o qual seria esta despida de qualquer efetividade. Eventualmente, são até mesmo previstas sanções específicas para o eventual descumprimento de determinações (emitidas pelo ente público) ou comandos legais abstratos referentes ao repasse de dados ou documentos aos entes encarregados de atividades investigatórias. *Exempli gratia*, a recusa no fornecimento de informações sobre clientes de instituições financeiras e suas transações ao COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras do Banco Central) pode ensejar, tanto às pessoas jurídicas quanto aos seus administradores, uma série de sanções expressamente previstas em lei (art. 12 da Lei n.º 9.613/98), sem embargo do sancionamento criminal do agente¹⁷⁴, conforme o caso concreto. No mesmo sentido, dispõem os artigos 195, 196 e 197¹⁷⁵ do Código Tributário Nacional (Lei n.º 5.172/66), no capítulo atinente à

173 Conforme já verificamos, seria um contrasenso imaginar que a lei poderia conferir uma atribuição ao agente público – no caso, apurar ilícitos – se lhe conferir os meios para desempenhar essa atribuição. A *imperatividade*, na expressão que aqui adotamos, alicerça-se nos próprios fins da atividade estatal, como instrumento para sua fiel consecução.

174 Pelo crime de desobediência ou, conforme a situação concreta, até mesmo como partícipe de um crime mais grave.

175 Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exhibi-los.

Parágrafo único. Os livros obrigatórios de escrituração comercial e fiscal e os comprovantes dos lançamentos neles efetuados serão conservados até que ocorra a prescrição dos créditos tributários decorrentes das operações a que se referam.

Art. 196. A autoridade administrativa que proceder ou presidir a quaisquer diligências de fiscalização lavrará os termos necessários para que se documente o início do procedimento, na forma da legislação aplicável, que fixará prazo máximo para a conclusão daquelas.

Parágrafo único. Os termos a que se refere este artigo serão lavrados, sempre que possível, em um dos livros fiscais exibidos; quando lavrados em separado deles se entregará, à pessoa sujeita à fiscalização, cópia autenticada pela autoridade a que se refere este artigo.

Art. 197. Mediante intimação escrita, são obrigados a prestar à autoridade administrativa todas as informações de que disponham com relação aos bens, negócios ou atividades de terceiros:

I - os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício;

II - os bancos, casas bancárias, Caixas Econômicas e demais instituições financeiras;

III - as empresas de administração de bens;

IV - os corretores, leiloeiros e despachantes oficiais;

V - os inventariantes;

VI - os síndicos, comissários e liquidatários;

VII - quaisquer outras entidades ou pessoas que a lei designe, em razão de seu cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão.

fiscalização tributária, e o artigo 1º, V, parágrafo único¹⁷⁶, da Lei n.º 8.137/90 (crime contra a ordem tributária).

Em arremate, tem-se que, para que seja um órgão dotado de atribuição investigatória, além de expressa previsão legal, deve haver compatibilidade desta lei com a natureza e a função do ente, conforme sua posição dentro da estrutura organizacional do Estado.

3.6 A ATRIBUIÇÃO INVESTIGATÓRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Dispõe a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 127, que o Ministério Público é “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

Ao mesmo tempo em que marcou o Ministério Público brasileiro com as características da *essencialidade* e da *perenidade*, a Carta Política estabeleceu seus princípios e garantias institucionais - arts. 127, §§ 1º e 2º, e art. 128, §5º -, elencando, em seguida, suas funções, dentre as quais se destacam as de “promover privativamente a ação penal pública, na forma da lei” e “exercer o controle externo da atividade policial” (art. 129, I e VII).

No mesmo dispositivo, conferiu-se ao Ministério Público uma série de atribuições, como instrumentos para o fiel desempenho de sua missão

Parágrafo único. A obrigação prevista neste artigo não abrange a prestação de informações quanto a fatos sobre os quais o informante esteja legalmente obrigado a observar segredo em razão de cargo, ofício, função, ministério, atividade ou profissão.

176 Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

...
V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.

constitucional. Dentre tais atribuições, constam as de “expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los” e de “requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial” (art. 129, VI e VIII). Por fim, dispôs a CF que cumpre ao Ministério Público, ainda, “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas” (art. 129, IX).

Como se depreende de tais disposições, a Carta de 1988 fez tocar ao Ministério Público funções de relevo incontestável na construção de um efetivo Estado Democrático de Direito, sem olvidar de dotar seus órgãos dos meios para tanto.

Sobre o papel do Ministério Público brasileiro como agente transformador, discorrem Lenio Luiz Streck e Luciano Feldens¹⁷⁷:

No marco do Estado Democrático de Direito, às funções *ordenadora* e *promovedora* do Direito, próprias das fases do Estado Liberal e Social respectivamente, agrega-se a função de potencial *transformação social*. A bem compreendermos este câmbio de paradigma, torna-se imperioso verificarmos como se alteram, paulatinamente, os papéis institucionais dos poderes do Estado. Atente-se: se no Estado Liberal observávamos, na relação Estado-Poder-Sociedade, uma nítida proeminência do Poder Legislativo (do 'império da lei'), e no Estado Social verificávamos uma forte influência do Poder Executivo em face da necessidade de implementação de políticas públicas – o que acarretava um perfil autoritário a esta forma de Estado -, *no Estado Democrático de Direito verifica-se uma nítida migração dessa esfera de tensão*, a culminar com seu deslocamento em direção ao Poder Judiciário, abrindo campo àquilo que hoje se entende por justiça constitucional.

Parece-nos claro que é nesse contexto político-constitucional que se procura conceber o Ministério Público nos diversos países do mundo. Fortalecido fica o Ministério Público porque se fortalece o Poder Judiciário, enquanto possibilidade de realização dos direitos fundamentais-sociais assumidos pelos textos constitucionais dirigentes e compromissários. *A Constituição passa a figurar como remédio contra maiorias eventuais*. No limite, políticas públicas arbitrariamente não implementadas pelos Poderes Legislativo e

177 STRECK, Lenio Luiz, e FELDENS, Luciano. Op. Cit, p. 17-18.

Executivo passam a ser exigíveis por intermédio de ações de índole prestacional. *Nesse sentido, a principal instituição eleita pelo poder constituinte e autorizada a buscar essa intervenção da justiça constitucional é o Ministério Público, o que resulta claramente perceptível a partir da leitura do art. 127 e imediatamente seguintes da Constituição brasileira.*

O constituinte de 1988 concebeu, dessarte, um Ministério Público com feições ímpares, que encontram paralelos pouco próximos nas ordens constitucionais brasileiras anteriores e mesmo em outros países¹⁷⁸. Exsurge de suas funções a promoção da ação penal pública, sendo despiciendo salientar a importância de tal mister para a construção *de uma sociedade livre, justa e igualitária*, objetivos fundamentais da República (CF/88, artigo 3º). Neste passo, cumpre realçar que nem os reflexos manifestados pelas posturas mais liberais no direito penal, representados pelos teóricos do *abolicionismo*, entre outros, são capazes de infirmar a premência da *persecutio criminis* em fatos cuja danosidade transborda interesses meramente individuais e afeta a todo o corpo social, revelada na *nova criminalidade*¹⁷⁹.

Ainda nessa esteira, é bastante elucidativa a exposição de Lenio Luiz Streck e Luciano Feldens¹⁸⁰:

Defender um Estado Democrático de Direito nem de longe pode ser um conceito vazio; o *significado material desse novo paradigma de Estado é que deve nortear a atuação da instituição ministerial* [...]. O mesmo ambiente constitucional que erige o Estado Social como condição de possibilidade da realização das promessas incumpridas da modernidade no Brasil aponta para uma atuação do Ministério Público na proteção dos direitos fundamentais-sociais através de uma dupla intervenção: a) de um lado, utilizando os remédios constitucionais, buscando, em todas as instâncias (políticas e jurídicas), a concretização de tais direitos (direito à saúde, à educação, etc.); b) de outro, atuando, com legítima prioridade, no combate aos delitos que colocam em xeque os objetivos da

178 A reunião, num mesmo órgão, da titularidade da ação penal pública, da legitimidade para a ação civil pública (na prática, quase que exclusivamente exercida pelo Ministério Público, ainda que existam diversos co-legitimados) e da função de *ombudsman*, por exemplo, demonstram a singularidade e o relevo da instituição dentro da estrutura jurídico-constitucional brasileira.

179 Conforme Átilo Antônio Cerqueira, são características dessa cognominada *nova criminalidade* a “vitimização” difusa, a “vitimização” transnacional e a capacidade corruptora, sendo exemplos os crimes contra a ordem tributária, econômica e financeira e os crimes praticados por organizações criminosas incrustadas na estrutura do Estado (cf. **Direito penal garantista & a nova criminalidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2002, p. 59-69).

180 STRECK, Lenio Luiz, e FELDENS, Luciano. Op. Cit, p. 48.

República.

Hoje, acentuadamente robustecida a instituição do Ministério Público, ao menos no plano puramente positivo-normativo - justamente por lhe terem sido outorgadas tarefas (deveres) constitucionais de tão difícil consecução em nosso Estado de modernidade tardia – já deveriam estar sedimentados, na doutrina e na jurisprudência, quais seriam, de fato, os poderes (meios) que encerra. Essa indefinição certamente não decorre de omissão legislativa.

Regulamentando o artigo 129, IX, da Constituição Federal, a Lei Complementar n.º 75/93, no que diz respeito ao Ministério Público da União e seus ramos, estatuiu:

Art. 8º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência:

I - notificar testemunhas e requisitar sua condução coercitiva, no caso de ausência injustificada;

II - requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta;

III - requisitar da Administração Pública serviços temporários de seus servidores e meios materiais necessários para a realização de atividades específicas;

IV - requisitar informações e documentos a entidades privadas;

V - realizar inspeções e diligências investigatórias;

VI - ter livre acesso a qualquer local público ou privado, respeitadas as normas constitucionais pertinentes à inviolabilidade do domicílio;

VII - expedir notificações e intimações necessárias aos procedimentos e inquéritos que instaurar;

VIII - ter acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública;

IX - requisitar o auxílio de força policial.

[...]

§ 2º Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido.

§ 3º A falta injustificada e o retardamento indevido do cumprimento das requisições do Ministério Público implicarão a responsabilidade de quem lhe der causa.

No que se refere ao Ministério Público dos Estados, prescreve a Lei n.º 8.625/93:

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

I - instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los:

a) expedir notificações para colher depoimento ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar, ressalvadas as

- prerrogativas previstas em lei;
- b) requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
- c) promover inspeções e diligências investigatórias junto às autoridades, órgãos e entidades a que se refere a alínea anterior;
- II - requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que officie;
- ...

Da exegese da Lei Complementar n.º 75/93 e da Lei n.º 8.625/93, legitima-se o Ministério Público para a realização de um amplo conjunto de medidas de natureza investigatória, a exemplo da inquirição de testemunhas e a requisição de informações e documentos públicos ou privados. Veja-se, aliás, que com relação aos documentos e informações requisitados, nos termos da Lei, sequer poderá ser levantado óbice referente à *sigilosidade* dos dados (art. 8º, §2º, da LC n.º 75/93).

Todavia, em que pese a clareza do artigo 129 da Constituição Federal e dos dispositivos da Lei Complementar n.º 75/93 e da Lei n.º 8.625/93, grande parte da doutrina e da jurisprudência, ao longo desses quase quinze anos desde da promulgação da Carta de 1988, vem dando uma interpretação restritiva quanto a tais atribuições. *Exempli gratia*, já de há muito encontra ressonância nos Tribunais pátrios o argumento de que o Ministério Público não pode requisitar o fornecimento de dados sigilosos, senão quando judicialmente autorizado¹⁸¹.

A corrente pela restrição dos poderes investigatórios do Ministério Público reverberou de modo máximo em relativamente recente decisão da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, na qual se declara que a *realização de diligências investigatórias é atribuição exclusiva da polícia judiciária*, conforme noticiado no Informativo n.º 307 do STF¹⁸² ¹⁸³. Essa decisão da Segunda

181 STF – Inquérito n. 903-2 – Distrito Federal, rel. Paulo Brossard, *Diário da Justiça*, 10 out. 1994, p. 27.043; STF – Inquérito n. 908-3 – Distrito Federal, rel. Ilmar Galvão, *Diário da Justiça*, 10 out. 1994, p. 27.043; 5ª T. - HC n, 2.019-7/RJ – rel. Min. Cid Flaquer Scartezini – *Ementário STJ* n. 09/716. Sobre esse tema – “quebra” de sigilo diretamente pelo Ministério Público – discorrer-se-á no capítulo 7.

182 “RHC 81.326-DF, rel. Min. Nelson Jobim, 6.5.2003. (RHC-81326)

Turma do Pretório Excelso demarcou um posicionamento extremo que se contrapõe, inclusive, a inúmeros julgados anteriores do próprio STF e de outros Tribunais¹⁸⁴. Evidenciando uma tendência, o Partido Liberal ajuizou, na data de 22/07/2003, a Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI n.º 2943-6, pugnano pela suspensão da eficácia dos dispositivos aqui referidos da Lei Complementar n.º 75/93 e da Lei n.º 8.625/93¹⁸⁵. Atualmente, encontra-se em julgamento o recebimento da denúncia nos autos de n.º (INQ) 1968-DF, apresentada pelo Ministério Público Federal contra o deputado Remi Trinta (PL/MA). O parlamentar, que à época dos fatos era dono de uma clínica em São Luís/MA, é acusado da prática de estelionato, por suposta fraude contra o Sistema Único de Saúde - SUS¹⁸⁶. A defesa argumenta que a denúncia foi

A Turma deu provimento a recurso ordinário em habeas corpus para reformar decisão do STJ que entendera válida a requisição expedida pelo Ministério Público do Distrito Federal para que o recorrente, delegado de polícia, comparecesse ao Núcleo de Investigação Criminal e Controle Externo da Atividade Policial para ser interrogado em procedimento administrativo investigatório supletivo. Considerou-se que o Ministério Público não tem poderes para realizar diretamente investigações, mas sim requisitá-las à autoridade policial competente, não lhe cabendo, portanto, inquirir diretamente pessoas suspeitas da autoria de crime, dado que a condução do inquérito policial e a realização das diligências investigatórias são funções de atribuição exclusiva da polícia judiciária. Precedentes citados: RE 233.072-RJ (DJU de 3.5.2002) e RE 205.473-AL (DJU de 30.8.99)”.
 183 O principal argumento invocado pela 2ª Turma do STF para declarar a ilegitimidade do Ministério Público para a condução de investigações, segundo o voto do Exmo. Ministro Relator, é o fato de que, historicamente, o Ministério Público nunca pôde fazê-lo. Volver-se-á ao ponto adiante, mas de logo já se pode apontar a incongruência desse posicionamento ante à previsão explícita do art. 47 do CPP, cuja constitucionalidade e aplicabilidade nunca foram questionadas. Além disso, *concessa venia*, ao não atentar para o novo papel do Ministério Público dentro do Estado Democrático de Direito, nos termos do art. 127 da CF/88, o argumento se nos afigura um verdadeiro exercício de *interpretação retrospectiva*, de que nos fala Luís Roberto Barroso. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. rev. atual. e ampl.. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 67-82).

184 STF, ADIn n.º 1517-UF Rel. Min. Maurício Corrêa, julg. em 30.4.97, Informativo STF n.º 69; STJ, HC n.º 7.445-RJ, 5ª T., Rel. Min. Gilson Dipp, julg. em 01.112.98, v.u., DJU de 01.02.99, p. 218, RHC 7.063-PR, 6ª T., Rel. Min. Vicente Leal, julg. em 26.08.98, v.u., DJU de 14.12.98, p. 302; TRF/4ª Região, HC n.º 97.04.26750-9-PR, 1ª T., Rel. Juiz Fábio B. da Rosa, 1ª T., v.u., julg. em 24.06.97, DJU de 16.07.97; TJDFT, HC n.º 1998.00.2.035-8, 1ª T., Rel. Des. Otavio Augusto, julg. em 12.03.98, v.u., DJ de 03.06.98, p. 38.

185 Sobre tal fenômeno, amolda-se de modo preciso a lição de Michel Foucault: “A partir do momento em que há uma relação de poder, há uma possibilidade de resistência. Jamais somos aprisionados pelo poder: podemos sempre modificar sua dominação em condições determinadas e segundo uma estratégia precisa...” (FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**, 18. ed.. Rio de Janeiro: Graal, 2003, p. 241).

186 “Segundo o MPF, as fraudes contra o SUS seriam enumeradas nas seguintes ações: adulteração de datas; grafias de controle semelhantes; prescrições e evoluções médicas e de enfermagem similares, utilizando-se o mesmo tipo gráfico; números de leitos de enfermagem iguais aos números de leitos da Unidade de Terapia Intensiva (UTI); cobrança de exames não realizados, entre outras. O MPF pediu a instauração de Ação Penal para que Trinta e seus sócios sejam processados e condenados por, supostamente, terem

apresentada com base numa investigação realizada diretamente pelo Ministério Público, sem inquérito policial. Cinco ministros já proferiram seus votos¹⁸⁷ sobre a questão. O recebimento dessa denúncia pelo Supremo Tribunal Federal¹⁸⁸ (que certamente servirá de paradigma para o julgamento da ADI n.º 2943-6), portanto, ainda pende de julgamento definitivo.

Nos tópicos antecedentes demonstrou-se a inexistência de monopólio da polícia para a realização de investigações. Após serem relacionados diversos exemplos de investigações conduzidas por órgãos diversos da polícia, verificou-se que, para que seja legítima a atribuição investigatória, é necessária expressa previsão legal e compatibilidade dessa atribuição com as funções desempenhadas pelo órgão, dentro da estrutura estatal. Calha, agora, indagar se, no caso do Ministério Público, estes requisitos estão preenchidos.

Alguns parágrafos acima pôde-se constatar que tanto a Lei Complementar n.º 75/93 quanto a Lei n.º 8.625/93 são cristalinas, didáticas e redundantes até, ao declinarem, em diversos incisos, os atos de investigação que o Ministério Público pode praticar. Previsão legal expressa, portanto, há¹⁸⁹.

cometido crime de estelionato.

Conforme a denúncia da Procuradoria, as fraudes teriam alcançado cerca de R\$ 700 mil apenas no ano de 1995. 'Evidencia-se que Remy Abreu Trinta, Maria José Abreu Trinta e Nilson Santos Garcia, proprietários e administradores da Clínica Santa Luzia, beneficiaram-se diretamente desse esquema de fraudes que, por sua condição de administradores, não poderiam desconhecer, aproveitando-se das Autorizações de Internação Hospitalares (AIHs) falsas para buscar, junto ao Sistema Único de Saúde, pelo menos ao longo de 1995, o pagamento de serviços hospitalares indevidos', argumentou o Ministério Público." Extraído do sítio do Supremo Tribunal Federal, seção notícias (publicada em 15 out. 2003). Disponível em:

<<http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=68773&tip=UN>>. Acesso em: 18 mar. 2006.

187 Votos já proferidos: a) favoráveis à investigação pelo MP – Joaquim Barbosa, Carlos Ayres Britto e Eros Roberto Grau; b) contra a investigação pelo MP: Marco Aurélio Mello e Nelson Jobim.

188 Outra importante denúncia cujo recebimento pelo STF dependerá de sua decisão sobre os poderes investigatórios do Ministério Público é a referente ao “escândalo do mensalão”, amplamente divulgado na imprensa nacional e estrangeira. A peça de acusação, apresentada em 30 mar. 2006 e disponível na íntegra em <<http://www.pgr.mpf.gov.br/pgr/asscom/mensalao.pdf>> (acesso em: 30 jun. 2006), é o resultado de investigações da “CPI dos Correios”, da Polícia Federal e do próprio Ministério Público Federal. Se o Supremo Tribunal Federal decidir que o MP não pode investigar, a denúncia do Procurador-Geral da República contra os quarenta mensaleiros deverá ser liminarmente rejeitada.

189 Em verdade, as leis de organização do Ministério Público não são as únicas a preverem expressamente sua atribuição investigatória. Outros exemplos de leis que

A pergunta que se segue é: a atribuição para a investigação da prática de crimes é consentânea com as funções para as quais o Ministério Público, dentro da estrutura dos poderes do Estado, é constitucionalmente vocacionado? A resposta afirmativa se impõe.

É inegável que a persecução criminal¹⁹⁰, que abrange tanto a atividade de investigação (pré-processual) quanto a do processo penal acusatório, para o qual o Ministério Público está expressamente legitimado, insere-se no escopo de atuação protetiva dos interesses elencados no art. 127 da CF/88. Somente esse singelo argumento – ao nosso ver, o mais enfático – já seria suficiente para demonstrar a compatibilidade da atividade investigatória com o Ministério Público. Para reforçá-lo, tome-se a cristalina dicção do art. 129, inciso IX, da CF/88, segundo o qual é função institucional do Ministério Público “*exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade.*”

Ocorre que, à luz da doutrina contrária à condução de investigações pelo Ministério Público, a ausência de compatibilidade estaria não na relação entre a *investigação* e os *fins* (objetivos, funções) constitucionais que o Ministério Público deve desempenhar – até porque essa compatibilidade é insofismável. A incompatibilidade consistiria, antes disso, na inadequação de uma postura investigativa por parte do Ministério Público perante o modelo processual-penal adotado pela constituição, que impediria que *o mesmo órgão que acusa possa investigar*. Em outras palavras: o Ministério Público não poderia investigar porque, segundo a constituição, quem acusa não pode investigar.

Tem-se aí mais um argumento cujo equívoco é calcado na distorção da

autorizam a investigação direta pelo Ministério Público são: o art. 74, VI, da Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso); o art. 201, VII, da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente); o art. 29 da Lei nº 7.492/86; o art. 356, §2º, do Código Eleitoral (Lei nº 4.737/67) e mesmo o art. 47 do vetusto Código de Processo Penal: “Art. 47. Se o Ministério Público julgar necessários maiores esclarecimentos e documentos complementares ou novos elementos de convicção, deverá requisitá-los, diretamente, de quaisquer autoridades ou funcionários que devam ou possam fornecê-los.”

190 LIMA, Marcellus Polastri. Op. Cit, p. 25-26.

definição de cada um dos modelos processuais penais.

A característica fundamental do sistema ou modelo acusatório é a pluralidade de sujeitos processuais – partes e juiz - e a separação de funções: para cada um dos sujeitos envolvidos no complexo de relações jurídico-processuais toca uma função específica. À acusação (particular ou estatal – de regra, o Ministério Público), cabe a função de deduzir a pretensão acusatória, pleiteando ao Estado-Juiz a condenação do réu. Ao acusado (e ao sujeito encarregado do exercício de sua defesa técnica) cumpre a função de opôr-se à pretensão da acusação. Ao juiz, compete a função de julgar, aplicando a norma geral e abstrata ao caso concreto por meio de uma decisão condenatória ou absolutória, mantendo-se, no curso de todo o processo, numa posição eqüidistante das partes.

Assim, e diversamente do que ocorre no sistema ou modelo inquisitivo, no sistema acusatório as funções de acusar, defender e julgar são distribuídas a sujeitos processuais distintos. Se no sistema inquisitivo o juiz (inquisidor) reúne todas essas funções (sendo o réu mero objeto e espectador do processo, não um sujeito), no sistema acusatório a função do juiz é julgar.

Que há de incompatível com o sistema acusatório que o órgão incumbido de acusar possa também investigar? Terminantemente, nada.

Nisso se evidencia a confusão de conceitos: a afirmação de que *quem investiga não pode acusar* faz sentido se se está tratando de um sistema misto, no qual a distribuição de funções é distinta da verificada no sistema acusatório. No sistema misto, como visto no capítulo 1.5, a instrução preliminar fica a cargo de uma autoridade que integra o poder judiciário (de regra, um juiz instrutor) e, nessa qualidade, é dotado de amplos poderes para a colheita e produção de provas, inclusive no que diga respeito a limitações na esfera das liberdades individuais. A autoridade policial, e mesmo o Ministério Público (quando não seja este dotado de poderes próprios das autoridades judiciárias), nesse sistema, são órgãos meramente auxiliares das investigações, presididas,

repita-se, por uma autoridade dotada de jurisdição. Após encerrada, a instrução preliminar produzida por esse juiz, então, é entregue a outro sujeito, legitimado para a deflagração do processo mediante a formalização da acusação – que será julgada por uma autoridade judiciária diversa daquela responsável pela investigação. Nesse sistema, portanto, quem investiga não pode acusar nem julgar; quem julga não pode investigar nem acusar.

A crítica à investigação pelo Ministério Público com respaldo na sua suposta incompatibilidade com o sistema processual penal adotado no Brasil afigura-se, deste modo, desconexa. Tivéssemos adotado o modelo do juizado de instrução, a objeção faria sentido.

Em arremate, é possível concluir que, para o Ministério Público brasileiro, segundo seu atual desenho constitucional, há plena compatibilidade entre a atribuição de investigar e os fins precípuos de sua atuação (art. 127 da CF/88).

3.6.1 Outros argumentos favoráveis e contrários à investigação pelo Ministério Público no Brasil

Os fundamentos apresentados nos tópicos antecedentes são, a nosso ver, suficientes à demonstração de que a investigação direta pelo Ministério Público é legal e constitucional. Os intensos debates surgidos ao ensejo da decisão do Supremo Tribunal Federal no RHC 81.326-DF e do julgamento, ainda em curso, sobre o recebimento da denúncia no INQ 1968-DF (que formará o paradigma para a ADI n.º 2943-6 e para quaisquer outros casos submetidos ao Supremo Tribunal Federal) trouxeram a lume outros interessantes argumentos, favoráveis e contrários à investigação pelo Ministério Público, sobre os quais nos interessa discorrer, ainda que em breve síntese¹⁹¹.

191

Conforme compila Rogério Lauria Tucci, não reconhecem a atribuição investigatória do Ministério Público brasileiro os seguintes estudiosos do direito: ANTÔNIO SCARANCE FERNANDES, ANTÔNIO EVARISTO DE MORAES FILHO, GUILHERME DE SOUZA NUCCI, SÉRGIO MARCOS DE MORAES PITOMBO, JACINTO NÉLSON DE MIRANDA COUTINHO, JOSÉ CARLOS FRAGOSO, LUIZ GUILHERME VIEIRA, MARCO ANTÔNIO RODRIGUES NAHUM, MARTA CRISTINA CURY SAAD GIMENES e ORLANDO MIRANDA FERREIRA. (TUCCI, Rogério Lauria. **Ministério Público e investigação criminal**. São Paulo: Editora Revista do Tribunais,

a) (CONTRA) Os poderes investigatórios do Ministério Público não foram expressamente previstos na Constituição. A Constituição só prevê para o Ministério Público, como atividade investigatória, a instauração do inquérito civil público. Para investigações criminais, a Constituição concedeu ao MP apenas a atribuição para “requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial” (art. 129, VIII, da CF/88).

(A FAVOR) Conforme visto nos tópicos anteriores, a realização de investigações coaduna-se com as funções institucionais do Ministério Público e é decorrência de seu poder-dever de acusar. Essa atribuição decorre também de suas outras funções, com destaque para o exercício do controle externo da atividade policial – que, sem a possibilidade de investigação direta, é simplesmente inócuo¹⁹² – e o próprio poder de requisitar diligências

2004, p. 31-45). Entre os que são contrários à investigação pelo Ministério Público podem ser ainda citados os seguintes doutrinadores: ADA PELLEGRINI GRINOVER, LUÍZ FLÁVIO GOMES, LUÍS ROBERTO BARROSO, GERALDO PRADO, RENÉ ARIEL DOTTI, JOSÉ AFONSO DA SILVA, CLÁUDIO GEOFFROY GRANZOTTO e o próprio ROGÉRIO LAURIA TUCCI.

Por sua vez, afirmam a atribuição investigatória do Ministério Público: HÉLIO TORNAGHI, JOSÉ FREDERICO MARQUES, JÚLIO FABBRINI MIRABETE, HUGO NIGRO MAZZILLI, LENIO LUIZ STRECK, LUCIANO FELDENS, VALTER FOLETO SANTIN, MARCELLUS POLASTRI LIMA, ELA WIECKO VOLKMER DE CASTILHO, ALEXANDER ARAÚJO DE SOUZA, RODRIGO RÉGNER CHEMIN GUIMARÃES, FLÁVIO MEIRELLES MEDEIROS, AURY LOPES JÚNIOR, CARLOS FREDERICO COELHO NOGUEIRA, GUILHERME SOARES BARBOSA, JOSÉ FERNANDO MARREIROS SARABANDO, LUIZ CARLOS DOS SANTOS GONÇALVES, MÁRCIO LUÍZ CHILA FREYSBELEN, ALOÍSIO FIRMO GUIMARÃES DASILVA, MARIA EMÍLIA DE MORAES DE ARAÚJO, PAULO FERNANDO CORRÊA, EDISON MIGUEL DA SILVA JÚNIOR e PAULO GUSTAVO GUEDES FONTES (TUCCI, Rogério Lauria. Op. Cit, p. 13-25). A essa lista, acrescentamos: EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA, FERNANDO CAPEZ, PAULO RANGEL, CARLOS HENRIQUE BEZERRA LEITE, MARCOS KAC, JOSÉ EDUARDO SABO PAES, DENISE NEVES ABADE, FLÁVIO EDUARDO TURESI, CLÁUDIO LEMOS FONTELES, NICOLAO DINO, VALTAN FURTADO, GLÁUCIA MARIA DA COSTA SANTANA, EDER SEGURA, ANTÔNIO DE PADOVA MARCHI JÚNIOR, CAROLLINE SCOFIELD AMARAL, MARCELO LESSA BASTOS, MANUEL SABINO PONTES, RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA, GUILHERME COSTA CÂMARA e CLÊMERTON MERLIN CLÉVE.

192 *Data venia*, dizer que o controle externo da atividade policial é exercitável somente “através da requisição de procedimentos aos órgãos correicionais” e do poder “requisição nos feitos policiais” (como propõe Célio Jacinto Santos, em artigo publicado no site *Consultor Jurídico*, disponível em <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/24199,1>>, acesso em 12 mai. 2006) é o mesmo que esvair todo o sentido norma constitucional. Órgãos correicionais da polícia realizam controle *interno*, e não externo. Além disso, qualquer cidadão, não só o MP, tem o direito de provocar órgãos correicionais. E requisição de diligências nos “feitos policiais” é poder explícito na CF – art. 129, VIII – que, por questão de lógica e coerência, não pode simplesmente se identificar com outro poder explícito.

investigatórias à polícia – é implícito¹⁹³ que quem pode determinar a terceiro que realize diligências pode, também, realizá-las diretamente, sob pena de, absurdamente, transformar a autoridade requisitante em “subordinada” da autoridade requisitada. Demais disso, dizer que a lei não poderia prever a atribuição investigatória é ignorar não só o disposto no art. 129, VII, segundo o qual o MP pode “expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los”, mas também o art. 129, IX, da CF/88, que lhe permite o exercício de “outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade”.

b) (CONTRA) Na assembléia nacional constituinte chegou a ser debatida a atribuição investigatória do Ministério Público (ou a presidência de uma instrução preliminar pelo MP), mas, ao final, “o Constituinte rejeitou as Emendas 945, 424, 1.025, 2.905, 20.524 e 30.513, que, de um modo geral, davam ao Ministério Público a supervisão, avocação e acompanhamento da investigação criminal”^{194 195}.

(A FAVOR) Não se deve confundir *vontade do legislador* (*vontade do constituinte*) com *vontade da lei* (*vontade da Constituição*). A omissão do constituinte não pode ser entendida como um “silêncio eloqüente”, tendo em vista que a falta de um dispositivo específico prevendo a atribuição investigatória é superada pelo disposto no inciso IX do art. 129 da CF/88, entre outros. Além disso, a evolução constitucional operada ao longo de mais de dezessete anos de vigência da atual constituição permite verificar uma sedimentação, cada vez mais evidente, do modelo processual penal

193 O argumento, que não pode ser lido isoladamente dos demais, reflete a teoria dos poderes implícitos (“theory implied and inherent powers”), construída pela Suprema Corte norte-americana, com base no julgamento do caso *McCulloch contra o Estado de Maryland* (repertório de *Wheaton* 316-437, de fevereiro de 1819, Chief Justice John Marshall). Poderes implícitos são todos os poderes indispensáveis ao exercício de uma competência expressa: “... um governo, investido de tão amplos poderes, de cujo oportuno desempenho a felicidade e a prosperidade da nação dependem vitalmente, deve também ser investido de amplos poderes para seu desempenho” (MARSHALL, John. **Decisões Constitucionais de Marshall**, Traduzidas por Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, 1997, p. 110).

194 Voto condutor do Ministro Nelson Jobim no HC 81.326-7/DF, da 2ª Turma do STF, em 06.05.2003.

195 TUCCI, Rogério Lauria. Op. Cit, p. 65.

acusatório¹⁹⁶ – que é plenamente compatível com a investigação direta pelo Ministério Público, como visto no capítulo 2.5. Considerando a opção constitucional pelo sistema acusatório, seria, de fato, incongruente a previsão de uma “instrução preliminar a cargo do MP”, nos moldes de um sistema misto.

c) (CONTRA) À luz do art. 129, IX, da CF/88, é indispensável que uma lei, em sentido formal e material, disponha expressamente sobre o instrumento de investigação a cargo do MP. Não há lei expressa prevendo a atribuição investigatória do Ministério Público¹⁹⁷. Os dispositivos da Lei Complementar n.º 75/93 e Lei n.º 8.625/93 tratam de investigações ligadas ao exercício da ação civil pública, outra atribuição constitucional do MP¹⁹⁸.

(A FAVOR) Não há nada, nem na Lei Complementar n.º 75/93 nem na Lei n.º 8.625/93, que estabeleça que as atribuições investigatórias limitam-se à colheita de elementos para a propositura de uma ação civil pública. Muito diversamente disso, o artigo 26, I, da Lei n.º 8.625/93 é peremptório a prever a possibilidade de instauração, pelo Ministério Público, de inquérito civil e de outros procedimentos administrativos, abrangendo, com isso, todo e qualquer procedimento, de natureza criminal ou não, necessário ao exercício de suas funções institucionais¹⁹⁹. A instauração e a condução de procedimentos administrativos pelo MP presta-se a subsidiar toda a gama de possibilidades de atuação para o cumprimento de sua missão constitucional (art. 127 da CF/88). Esses procedimentos administrativos podem ter como objetivo desde a documentação e o acompanhamento do exercício do controle externo da

196 O que é confirmado por incontáveis decisões com este fundamento declarando a inconstitucionalidade de dispositivos infraconstitucionais.

197 Mencionam alguns, como Antônio Carlos Barandier, que, na época em que se discutiam no congresso nacional os projetos que desaguaram na LC 75/93 e na Lei n.º 8.625/93, voltou a ser discutida a atribuição investigatória do Ministério Público em matéria criminal, possibilidade que não restou consolidada (BARANDIER, Antônio Carlos. Parecer aprovado em 22/09/2004 pelo Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/30179,1>>. Acesso em 18 mar. 2006). Em contraposição a esse argumento, que prestigia a *voluntas legislatorum* em detrimento do caráter sistemático do ordenamento, basta a referência aos artigos da LC n.º 75/93 e da Lei n.º 8.625/93, que prevêem expressamente a investigação pelo MP, sem limitá-la a nenhum escopo (cível ou penal).

198 GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. Cit, p. 04-05.

199 No âmbito do Ministério Público da União, previsão idêntica consta no art. 7º, I, da LC n.º 75/93.

atividade policial, passando pela expedição de recomendações ou a adoção de medidas judiciais diversas (mandados de segurança, *habeas corpus*, cautelares, nas mais variadas áreas de atuação - ambiental, consumidor, direitos humanos etc.), até a preparação de representações, à Procuradoria-Geral da República, pelo ajuizamento de ADIs ou de manifestações em processos de interesse público. Os procedimentos administrativos criminais (procedimentos de investigação criminal) são apenas mais um exemplo de procedimento administrativo “de sua competência” (art. 129, VI, da CF/88)..

d) (CONTRA) A condução de investigações é incompatível com a postura imparcial que o Ministério Público deve manter no processo penal e na investigação que o antecede.

(A FAVOR) No processo penal, o Ministério Público é parte - justamente aquela que acusa! - , e não um sujeito imparcial²⁰⁰. A nota da “imparcialidade”, no processo penal, tem o sentido de que, mesmo na condição de órgão legitimado para acusação²⁰¹, cabe ao Ministério Público zelar pelo fiel cumprimento da lei (função de *custos legis*, ou fiscal da lei), sempre de modo *impessoal* (desvinculado de interesses de ordem pessoal, que, a rigor, se houver, deveriam ser causa de suspeição ou impedimento do membro do Ministério Público)²⁰². A despeito de ser parte, sua função precípua é a defesa da lei e da Constituição, podendo e devendo, por este mesmo fundamento, por exemplo,

200 Conforme asseverava Carnelutti, dizer que Ministério Público é *parte imparcial* é o mesmo que afirmar a *quadratura do círculo* (CARNELUTTI, Francesco, apud LOPES Jr., Aury. Op. Cit, p. 92).

201 Discorrendo sobre a *imparcialidade do Ministério Público*, Eugênio Pacelli considera significativa a distinção entre órgão de acusação e órgão legitimado para a acusação: “... não é por ser o titular da ação penal pública, e nem por estar a ela obrigado (em razão da regra da obrigatoriedade, já estudada), que o *parquet* deve necessariamente oferecer a denúncia, e nem, estando já oferecida, pugnar pela condenação do réu, em quaisquer circunstâncias. Enquanto órgão do Estado integrante do poder pública, tem ele como relevante missão constitucional a defesa não dos interesses acusatórios, mas da *ordem jurídica*, o que o coloca em posição de absoluta imparcialidade diante *da* e *na* jurisdição penal” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op. Cit, p. 374).

202 Werner Goldschmidt distingue *parcialidade* de *parcialidade*, sendo a primeira o atributo de quem é parte numa relação jurídico-processual, e a segunda correspondente à não-afetação da conduta do agente processual por questões de índole puramente pessoal ou subjetiva. (GOLDSCHMIDT, Werner, apud LOPES Jr., Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 87).

promover o arquivamento de um inquérito policial (ou dos autos de quaisquer outros instrumentos de investigação), quando ausente a *justa causa* para a denúncia (arts. 28, 43 e 648, I, do CPP), ou pedir a absolvição de um acusado que verifique ser inocente, tomando todas as medidas cabíveis em sua defesa, se for o caso. Ademais, é entendimento pacífico nas cortes pátrias que “a participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia” (Súmula 234 do STJ).

e) (CONTRA) Por ser o Ministério Público *parte* no processo penal, não é adequado que conduza investigações, considerando que a tendência do membro do *parquet* é a de buscar apenas as provas que interessem à acusação e não produzir provas que interessem à tese da defesa²⁰³.

(A FAVOR) Segundo essa tese, a polícia teria mais condições de realizar uma investigação “imparcial” que o Ministério Público²⁰⁴. A colheita de informações na fase pré-processual tem por fito subsidiar o Ministério Público para a formulação de uma acusação responsável. Sob essa ótica, o argumento parece ser mais aplicável à polícia que ao Ministério Público. As provas produzidas no curso da investigação interessam à formação da convicção do membro Ministério Público, que terá a função de acusar ou arquivar os autos correspondentes, sendo este responsável (pessoalmente até, no caso de abuso) pela medida adotada no exercício de suas atribuições. Conforme

203 Os argumentos dos itens “d” e “e”, embora opostos, como percutientemente nota Paulo Gustavo Guedes Fontes, são comumente invocados por partidários da tese de que o Ministério Público não pode investigar (Cf. FONTES, Paulo Gustavo Guedes. *Investigação criminal pelo Ministério Público: discussão dos principais argumentos em contrário. Boletim dos procuradores da república*. Brasília: Associação Nacional dos Procuradores da República, n.º 69, jan./2006, p. 11).

204 “A alegação segundo a qual investigações promovidas pelo Ministério Público seriam parciais, porque visariam apenas a coligir provas tendentes a uma futura condenação, é de todo improcedente, porque: a) a prova da fase inquisitorial só serve para o recebimento da ação, devendo toda a prova (exceto a técnica) ser (re)produzida em juízo; b) não se espera do órgão investigador, seja ele Polícia ou Ministério Público, imparcialidade, atributo judicial, mas apenas impessoalidade; c) a Polícia está sempre em contato com o MP e é obrigada a atender suas requisições, sendo a mera idéia dessa pretensa equidistância um disparate; d) a probabilidade de um membro do MP distorcer os fatos na fase pré-processual não é maior que a de um delegado de polícia fazer o mesmo.” (FURTADO, Valtan. 15 razões para o Ministério Público investigar infrações penais. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n.º 139, jun./2004, p. 10-11, v. 12).

abordado no capítulo 3.2, entre os inconvenientes da investigação pela polícia está justamente a possível tendência para a obtenção de provas somente interessantes à acusação, dada a proximidade que tem esta com os fatos e investigados e em razão da outra função que lhe é conferida, a de segurança pública²⁰⁵. Essa tendência, todavia, nem sempre se verifica quando os investigados integram estamentos sociais capazes de exercer influência sobre órgãos do Poder Executivo aos quais os delegados de polícia – desprovidos do atributo da independência funcional, caro ao Ministério Público – são hierarquicamente subordinados.

f) (CONTRA) Se reconhecida a atribuição investigatória do Ministério Público, seus membros selecionarão os casos que querem investigar com base em critérios subjetivos, visando somente à atenção da mídia e à promoção pessoal.

(A FAVOR) A afirmação parte de uma desconfiança da lisura na postura do órgão agente do Ministério Público, o que, do ponto de vista estritamente jurídico, não se justifica. A opção pela investigação direta do Ministério Público deve estar calcada em um ato fundamentado, sempre com vistas ao princípio da eficiência: somente poderá investigar diretamente quando a investigação pela polícia ou por outro órgão, dadas as particularidades do caso concreto, possa se revelar menos eficiente. Embora se reconheça que abusos podem acontecer, para estes há os meios de impugnação próprios, que devem ensejar tanto a proteção dos interesses de alguém que foi lesado quanto o sancionamento, em todas as esferas, do membro do Ministério Público que atuou de forma ilícita. Da fato, há diversas formas de controle da legalidade desses atos, a exemplo das corregedorias e do Conselho Nacional do Ministério Público. Na proteção de interesses individuais dos investigados (ou de qualquer outro envolvido na investigação) contra os abusos praticados,

205 A possibilidade de que um membro do Ministério Público cometa um abuso, a rigor, não é menor nem maior que a possibilidade de que uma autoridade policial cometa o mesmo abuso. Por outro lado, não se pode ignorar que, “pela forma prática com que intervém no sistema, protagonizando a luta por vezes de vida ou morte contra a criminalidade e exercendo a força física legal, no dizer de Max Weber, os policiais estariam até menos inclinados a reconhecer e respeitar os direitos dos investigados.” (FONTES, Paulo Gustavo Guedes. Op. Cit, p. 11).

cabará sempre a provocação do judiciário (via *habeas corpus* ou qualquer outro meio hábil), *a posteriori* (para a reparação do dano eventualmente causado) ou concomitantemente à investigação (no exercício da função de *garante* que lhe é própria).

A proteção dos direitos fundamentais (art. 129 da CF/88) é uma das funções primordiais do Ministério Público. Supor que, ao realizar investigações, essa função será simplesmente desconsiderada, é o mesmo que supor que o órgão agente do Ministério Público atuará sempre contra a lei e a Constituição. Isso não implica afirmar a “infallibilidade” do Ministério Público, dado que integrado por homens e mulheres; implica, sim, afirmar que o Ministério Público é constitucionalmente vocacionado para a condução de investigações de modo a assegurar sua efetividade sem descuidar do resguardo dos direitos que qualquer investigado.

g) (CONTRA) Por carecer de regulamentação que estabeleça sua forma (o procedimento a ser seguido, com prazos e regras específicas²⁰⁶), a investigação criminal pelo Ministério Público viola o *devido processo legal* e, eventualmente, diversos direitos fundamentais dos investigados, que só poderiam ser resguardados ante à previsão de fórmulas próprias, a serem respeitadas pelos promotores e procuradores responsáveis.

(A FAVOR) Considerando que o Ministério Público Federal já regulamentou a questão, no que vem sendo acompanhado pelos Ministérios Públicos dos estados²⁰⁷, o argumento perde seu sentido. A Resolução n.º 77, de 14 de

206 A preocupação com a ausência de regulamentação da atividade investigatória do Ministério Público foi manifestada de forma clara pelo Exmo. Ministro Nelson Jobim, na sessão de julgamento do INQ. n.º 1968-DF realizada em 1º de setembro de 2004, que servirá de paradigma à ADI n.º 2943-6.

207 No Ministério Público de São Paulo, a regulamentação do procedimento administrativo criminal é até mesmo anterior: Ato Normativo n.º 168/98-PGJ-CGMP, de 21 de dezembro de 1998 (que aprova o Manual de Atuação Funcional dos Promotores de Justiça do Estado de São Paulo), especificamente os artigos 105 a 116. No Espírito Santo, o ato normativo n.º 001/2004, da Procuradoria-Geral de Justiça, “Regulamenta os incisos I, II, VI, VIII e IX, do artigo 129 da Constituição da República, o artigo 26, inciso I, da Lei Federal n.º 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 e o artigo 27, § 2º, inciso I, da Lei Complementar Estadual n.º 95, de 28 de janeiro de 1997, disciplinando, no âmbito do Ministério Público do Estado do Espírito Santo, a instauração e tramitação do Procedimento Administrativo Criminal.”

setembro de 2004²⁰⁸, do Conselho Superior do Ministério Público Federal - CSMPF, previu, dentre outros pontos: a forma de instauração do procedimento investigatório criminal (PIC) e seus requisitos – arts. 2º a 7º; as formas e os prazos para o encerramento instrução – arts. 8º a 12; as regras para a publicidade da investigação – art. 13; as formas para o arquivamento do PIC e dos recursos contra esse ato - arts. 14 e 15.

3.6.2 *Vantagens e desvantagens da investigação pelo Ministério Público no Brasil*

Como um entrave à investigação direta pelo Ministério Público, Valter Foletto Santin aponta a falta de estrutura do órgão, no Brasil, para a realização de medidas investigatórias, o que decerto acarreta uma perda de eficiência nessa atividade²⁰⁹. Todavia, o defeito, corretamente apontado, tende a ser corrigido com a ampliação e com o gradual incremento dos meios disponíveis ao *parquet*. Trata-se, portanto, de uma desvantagem apenas circunstancial, que tende a ser superada com o natural aprimoramento da instituição. Ademais, é pertinente ressaltar que a apuração de ilícitos criminais não deve ser uma atribuição exclusiva do Ministério Público – atuando este apenas quando, no caso concreto, outras formas de investigação não se revelarem mais eficientes -, de modo que não se deve exigir que suas estruturas de investigação correspondam às mesmas das polícias, a quem continua a ser confiada, de modo precípua, essa atividade.

A atribuição investigatória do Ministério Público pressupõe o fortalecimento da instituição²¹⁰. Como uma desvantagem do reconhecimento dessa atribuição,

208 A Resolução n.º 77 do CSMPF “Regulamenta o artigo 8º da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, disciplinando, no âmbito do Ministério Público Federal, a instauração e tramitação do **Procedimento Investigatório Criminal**”.

209 SANTIN, Valter Foletto. Op. Cit, p. 258-259.

210 No Brasil, o fortalecimento do Ministério Público veio com a CF/88, que lhe extirpou atribuições incompatíveis com sua natureza (de representação judicial e consultoria de pessoas jurídicas de direito público, que passaram às carreiras da advocacia pública, e de representação judicial individual de pessoas carentes – ainda prevista pela legislação processual penal e civil, a nosso ver inconstitucional – que passaram à defensoria pública) e lhe conferiu outras, demandadas pela ordem social e jurídica que se inaugurava (notadamente a de defesa dos direitos metaindividuais, como do meio-ambiente e das

tem-se a possibilidade do “agigantamento” desse *parquet* robustecido, que criaria, por meio de perseguições e investigações sistemáticas, um estado “policialesco”, de prodigalidade em devassas e arbitrariedades contra os cidadãos²¹¹. Trata-se de mais uma desvantagem, sim, mas também circunstancial, considerando que parte da premissa do desvirtuamento do modelo.

Não nos parece ser verdadeiramente uma desvantagem, de outra banda, que a investigação do Ministério Público não necessariamente conte com a participação (contraditória) do investigado – que, a rigor, tampouco ocorre nas investigações policiais. A efetividade de muitas investigações depende do sigilo, e a antecipação do contraditório para esse momento pode simplesmente inviabilizar apurações de ilícitos de maior complexidade – cujos rumos serão facilmente desviados se obrigatório o acompanhamento do investigado. Naturalmente, após a colheita de elementos mínimos a apontarem para a prática de um ilícito, ou ao cabo da instrução preliminar, deverá o investigado ser ouvido, quando poderá apresentar suas alegações e requerer outras medidas – seja na investigação policial, seja na investigação direta do Ministério Público. Tampouco se pode afirmar que esteja o investigado em posição de “desvantagem” se sua parte *ex-adversa* tem o poder de investigar (dotado de impositividade ou imperatividade), não reconhecido ao particular. Essa suposta desvantagem é compensada pelo princípio da presunção de inocência (ou de não-culpabilidade) e pelo fato de que toca à acusação todo ônus de provar a imputação. Além disso, se o investigado é realmente o responsável pelo ilícito apurado, terá ele, por conhecer diretamente a verdade sobre os fatos, mais e melhores meios que o Estado para produzir a prova que lhe interesse ou para omitir a que não lhe convenha. Na realidade, a investigação é uma luta do Estado contra o fato de, ao iniciar a persecução, não conhecer *a verdade* – que é sabida pelo criminoso cuja identidade (e cujo crime) se quer precisar.

relações de consumo).

211 A doutrina costuma citar os exemplos da Itália, na década de 90, e da Alemanha, na década de 70, que, inspiradas pelo *utilitarismo judicial* e pelo clamor público gerado pela macrocriminalidade (terrorismo alemão e a máfia italiana), outorgaram ao Ministério Público extraordinários poderes de persecução penal (LOPES Jr. Aury. Op. Cit, p. 90-91).

Uma das vantagens de uma investigação conduzida pelo Ministério Público, talvez a principal, pode ser creditada ao princípio da independência funcional que rege a conduta de seus membros. Com arrimo no princípio da independência funcional (art. 127, § 1º, da CF/88), o membro do Ministério Público, no exercício de suas funções, só deve prestar contas a sua consciência e a suas convicções de ordem jurídica. Não há hierarquia²¹² entre membros do Ministério Público, nem entre estes e outros agentes públicos, de qualquer dos Poderes do Estado.

A independência funcional do membro do Ministério Público permite a eficiência de investigações sobre determinados fatos que, em virtude da qualidade de pessoas envolvidas ou interessadas, direta ou indiretamente, poderiam não ser adequadamente apurados (ou sequer apurados), por ingerências diretas ou veladas sobre a atividade persecutória da polícia. Essas ingerências podem tanto recair sobre o delegado que preside as investigações quanto sobre um superior hierárquico ao qual esta autoridade policial está subordinada – o que, de qualquer forma, comprometeria o resultado de seu trabalho. Como exemplos, podem ser citadas as investigações sobre ilícitos praticados por políticos e por altas autoridades, por empresários com elevado poder econômico (e influência sobre decisões de importantes agentes públicos) e ilícitos cometidos por outras autoridades policiais²¹³. Reconhecer a atribuição

212 A hierarquia entre membros do Ministério Público limita-se a questões administrativas: concessão de férias, licenças, permutas, administração de serviços (atividades-meio) e funcionamento de suas sedes etc. No mais, os “graus” dentro de cada uma das carreiras do Ministério Público (promotor de Justiça e procurador de Justiça, nos Ministérios Públicos dos Estados; procurador da República, procurador regional da República e subprocurador-geral da República, no Ministério Público Federal, para citar apenas um dos ramos do Ministério Público da União) tão-somente concretizam uma distribuição de atribuições entre órgãos agentes que, por imperativo constitucional, apresentam (fazem presente) um todo, único e indivisível (princípios da unidade e indivisibilidade – art. 127, § 1º, da CF/88).

213 “... casos há em que se impõe a investigação direta pelo Ministério Público, e os exemplos mais comuns dizem respeito a crimes praticados por policiais e autoridades. Nesses casos, a iniciativa investigatória do Ministério Público é de todo necessária, sobretudo nas hipóteses em que a polícia tenha dificuldade ou desinteresse em conduzir as investigações. [...] Outro exemplo de iniciativa investigatória do Ministério Público na área penal ocorre quando não esteja a polícia em situação adequada para conduzir as investigações contra autoridades, dada sua condição de organismo subordinado ao governo e à administração.” (MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime Jurídico do Ministério Público**, 5. ed. rev. ampl. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 655-656). No mesmo sentido: LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ministério Público do Trabalho**: doutrina,

investigatória do Ministério Público tem como consequência dar ensejo à persecução penal por crimes diversos²¹⁴ daqueles que, infelizmente, ainda costumam compor o foco de grande parte das investigações policiais²¹⁵.

Outra vantagem da investigação direta pelo Ministério Público é o fato de que, por ser titular da ação penal pública e natural destinatário de toda a atividade investigatória, poderá o membro do *parquet* desde logo conhecer as provas e informações que são produzidas, evitando a produção de provas que não interessem à formação de seu convencimento (nem à acusação, nem à defesa) e produzindo somente aquelas que repute realmente relevantes. Nessa atividade, eventualmente poderá o promotor ou procurador deixar de produzir desde logo as provas que não entenda essenciais, mas que muitas vezes atrasam exageradamente a conclusão de um apuratório, protraindo para a instrução processual (judicial) sua produção, caso necessário, ali já sob o crivo do contraditório. Sob a condução direta do membro do Ministério Público, é possível minimizar a deturpação hoje verificada na investigação a cargo da polícia, que muitas vezes transforma a instrução preliminar materializada no inquérito policial em *plenária* e *exauriente*, desviando-a de sua real finalidade (colheita de elementos mínimos a demonstrar a plausibilidade, ou não, de uma acusação, a ser deduzida pelo Ministério Público ou pelo particular), conforme exposto no capítulo 2.2.

É improcedente o argumento de que certas investigações seriam mais eficientes se conduzidas por um membro do Ministério Público em razão de ser este mais qualificado que um delegado de Polícia (exemplos: crimes contra o sistema financeiro, contra a ordem econômica ou tributária, lavagem de dinheiro etc., cuja complexidade demandaria conhecimentos técnicos e jurídicos mais aprofundados). O argumento parte da premissa de que um

jurisprudência e prática. 3. ed. São Paulo: Ltr, 2006, p. 92.

214 Sem negar os notáveis avanços das polícias do Brasil nos anos recentes, ainda continuam sendo particularmente necessárias a ampliação e o aprimoramento da persecução penal com vistas à repressão à *macrocriminalidade* e à criminalidade *funcional*, arraigada nos mais variados escalões da estrutura do Estado.

215 A “clientela” dessas investigações há muito foi apontada por Heleno Cláudio Fragoso, em frase que hoje já virou lugar comum: o preto, o pobre e a prostituta.

promotor ou um procurador são mais competentes que um delegado de polícia, ignorando que são ambos agentes públicos aprovados em concursos públicos que são (ou ao menos deveriam ser) igualmente rigorosos no que diz respeito à aferição da qualidade dos candidatos. Se há deficiências na formação de qualquer um dos quadros, seja da polícia, seja do Ministério Público, tais deficiências devem ser corrigidas, primeiro, nos seus processos seletivos, o que pressupõe, logicamente, que sejam ambas as carreiras atrativas aos bons profissionais do direito (seja na questão remuneratória, seja no que diz respeito às condições de trabalho e a diversos outros fatores); depois, na formação e aprimoramento de seus agentes, com o oferecimento de cursos voltados a sua capacitação e a sua especialização. Em resumo, não se pode afirmar, como argumento para que o Ministério Público possa investigar, que seus membros são mais capacitados que delegados de polícia – e ainda que se tomasse como verdadeira a premissa, cumpriria ao Estado corrigir a eventual distorção, de modo que fossem todos otimamente habilitados ao exercício de suas funções.

Posto isso, tem-se que, conduzida diretamente por quem é seu natural destinatário, a quem cumpre, ao final, apreciá-la, a investigação pelo Ministério Público tende a ser mais célere e econômica. Contribui-se, assim, para a redução das *cifras da impunidade* (ou *cifras negras da criminalidade*²¹⁶), que no Brasil se devem, em boa parte, à ineficiência de um sistema de investigação preliminar que ainda tem no inquérito policial (com todos os defeitos que lhe são apontados), na prática, seu principal instrumento.

216 “Tratando por *criminalidade legal* aquela que se vê registrada nas estatísticas oficiais; por *criminalidade aparente* a que de alguma forma chega ao conhecimento das instituições oficiais, mas que não se fazem computar em estatísticas (v.g., porque ainda não resultaram em sentença); e apontando como *criminalidade real* a quantidade de delitos verdadeiramente cometida em determinado momento histórico, Lola Aniyar de Castro situa o que denominamos *cifra negra* da criminalidade - ou *numerus obscurus* ou delinqüência oculta - como o produto da diferença entre a criminalidade aparente e a criminalidade real.” (FELDENS, Luciano. **Tutela penal dos interesses difusos e crimes do colarinho branco**: por uma relegitimação da atuação do Ministério Público: uma investigação à luz dos valores constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 132). A respeito da investigação criminal ministerial como instrumento para a redução das “cifras negras” da criminalidade, merece destacada menção o interessante artigo de Guilherme Costa Câmara **A investigação criminal pelo Ministério Público e o problema das “cifras negras”**. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/cifras.pdf>>. Acesso em: 17 jun. 2006.

4 GARANTISMO E INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

4.1 O GARANTISMO DE LUIGI FERRAJOLI

Conforme exposto na introdução deste trabalho, o referencial teórico aqui utilizado é o *garantismo* de Luigi Ferrajoli, densificado em sua consagrada obra *Diritto e Regione*, publicada em 1989. Antes de adentrar o cerne da abordagem ora proposta – qual seja, análise do papel do Ministério Público na investigação criminal em confronto com a análise do papel do Judiciário – é pertinente que sejam feitas algumas anotações, apenas a título de ilustração geral em num breve esboço, quanto ao que se deve entender por garantismo penal e processual penal.

De logo, importa gizar que garantismo não tem nenhuma relação com o mero legalismo, formalismo ou mero processualismo²¹⁷.

Norberto Bobbio²¹⁸, no prólogo da obra de Ferrajoli, conceitua *garantismo* como um

... modelo ideal do Estado de direito, entendido não apenas como estado liberal, protetor dos direitos de liberdade, mas como Estado social, chamado a proteger também os direitos sociais; [...] uma teoria do direito que propõe um juspositivismo crítico, contraposto ao juspositivismo dogmático; e [...] como uma filosofia política, que funda o Estado sobre os direitos fundamentais dos cidadãos e que, precisamente, do reconhecimento e da efetiva proteção (não basta o reconhecimento!) destes direitos extrai sua legitimidade e também a capacidade de se renovar, sem recorrer à violência subversiva.

A gênese do discurso garantista ocorreu no seio do movimento do *uso alternativo del diritto*, da Associação da Magistratura Italiana, surgido entre as décadas de sessenta e setenta²¹⁹. Apesar de ter por escopo inicial à crítica ao direito e ao processo penal, o garantismo adquire hoje pretensões mais

217 LOPES Jr. Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 45.

218 BOBBIO, Norberto, *in* **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 09-10.

219 CARVALHO, Salo de. Op. Cit, p. XXV.

generalistas, como já antevia o próprio Ferrajoli na parte final de sua obra *Direito e Razão*²²⁰.

A teoria proposta por Ferrajoli, professor italiano da Universidade de Camerino e juiz aposentado, fundamenta-se remotamente nos mesmos valores que inspiraram o iluminismo de John Locke e Christian Wolf, “que pregavam a intervenção do direito como forma de se evitar a vingança privada”²²¹. Seu objetivo (inicial) é a revisão da concepção *utilitarista*²²² do direito penal, propondo um novo modelo garantista, livrando-o das fragilidades teóricas que deram azo, a partir da segunda metade do século XIX, ao renascimento de

220 Na quinta parte da obra, Ferrajoli propõe uma teoria geral do garantismo, que, em suas próprias palavras, corresponde a três significados distintos: *um modelo normativo de direito* (calcado na estrita legalidade, própria do estado de direito); *uma teoria do direito*, que se debruça não somente sobre a “validade” e a “efetividade” das normas, mas também sobre sua “existência” e “vigor”, enquanto categorias distintas; *uma filosofia do direito ou filosofia política*, que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade (FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit, p. 683-686).

221 SCHMIDT, Andrei Zenkner. As razões do direito penal segundo o modelo garantista. **Revista da AJURIS** (Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul), ano XXVI, n.º 75, set. 1999, p. 153.

222 “As doutrinas justificacionistas [...] seriam classificadas em dois grandes grupos: as de cunho *retribucionista* e as de cunho *utilitarista*.”

As primeiras, como é intuitivo, à semelhança dos antigos sistemas mágicos e religiosos de solução de conflitos (a expiação que faz desaparecer o pecado), concebem a pena como um fim em si mesmo (o mal praticado pelo indivíduo reclamaria uma retribuição na forma de uma punição) e supõem a existência de uma lógica (indemonstrável) entre crime e castigo, dando ensejo, nesse passo, à sustentação ideológica de sistemas radicalmente autoritários e ilimitados de direito e processo penal, visto que, para eliminar o mal, pode-se ir ao extremo de eliminar o responsável por ele.

As doutrinas utilitaristas, por sua vez, estão todas unidas por um traço comum: 'La concepción de la pena como medio, más que como fin o valor [...]' (Ferrajoli, *Derecho y razón*, p. 258). O problema, todavia, é que, partindo-se da idéia clássica de utilitarismo como 'a maior felicidade possível, compartilhada pelo maior número possível de pessoas', as doutrinas utilitaristas da pena e do processo acabam levando em conta apenas a *felicidade* na forma de *maior segurança possível* para a maioria composta pelos *não desviados*, em detrimento do "mínimo sufrimiento necesario que haya que infligir a la minoria formada por los desviados". Sob essa ótica, portanto, a utilidade da pena seria, basicamente, a de prevenir novos crimes, e esse é o traço comum que une as conhecidas doutrinas da *prevenção geral* (positiva ou negativa) e da *prevenção especial* (positiva ou negativa), que, todavia, não asseguram, absolutamente, o pretendido equilíbrio na conta de custos e benefícios da manutenção do sistema, mas, antes, têm servido de fundamento para sistemas de direito e processo penal autoritários.

Dessa forma, o que se faz necessário, para Ferrajoli, é uma mudança de foco no que se refere ao próprio conceito de utilitarismo, entendido, nesse passo, como máxima segurança para a maioria não desviada, mas sem abrir mão de um mínimo sofrimento necessário para a minoria desviada. Assim, o que justificaria a pena, em última análise, é a sua função dissuasória, associada à necessidade de evitar vinganças desproporcionais ao criminoso". (DUCLERC, Elmir. **Prova penal e garantismo**: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 106-108).

modelos autoritários (embora com nova roupagem), que acabaram por desconfigurá-lo a ponto de transformá-lo num modelo puramente ideológico²²³. Se outrora o direito penal e o processo penal voltavam-se à aplicação da sanção penal como medida de prevenção geral, de prevenção especial negativa e, mais hodiernamente, de prevenção especial positiva (ressocialização), a crítica feita por Ferrajoli tem perspectiva diametralmente oposta. Fulcrada nos princípios ilustrados da secularização e da tolerância, o garantismo propõe a desconstrução do discurso falsamente humanista (falsidade que é confirmada pela notória falência do sistema prisional e pelo contumaz desrespeito aos direitos fundamentais do condenado, do acusado e do investigado) e a devolução da questão ao seu local de origem - a esfera política²²⁴. Andrei Zenkner Schmidt²²⁵ salienta que a crítica representada pela teoria do garantismo busca uma

... solução à atual crise atravessada pelo direito, principalmente em relação a três aspectos: a crise de legalidade, manifestada pela ausência ou ineficácia dos controles legais ao abuso do poder estatal; a inadequação estrutural das formas do Estado de Direito às funções do bem-estar social; e o enfraquecimento do constitucionalismo em decorrência do deslocamento das fontes de soberania.

Para essa crítica, é imprescindível uma pesquisa quanto à justificação ético-política do próprio direito, que acaba por confundir-se com a questão de sua própria fundamentação racional²²⁶. Nessa esteira, a racionalidade do direito (ou de um sistema normativo qualquer) é alcançada por critérios específicos de limitação e de legitimação legal. O respeito a esses critérios, que se verificam no plano interno e externo (de justificação externa e de legitimação interna do direito), correspondem aos elementos formais e substanciais, respectivamente, que conferem *validade* a um sistema jurídico. Nas palavras do mestre italiano²²⁷:

Por legitimação externa ou justificação refiro-me à legitimação do direito penal por meio de princípios normativos externos ao direito

223 DUCLERC, Elmir. Op. Cit, p. 103.

224 CARVALHO, Salo de. Op. Cit, p. XXVI.

225 SCHMIDT, Andrei Zenkner. Op. Cit, p. 137.

226 DUCLERC, Elmir. Op. Cit, p. 102

227 FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit, p. 171.

positivo, ou seja, critérios de avaliação moral, políticos ou utilitários de tipo extra ou metajurídico. Por legitimação interna ou legitimação em sentido estrito refiro-me à legitimação do direito penal por via de princípios normativos internos ao próprio ordenamento positivo, vale dizer, a critérios de avaliação jurídicos, ou, mais especificamente, intrajurídicos. O primeiro tipo de legitimação diz respeito às razões externas, isto é, àquelas do direito penal; o segundo, por sua vez, concerne às suas razões internas, ou de direito penal. Substancialmente, a distinção coincide com aquela tradicional entre justiça e validade. Um sistema penal, um seu instituto singular, ou uma sua concreta aplicação serão considerados legítimos do ponto de vista externo se tidos como "justos" em base a critérios morais, ou políticos, ou racionais, ou naturais, ou sobrenaturais, ou similares; por sua vez, serão considerados legítimos do ponto de vista interno, se tidos como "válidos", ou seja, conformes com as normas de direito positivo que disciplinam a produção dos mesmos. Em se cotejando a distinção entre justiça e validade com aquela entre legitimação externa e interna, parece-me preferível esta última por duas razões: primeiramente, estas duas expressões são mais genéricas, identificando não apenas "valores" mas, inclusive, e de forma mais ampla, "pontos de vista" normativos; ao depois, porque são menos comprometedoras, vez que não fazem menção a qualquer das doutrinas existentes, positivistas ou jusnaturalistas, sobre a validade e a justiça. "Legitimação externa" ou "justificação" (do direito), particularmente, possuem um significado mais extenso e menos comprometido do que aquele de "justiça", abrangendo não apenas valores ou razões ético-políticas, mas, também, qualquer "boa" razão metalegal, ou até mesmo somente política, de oportunidade, de interesse ou de funcionalidade prática.

Assim, para Ferrajoli, o aspecto formal do direito, que lhe outorga (internamente) legitimidade, é o respeito aos limites previamente estabelecidos para o surgimento de uma nova norma. Para que seja válida, uma norma somente pode ser concebida se estiver conforme outras normas já existentes que lhe sejam superiores. Nesse ponto, Alexandre de Maia²²⁸ observa que

Até então, a idéia de validade colocada pelo Professor Ferrajoli traz muita similitude com a teoria pura do direito.

Para Kelsen, a validade de uma norma está em uma outra norma, que lhe é anterior no tempo e superior hierarquicamente, que traçaria as diretrizes formais para que tal norma seja válida. Logo, para Kelsen, existe um mecanismo de derivação entre as normas jurídicas, dentro de uma idéia de supra e infraordenação entre as espécies normativas. Mas Ferrajoli acrescenta um novo elemento ao conceito de validade. Para ele, uma norma será válida não apenas pelo seu enquadramento formal às normas do ordenamento jurídico que lhe são anteriores e configuram um pressuposto para a sua verificação. A tal procedimento de validade, eminentemente formalista, acrescenta um dado que constitui exatamente o elemento substancial do universo jurídico. Nesse sentido, a validade traz em si também elementos de conteúdo, materiais, como fundamento da norma. Esses elementos

228 MAIA, Alexandre da. O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli: notas preliminares. **Revista de Informação Legislativa**, ano 37, nº 145, jan. a mar./2000, p. 43.

seriam os direitos fundamentais.

Deste modo, no plano externo – de legitimação política -, somente será válida uma norma jurídica **se e na medida em que** corresponda à proteção de um direito fundamental. O garantismo de Ferrajoli ocupa-se, como visto, do resguardo dos direitos fundamentais, em detrimento dos (eventuais) interesses (de bem-estar) de uma maioria.

Numa acepção nemiamente sintética do garantismo, pode-se dizer que a teoria representa uma radical *mudança de foco*: o direito e o processo penal, que tendem a ser vistos como os ramos do direito que têm como objetivo a *aplicação da sanção a quem cometeu um ilícito penal* (ou, em termos ainda mais genéricos, “a condenação dos culpados”), devem, inversamente, ser compreendidos como os ramos do direito destinados a **evitar a aplicação de uma sanção a quem não cometeu um ilícito penal** (ou “a absolvição dos inocentes”) e, mesmo quando pertinente o sancionamento, que seja este aplicado em *rigorosa obediência aos direitos e garantias fundamentais do indivíduo*. Em poucas linhas, o direito e o processo penal, assim, não devem ser os ramos do direito simplesmente dirigidos à “punição dos criminosos”, mas sim à “**justa** punição dos culpados” **e** à “absolvição dos inocentes”²²⁹. Os princípios que norteiam o direito penal, dentre eles o da legalidade estrita (ou da tipicidade), devem assegurar ao indivíduo que não sofrerá ele nenhuma espécie de sancionamento *senão* quando incidir em qualquer uma das normas penais incriminadoras (tipos) previstas, após certificada sua responsabilidade e delimitada a pena correspondente ao cabo de um processo regular. E os princípios que norteiam o processo penal devem assegurar ao indivíduo que, em qualquer hipótese, a investigação de uma conduta por ele supostamente praticada e o processo ao qual eventualmente seja submetido serão promovidos com absoluto respeito a seus direitos fundamentais, também

229 “O que faz do processo uma operação distinta da *justiça com as próprias mãos* ou de outros métodos bárbaros de justiça sumária é o fato de que ele persegue, em coerência com a dúplice função preventiva do direito penal, duas diferentes finalidades: a punição dos culpados juntamente com a tutela dos inocentes. É esse segunda preocupação que está na base de todas as garantias processuais que circundam o processo e que condicionam de vários modos as instâncias repressivas expressas pela primeira.” (FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit, p. 483).

dentro, portanto, da estrita legalidade (*due process of law*).

Resume Gilson Bonato²³⁰ que:

Um processo penal realmente democrático e de estrutura acusatória deve estar preocupado precipuamente com as garantias do sujeito passivo, ou seja, do acusado ou investigado. É ele o parâmetro para qualquer modificação evolutiva deste ramo do direito, pois em torno dele gira todo o processo e ninguém mais do que ele tem interesse no seu desenvolvimento regular e justo.

Tal acepção tem espeque no caráter fragmentário e subsidiário do direito penal (princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade)²³¹. O direito penal é o ramo do direito encarregado da previsão abstrata de condutas que o legislador, em nome da sociedade, reconhecendo nestas condutas violações a direitos especialmente caros à coletividade em determinado momento histórico, entendeu merecerem um sancionamento *penal*, por natureza *mais gravoso* que o mero sancionamento cível, administrativo, político etc. O caráter fragmentário do direito penal reside em constituir-se num sistema *descontínuo* (o fenômeno jurídico é um *contínuo de licitudes* e um *descontínuo de ilicitudes*), que deve proteger apenas os bens jurídicos mais fundamentais²³². A subsidiariedade do direito penal, por sua vez, decorre, primeiro, da unidade lógica do direito; segundo, de uma imposição político-criminal, dado que o direito penal, por ser a mais enérgica manifestação da ordem jurídica estabelecida, somente pode incidir em hipóteses de singular afronta a bens jurídicos fundamentais, para cuja adequada repressão não sejam suficientes as sanções previstas pelo ordenamento “ordinário principal”, nos seus diversos ramos²³³.

Garantismo vem do verbo *garantir*. No entender de Ferrajoli, o garantismo seria uma forma de direito que se preocupa com os aspectos formais (legitimação interna) e substanciais (legitimação externa) que não de se verificar para que

230 BONATO, Gilson. **Devido processo legal e garantias processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 111.

231 Um direito penal garantista é também um direito penal mínimo: sendo a pena (e o direito penal, que a veicula) um *mal* – ainda que necessário e inevitável – há que se racionalizar e minimizar sua aplicação, reservando-a para quando se a revele estritamente necessária. (QUEIROZ, Paulo de Souza. Op. Cit, p. 52).

232 BONATO, Gilson. Op. Cit, p. 111.

233 QUEIROZ, Paulo de Souza. Op. Cit, p. 57-58.

seja o direito válido. Essa necessidade de conjunção de aspectos formais e substanciais permite resgatar a possibilidade de se *garantir*, efetivamente, ao indivíduo, todos os direitos fundamentais reconhecidos pelo ordenamento²³⁴.

O modelo penal e processual penal garantista *ideal* (*sistema garantista* - SG) assenta-se em dez axiomas fundamentais:

A1 Nulla poena sine crimine

A2 Nullum crimen sine lege

A3 Nulla lex (poenalis) sine necessitate

A4 Nulla necessitas sine injuria

A5 Nulla injuria sine actione

A6 Nulla actio sine culpa

A7 Nulla culpa sine iudicio

A8 Nullum iudicium sine accusatione

A9 Nulla accusatio sine probatione

A10 Nulla probatio sine defensione

A cada um desses axiomas corresponde um princípio próprio do direito e do processo penal, a saber: A1) princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; A2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; A3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal; A4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; A5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; A6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; A7) princípio da jurisdicionariade, também no sentido lato ou no sentido estrito; A8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; A9) princípio do ônus da prova ou da verificação; A10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade²³⁵.

Os dez axiomas, inderiváveis entre si, são encadeados, como é fácil verificar,

234 MAIA, Alexandre da. Op. Cit, p. 42.

235 FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit, p. 75.

de modo a que cada um deles implique o axioma imediatamente subsequente. Por transitividade, fazendo uso de simples silogismos com esses dez axiomas básicos, podem ser construídos quarenta e cinco teoremas (T): *nulla poena sine lege* (T11), *nulla poena sine necessitate* (T12), *nulla poena sine injuria* (T13) e por aí segue, até *nulla poena sine defensione* (T19); da mesma forma, em matéria de crime, tem-se que *nullum crimen sine necessitate* (T20), *nullum crimen sine injuria* (T21), até *nullum crimen sine defensione* (T27), procedendo-se de igual modo com relação aos outros oito axiomas, até se chegar ao teorema T55 – *nulla accusatio sine defensione*²³⁶.

Os dez axiomas elementares, dos quais derivam todos os demais axiomas, foram elaborados notadamente pelo pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, que os concebera como princípios políticos, morais ou naturais de limitação do poder absoluto²³⁷. Hoje, as modernas democracias os reconhecem não como resultado de uma declaração constitucional singular e isolada, mas como fruto de um longo e complexo processo de afirmação histórica²³⁸.

De fato, todos os princípios aos quais correspondem os axiomas do modelo garantista ideal já foram, em maior ou menor grau, expressamente positivados nos ordenamentos jurídicos de países desenvolvidos, pelo que podem ser tomados como princípios do moderno Estado de Direito. O reconhecimento desses princípios nas diversas constituições e codificações, pois, caracterizam (ao lado de outros elementos) um sistema jurídico democrático.

Considerando a positivação desses axiomas pelos diversos ordenamentos jurídicos, fica superada a dicotomia entre direito natural e direito positivo²³⁹, ao

236 Cf. FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit, p. 74-75 e 87-89. O sistema é completado pela conjunção de todos os conseqüentes, que nas cinqüenta e cinco teses têm o mesmo antecedente, resultando em dez implicações (T56 a T65), e na disjunção dos antecedentes que têm o mesmo conseqüente, resultando em mais dez implicações (T66 a T75).

237 FERRAJOLI, Luigi. Op. Cit, p. 75.

238 Vale a referência à obra **A afirmação histórica dos direitos humanos** (São Paulo: Saraiva, 2004, 577p), na qual Fábio Konder Comparato compendia e analisa os principais documentos normativos que, no decorrer da história da humanidade, declararam direitos fundamentais e criaram garantias específicas para seu cumprimento.

239 LOPES Jr. Aury. Op. Cit, p. 45.

menos no plano exclusivamente teórico²⁴⁰. Assim, para Ferrajoli, o problema não reside mais em reconhecer os direitos fundamentais, mas sim em conferir a esses direitos **plena efetividade**.

Na seara da investigação criminal, o meio para assegurar a efetividade dos direitos fundamentais do investigado passa, necessariamente, pela consolidação de um modelo processual penal plenamente acusatório, em que os papéis de cada um dos sujeitos seja bem definido e conhecido, de modo a que funcione um desses sujeitos – o juiz – como verdadeiro e principal responsável pela proteção do investigado contra fortuitas ilegalidades que sejam praticadas por quaisquer dos entes incumbidos da instrução preliminar. Sobre essas questões – direitos fundamentais e o papel do juiz na investigação criminal no modelo acusatório – discorre-se nos tópicos seguintes.

4.2 DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

240 Não se pode dizer que a teoria de Ferrajoli seja imune a críticas. "Apesar de uma teoria firmemente comprometida com ideais democráticos, há que ser feita a seguinte pergunta ao Professor Ferrajoli: como fixar um conteúdo ao que seja um direito fundamental? Tal pergunta, como vimos acima, é respondida utilizando-se os princípios de secularização cultural que formariam os direitos fundamentais. Parece óbvio que isso não responde à pergunta.

Professor Cláudio Souto, da Universidade Federal de Pernambuco, coloca esse problema na teoria sociológica do direito com muita lucidez, o que é, sem dúvida, um grande desafio aos teóricos, sociólogos filósofos do direito. A tentativa do Professor Ferrajoli de dar um conteúdo ao universo jurídico também esbarra no formalismo, exatamente pelo vazio que existe no que caracterizaria efetivamente os direitos fundamentais. Logo, em verdade, há apenas uma mera tentativa de se impor conteúdos, sem na verdade precisá-los.

Em virtude de tal vazio ontológico, cremos que uma teoria comprometida com os ideais democráticos, como a do Professor Ferrajoli, sem uma fixação de conteúdo, como bem nos colocam Cláudio Souto e João Maurício Adeodato, pode ser manipulada por ideologias totalmente distintas do ideal do autor, haja vista que regimes autoritários podem traçar uma idéia do que, para os seus interesses, seria fundamental; logo, quais seriam os direitos fundamentais para a manutenção do status quo contrário a ideais democráticos?

Logo, cada um, ao seu bel prazer, poderia fixar o conteúdo dos direitos fundamentais a partir de vários pontos de partida distintos, e, na maioria das vezes, opostos, muito, embora todas as formas - democráticas ou não - de compreender a essência dos direitos fundamentais estariam legitimadas pela teoria de Ferrajoli." (MAIA, Alexandre da. Op. Cit, p. 44). Para contornar o problema da indefinição conceitual de *direitos fundamentais*, Alexandre da Maia propõe uma análise do garantismo a partir da metodologia típica de Theodor Viehweg, para enquadrar a categoria dos direitos fundamentais a partir dos problemas concretos que precisam ser solucionados. Não sendo esse o objeto do presente trabalho, preferimos nos filiar a Ferrajoli no ponto em que ele, sem adentrar a questão da determinação *apriorística* do que sejam os direitos fundamentais, os admite, tais quais positivados e consensualmente reconhecidos, como frutos de um longo processo de evolução histórica.

De início, é importante mencionar que, ao se falar em direitos e garantias fundamentais²⁴¹ na investigação criminal, não se pretende referir somente aos direitos *do investigado*, mas também aos direitos de qualquer outro sujeito, diretamente interessado ou não no desfecho de determinada investigação. São esses terceiros as testemunhas, as autoridades públicas, entes privados a quem sejam dirigidas requisições, o adquirente de boa-fé de um bem apreendido etc. Sem embargo dessa constatação, é o investigado (ou *suspeito*), ineludivelmente, o principal sujeito a quem devem ser reconhecidos e efetivados direitos e garantias próprias de um modelo acusatório.

Vale sublinhar, neste passo, o elemento fulcral de um modelo de investigação criminal garantista: nesse modelo, o investigado deve ser não um mero *objeto* de uma investigação, mas sim um *sujeito*, titular de direitos.

A ponderação entre os valores *segurança* (voltado à sociedade mas precipuamente alcançado pelo Estado – *ex parte principe* –, por meio da atividade persecutória) e liberdade (voltada ao indivíduo – *ex parte populi*) não justifica que se confira máxima efetividade à investigação criminal se essa efetividade ocorre em detrimento dos direitos e garantias fundamentais, a serem reconhecidos ao indivíduo enquanto verdadeiro sujeito da investigação, e não simples objeto. Um modelo verdadeiramente democrático tem como premissa o equilíbrio entre os valores *segurança* (*ex parte principe*) e liberdade (*ex parte populi*). Esse equilíbrio é encontrado por meio da adoção dos primados garantidores que se extravasam no modelo processual acusatório, como reflexo de um modelo teórico de Estado – o Estado democrático de

241 Segundo Jorge Miranda, é “clássica e bem actual a contraposição dos direitos fundamentais, pela sua estrutura e pela sua função, em *direitos propriamente ditos* ou direitos e liberdades, por um lado, e *garantias*, por outro lado. Os direitos representam só por si representam bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjectivas [...]; os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se directa e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projetam pelo nexos que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista tradicional, direitos *declaram-se*, as garantias *estabelecem-se*” (MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 95, t. 4).

Direito²⁴².

Os direitos fundamentais do investigado e de terceiros não diferem dos direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos a qualquer indivíduo. A condição de *investigado*, que deve ser compreendida como a qualidade de quem figura num procedimento formal de investigação como possível responsável pela prática de um crime (e no inquérito policial denomina-se *indiciado* e pressupõe um ato formal de indiciamento²⁴³), não lhe suprime nem limita, por si só, nenhum dos direitos fundamentais inatos à pessoa humana: à honra, ao patrimônio, à liberdade ambulatorial (e outras liberdades), à vida, à integridade física etc.²⁴⁴

A par do reconhecimento, ao investigado e a qualquer terceiro que venha a participar daquela investigação, dos mesmos direitos fundamentais inerentes a

242 CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 13-14.

243 Embora a lei não preveja expressamente um *ato de indiciamento*, o CPP, em diversas passagens, menciona o indiciado, exigindo da autoridade algumas providências referentes a sua identificação e documentação, como nos arts. 6º, incisos V, VIII e IX, 14, 15 do CPP (Cf. MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2006, p. 72-73). Sobre a formalização do indiciamento, discorre Luiz Carlos Rocha:

“A autoridade policial deve determinar o indiciamento do suspeito e, se for o caso, a sua identificação pelo processo dactiloscópico, logo que reúna, no das investigações, elementos suficientes acerca da autoria da infração penal.

O indiciamento deve ser precedido de despacho fundamentado, no qual a autoridade policial pormenorizará, com base nos elementos probatórios objetivos e subjetivos coligidos na investigação, os motivos de sua convicção quanto a autoria delitiva e a classificação infracional atribuída ao fato, bem assim, com relação à identificação dactiloscópica, acerca da indispensabilidade da sua promoção, com a demonstração de insuficiência da identificação civil.

Procedida a indicição, a autoridade deve examinar a conveniência de representar ao juiz natural pela prisão preventiva do acusado, logo após o Auto de Qualificação e Interrogatório ou, ao final, no Relatório, quando da remessa dos autos a Juízo.

Na Polícia Federal, a elaboração do Auto de Qualificação e Interrogatório ou Qualificação Indireta é precedida também de despacho em que a autoridade, após formar seu convencimento, decida pela indicição e classifique penalmente o delito. Feita a indicição, a autoridade deve solicitar ao Instituto Nacional de Identificação e ao Instituto de Identificação Estadual os antecedentes criminais do indiciado.” (ROCHA, Luis Carlos. **Manual do delegado de polícia: procedimentos policiais**. Bauru/SP: Edipro, 2002, p. 354).

244 Afirmar isso não significa ignorar as conseqüências, sobretudo psicológicas, do fato de figurar alguém como investigado. Mas, como visto a seguir, os verdadeiros resultados danosos advêm não do *status* de investigado de *per se*, mas dos abusos cometidos contra estes diretamente pelas autoridades investigantes ou com sua complacência. Exemplo típico é a exposição à (e pela) imprensa de investigados, especialmente dos presos provisórios, aos quais muitas vezes se impinge, com requintes de sensacionalismo típicos da chamada “imprensa marrom”, a pecha de *criminoso* e de *culpado*, vilipendiando a não mais poder a garantia do *estado de inocência* (art., 5º, inciso LVII, da CF/88).

todos os homens, determinados atos, praticados por ordem do juízo competente (quando para tanto provocado, nos caso em que necessário pronunciamento judicial – reserva jurisdicional) ou diretamente pelas autoridades incumbidas da investigação (no exercício do atributo da *autoexecutoriedade* ínsita aos atos administrativos, se expressamente prevista em lei a atribuição para a prática do ato especificamente considerado) pode, eventualmente, implicar uma limitação a um direito fundamental. Essa possibilidade, saliente-se, deve decorrer de expressa previsão legal, sem a qual o ato estará eivado de nulidade e será passível de correção (pelo *juiz de garantias* daquela investigação ou, quando determinada por ele a prática do ato, pela via recursal). Desse modo, demonstrada a insuperável necessidade da medida, é possível ao judiciário, mediante provocação, decretar uma prisão de natureza cautelar processual penal, como uma prisão preventiva (art. 312 do CPP) ou uma prisão temporária (art. 1º da lei 7.960/89). É possível também, por exemplo, a decretação cautelar, pela autoridade judiciária competente, do seqüestro dos bens de um investigado, conforme previsto no art. 125 e ss. do CPP ou no Decreto-lei n.º 3.240/41. Da mesma forma, é possível ao delegado de polícia ou ao promotor de justiça responsável por uma investigação requisitar a terceiros o envio de algum documento ou informação ou, ainda, o comparecimento de uma testemunha, que inclusive poderá ser conduzida coercitivamente a sua presença, se for o caso.

Veja-se que, a rigor, a restrição a qualquer direito decorre não da qualidade de investigado por si só (senão, no máximo, indiretamente), mas do ato propriamente dito, administrativo ou jurisdicional, praticado no interesse da investigação.

No que toca particularmente tratamento jurídico que se deve conferir ao investigado no modelo acusatório, Fauzi Hassan Choukr sublinha como principais direitos e garantias fundamentais seus os seguintes: o direito ao silêncio (*nemo tenetur*); o direito à informação quando da prisão em flagrante; o direito à informação sobre uma investigação em curso (que há de ser ponderado juntamente com o direito do investigado à intimidade e à honra e

com o direito à informação da sociedade); a garantia da presunção da inocência; e o direito à defesa técnica²⁴⁵.

Nesse diapasão, especificamente com relação aos indivíduos em face dos quais o estado deflagre a atividade de persecução penal, processual e pré-processual, a CF/88 declara expressamente (em seu artigo 5º) os seguintes direitos e garantias fundamentais²⁴⁶: aos presos, direito ao respeito à integridade física e moral (inciso XLIX); às presidiárias, devem ser asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação (inciso L, que se aplica também às presas provisórias); o respeito ao devido processo legal, sem o qual ninguém pode ser privado de sua liberdade ou de seus bens (LIV); aos litigantes, as garantias do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (LV); a inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos (inciso LVI, garantia que se aplica irrestritamente também à instrução preliminar, no que diz respeito à validade dos elementos de convicção); a garantia de que ninguém será considerado culpado (nem dessa forma tratado) até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (LVII); o direito de não ser submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei (LVIII); a garantia da publicidade dos atos processuais, que só será restringida quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem (LX); a garantia de que não será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei (LXI); a garantia de que a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente

245 CHOUKR, Fauzi Hassan. Op. Cit, p. 29-42.

246 Sem a pretensão de apartar de modo mais preciso, nos exemplos citados, *garantias fundamentais de direitos fundamentais*, calha apenas anotar que aqui adotados o critério que, no direito brasileiro, remonta a Rui Barbosa, segundo o qual *direitos fundamentais* são as disposições *declaratórias*, que imprimem a existência dos direitos reconhecidos, sendo *garantias* as disposições *assecuratórias*, que são as que, em defesa do direito, limitam o poder (MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 81). Não é despidendo registrar que, “rigorosamente, as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se salientasse o *caráter instrumental* de proteção dos direitos. As **garantias** traduziam-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade.” (CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 396).

ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada (LXII); a garantia, ao preso, de ser informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado (LXIII); o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial (LXIV); a garantia de que a prisão ilegal seja imediatamente relaxada pela autoridade judiciária competente (LXV); a garantia de não ser levado à prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem a fiança (LXVI); o direito à assistência jurídica integral e gratuita aos que provarem insuficiência de recursos (LXXIV); o direito (ou garantia) de ser indenizado o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença (LXXV); além das garantias do *habeas corpus* (LXVIII), do *habeas data* (LXXII) e do mandado de segurança (LXIX)²⁴⁷. A estes, podem ser acrescentadas as garantias do processo célere (que, logicamente, aplica-se também ao procedimento investigatório criminal, a ser concluído em prazo razoável – art. 5º, inciso. LXXVIII, da CF/88, acrescido pela EC n.º 45), a garantia da fundamentação das decisões (art. 93, IX, da CF/88, que consagra o *princípio da fundamentação*, aplicável não só ao judiciário mas também às decisões administrativas tomadas pelas autoridades investigantes, numa interpretação que lhe confere máxima efetividade), e diversos outros direitos e garantias previstos na legislação infraconstitucional ou em pactos internacionais (como o pacto de São José da Costa Rica), derivadas ou não daquelas consagradas na Constituição (como o direito à citação e às intimações, o direito a um prazo razoável para a preparação da defesa etc).

Todos os direitos e garantias acima elencados, embora se apliquem de forma irrestrita ao **acusado** (ou seja, ao sujeito em face de quem já foi instaurado um processo penal acusatório), eventualmente incidirão de forma menos abrangente no que toca à fase de investigação, em função da natureza e das finalidades dessa atividade. Explique-se: a Constituição, *exempli gratia*, reconhece aos *acusados* e aos *litigantes* o direito ao contraditório e à ampla defesa. Na fase de instrução preliminar, não há que se falar propriamente em

247 MIRABETE, Julio Fabbrini. Op. Cit, p. 334-335.

acusado. Assim, no curso de um inquérito policial ou de um procedimento de investigação criminal conduzido pelo Ministério Público, não tem o investigado o *direito* de contraditar os elementos de convicção produzidos. Isso não obsta a que participe efetivamente da investigação, conforme decisão da autoridade responsável, inclusive apresentando elementos de convicção e formulando requerimentos para a produção de outros elementos. Quando verificado o interesse de contribuir para as apurações, essa participação será sempre bastante recomendável, porquanto poderá propiciar uma decisão mais responsável por parte do ente legitimado para a acusação. A inexigência do *contraditório* como requisito de validade da atividade de instrução preliminar tampouco impede que o investigado lance mão de todos os instrumentos (garantias) juridicamente previstos para a proteção de seus interesses, como o *habeas corpus* e o mandado de segurança, quando praticada alguma ilegalidade ou abuso. O mesmo poderia ser dito em relação à garantia da *publicidade*²⁴⁸, que pode ser restringida quando estritamente necessária à investigação, dentro dos estritos limites dessa necessidade²⁴⁹.

Veja-se que, em sede de medidas cautelares processuais penais, pessoais (prisões) e reais (arrestos, seqüestros, hipotecas), sempre deverá ser

248 Há que se distinguir *publicidade interna* – direito fundamental do acusado (e do investigado) à informação sobre o processo (e sobre a investigação) - de *publicidade externa* – que se projeta para além dos sujeitos processuais, permitindo o controle popular sobre a atividade jurisdicional de forma a garantir sua lisura e transparência. Sobre essas duas categorias de publicidade, cf. ALMADA, Roberto José Ferreira de. **A garantia processual da publicidade**. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2005, p. 112-138.

249 Em outras palavras, uma investigação poderá ser sigilosa se e *enquanto* estritamente necessário ao alcance de suas finalidades. Realizadas estas, tem o investigado o direito à plena informação no que diz respeito à toda atividade desempenhada pelo Estado. *E.g.*, é absolutamente impossível que tenha efetividade uma interceptação telefônica se não for esta realizada de forma sigilosa; nada obstante, assim que encerrada a medida investigatória, tem o investigado o direito de ser informado sobre todo que qualquer elemento produzido por meio desta, devendo ter integral acesso às gravações efetuadas e aos relatórios produzidos. Outrossim, vale lembrar que o princípio da publicidade tem como vetor axiológico os interesses do investigado e da sociedade (em paralelo ao direito fundamental à informação, a todos reconhecido). Assim, o princípio da publicidade sempre deverá ser posto em cotejo com os princípios da proteção à intimidade e à honra, de forma a que não seja autorizada a divulgação de uma informação que nada diga respeito ao objeto próprio da persecução penal. O direito à intimidade, por não ser absoluto, não proíbe o Estado de *informar* – muito ao contrário. Mas somente a ponderação dos interesses e princípios aferidos no caso concreto permitirá estabelecer os limites do exercício, pelo Estado, desse dever de informação. No Brasil, é inegável que, sob instigação da mídia, muitas vezes essa ponderação de interesses é simplesmente ignorada, em prejuízo da honra e da intimidade do investigado.

assegurado ao investigado o direito à ampla defesa e ao contraditório (ainda que diferido este para o momento imediatamente posterior à decretação da medida cautelar, como forma de preservar sua efetividade). Em quaisquer desses casos, o investigado figurará na qualidade de *litigante* (mesmo que ainda não formalizada a *acusação*), inserindo-se, deste modo, na previsão do inciso LV do art. 5º da CF/88.

A previsão dos diversos direitos e garantias fundamentais, aqui não exaustivamente declinados, de nada adianta se não houver uma clara indicação do papel a ser desempenhado por cada um dos sujeitos atuantes (ativa e passivamente) numa investigação. Melhor dizendo, não há efetividade de nenhum direito ou garantia fundamental em determinada investigação sem que um sujeito, em quem se reconhece o peculiar atributo da *imparcialidade* - o juiz -, possa atuar, ativa e passivamente, de modo a *controlar* a legalidade dessa instrução preliminar, cuja condução e presidência é precipuamente outorgada a outros sujeitos (Ministério Público, autoridades policiais etc.). É essa a questão tratada a seguir.

4.3 A POSIÇÃO DO JUIZ NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Assentamos, no capítulo 1.7, que o sistema processual penal acusatório é o que mais se aproxima do modelo garantista e, pela mesma razão, mais se coaduna ao Estado democrático de direito.

Calha indagar, então, que implicações a adoção do sistema acusatório traz para a atividade de investigação criminal no que toca aos poderes do juiz.

A investigação criminal é atividade típica da acusação. Realizam-na, com base em previsão constitucional e legal, o Ministério Público, a polícia e diversos outros órgãos, direta ou indiretamente (ver capítulo 2.4). Não existem outros destinatários dessa atividade senão o Ministério Público e, excepcionalmente, o particular, na ação penal de iniciativa privada. Ambos são *partes* da futura e eventual relação jurídico processual exprimida pela instauração do processo

penal acusatório.

Afirmar que a instrução preliminar é uma atividade típica da acusação não é o mesmo que afirmar que seja esta destinada a *provar* a prática de um ilícito penal. Conforme exposto no capítulo 2.2, sua verdadeira e única destinação é possibilitar o exercício responsável da ação penal, se for o caso. Nem por isso, contudo, se pode deixar de qualificar essa atividade como tipicamente acusatória.

A par disso, tem-se que, no modelo acusatório, não cabe nenhuma espécie de iniciativa persecutória ao juiz. A vedação a que seja o processo acusatório deflagrado pelo juiz não é a única implicação dessa assertiva. Mais que isso, ao juiz não deve ser reconhecida **nenhuma iniciativa investigatória**. No que diz respeito à colheita de elementos de convicção, agirá este somente quando provocado – ou seja, por iniciativa de quem for legitimado à persecução -, conforme seja necessário, como decorrência de expressa imposição normativa.

A ausência de iniciativa probatória acarreta o distanciamento do juiz da atividade investigatória. Utiliza-se aqui a expressão *distanciamento* apenas para significar a necessidade de **absoluta** separação da atividade de cada um dos sujeitos processuais.

Distanciamento não tem aqui o significado *inação*. Na investigação, o juiz deve agir, quando solicitada a autorização para a prática de algum ato que o ordenamento lhe reservou exclusiva competência (reserva jurisdicional). Também agirá, e até mesmo de ofício, para corrigir alguma ilegalidade praticada por qualquer autoridade investigante. É essa a forma pela qual exercerá o **controle** da investigação, assegurando a proteção dos direitos fundamentais do investigado – desempenhando, assim, aquilo que é seu verdadeiro papel na fase pré-processual da persecução penal.

4.3.1 O distanciamento do juiz e imparcialidade

De acordo com Aury Lopes Jr., a imparcialidade do órgão jurisdicional é um “princípio supremo do processo” (expressão de Pedro Aragoneses Alonso), imprescindível para o seu normal desenvolvimento e para a obtenção do provimento justo. Sobre a base da imparcialidade está estruturado todo o processo como forma heterônoma de resolução de conflitos e de distribuição de justiça²⁵⁰. A parcialidade, por sua vez, corresponde a um estado anímico, subjetivo e emocional, que, se de um lado, é inerente a quem é *parte* numa relação jurídico processual, do outro, é inadmissível ao juiz, de quem se exige a equidistância dos demais sujeitos.

Reconhecer ao juiz qualquer espécie de poder instrutório – seja no processo, seja na fase pré-processual – é ferir de morte sua imparcialidade. Para ser preservada a essência do sistema acusatório, é imprescindível a absoluta separação de funções: o responsável pela persecução criminal não pode ter poderes jurisdicionais; o responsável pela jurisdição não pode praticar atos próprios da autoridade incumbida da persecução penal, em nenhuma de suas fases (*persecutio criminis in judicio* e *persecutio criminis extra judicio*)²⁵¹.

Ainda segundo Aury Lopes Jr.²⁵²:

A imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz-instrutor (poderes investigatórios/instrutórios) ou quando lhe atribuimos poderes de gestão/iniciativa probatória. É um contraste que se estabelece entre a posição totalmente ativa e atuante do instrutor, contrastando com a inércia que caracteriza o julgador. Um é sinônimo de *atividade* e o outro de *inércia*.

Dessa forma, o juiz deve manter-se afastado da atividade investigatória a fim de se preservar o alheamento necessário²⁵³ à apreciação os elementos de convicção colhidos e produzidos. Deve o juiz manter-se afastado não só para, **imparcialmente**, avaliar a força (probante) de cada subsídio apresentado, mas também para, eventualmente, aferir sua legalidade e, se for o caso, declarar

250 LOPES Jr., Aury. Op. Cit, p. 83.

251 BASTOS, Marcelo Lessa. Op. Cit, p. 43.

252 LOPES Jr., Aury. Op. Cit, p. 85.

253 LOPES Jr., Aury. Op. Cit, p. 86.

sua imprestabilidade para os fins de uma investigação e de um processo (como se verá no próximo tópico).

No mesmo sentido, proclama Geraldo Prado²⁵⁴:

... não há razão, dentro de um sistema acusatório, ou sob a égide do princípio acusatório, que justifique a imersão do juiz nos autos das investigações penais, para avaliar a qualidade do material pesquisado, indicar diligências, dar-se por satisfeito com aquelas realizadas ou, ainda, interferir na atuação do Ministério Público, em busca da formação da *opinio delicti*.

A imparcialidade do juiz, ao contrário, exige dele justamente que se afaste das atividades preparatórias, para que mantenha seu espírito imune aos preconceitos que a formulação antecipada de uma tese produz, alheia ao mecanismo do contraditório.

No Brasil, a impossibilidade de que o juiz tenha iniciativa investigatória torna-se ainda mais relevante ao se ter em estima o que dispõem os arts. 75 e 83 do CPP, que estabelecem como critério de fixação de competência a prática, pelo juiz, de qualquer ato anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa²⁵⁵. Os tribunais têm aplicado o critério de forma ampla, com a única ressalta de que, para a fixação da competência, é necessário que tenha o juiz praticado algum ato dotado de conteúdo decisório²⁵⁶. Verifica-se, no Brasil, o inverso do que já é pacífico na Europa: lá, mesmo nos países que ainda adotam o sistema dos juizados de instrução, o juiz que, de qualquer forma, atua na fase pré-

254 PRADO, Geraldo. Op. Cit, p. 175.

255 “Art. 75. A precedência da distribuição fixará a competência quando, na mesma circunscrição judiciária, houver mais de um juiz igualmente competente.

Parágrafo único. A distribuição realizada para o efeito da concessão de fiança ou da decretação de prisão preventiva ou de qualquer diligência anterior à denúncia ou queixa prevenirá a da ação penal.

[...]

Art. 83. Verificar-se-á a competência por prevenção toda vez que, concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa (arts. 70, § 3o, 71, 72, § 2o, e 78, II, c).”

256 “A antecedência na distribuição do inquérito ou de qualquer diligência anterior à denúncia ou queixa (pedido de fiança, decretação de prisão preventiva, como exemplificado no art. 75 do CPP) fixará a competência quando houver na mesma circunscrição judiciária mais de um juiz igualmente competente.

Ocorre, todavia, que a antecedência da distribuição somente preponderará na hipótese de não ter sido praticado, por um dos juízes igualmente competentes, qualquer ato de conteúdo decisório, pois, assim ocorrendo, a norma a ser aplicada é aquela do art. 83 e não a do art. 85. A explicação é singela: a preocupação do legislador é com a antecedência do *conhecimento*, efetivo e concreto, da causa por um dos juízes cuja competência originária seja a mesma.” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op. Cit, p. 231).

processual está impedido de atuar na fase processual (conforme decidiu o Tribunal Europeu de Direitos Humanos – TEDH – nos casos *Piersack e Cubber*, julgados respectivamente em 1982 e 1984). Considerando que, no Brasil, a atuação do juiz na instrução preliminar é critério legal para fixação de sua competência, tem-se aí mais um argumento para que não possa o juiz praticar nenhum ato investigatório, sob pena de comprometer sua imparcialidade .

Em verdade, é inescandível que o critério legal (arts. 75 e 83 do CPP) afronta o princípio da imparcialidade, dada a possibilidade da contaminação da convicção do magistrado pela sua participação na fase investigatória. Trata-se da chamada imparcialidade objetiva, derivada não de sua relação com as partes (imparcialidade subjetiva), mas com o processo e sua fase antecedente. A rigor, o mesmo critério impede que um juiz que atuou num processo em primeiro grau de jurisdição possa atuar num julgamento do mesmo processo, na fase recursal, pelo tribunal para o qual tenha sido promovido. Deve-se acompanhar Aury Lopes Jr, quando afirma que estaria mais conforme o modelo acusatório a previsão exatamente oposta, no sentido de que justamente esse juiz, que atuou na investigação, não pudesse presidir o processo: seria esse, portanto, um critério de **exclusão** de competência. Todavia, não se nota, no Brasil, nenhuma tendência de alteração legislativa ou na jurisprudência, circunstância que apenas reforça a necessidade, em nosso sistema, do afastamento do juiz da atividade investigatória.

4.3.2 O distanciamento do juiz e a função de garante

Segundo Ferrajoli, “o papel do Poder Judiciário é imenso, como um mecanismo impeditivo da invasão de um poder em outro, assumindo assim o principal papel, vez que constitucionalismo e garantismo significam submissão à lei.” Nesse sentido, “o papel da jurisdição é, antes de tudo, destinado ao controle sobre a ilegalidade no exercício do poder”²⁵⁷.

257 FERRAJOLI, Luigi. A teoria do garantismo e seus reflexos no direito e no processo penal - entrevista com Luigi Ferrajoli concedida a Fauzi Hassan Choukr, em 14.12.1997, em

Ora, num Estado Democrático de Direito, não há sentido em que o mesmo órgão que considere necessário um ato de instrução, colhendo e produzindo a prova (*lato sensu*), seja o mesmo órgão responsável por valorar sua legalidade²⁵⁸. Esse é um dos principais fundamentos para o repúdio ao modelo inquisitorial, bem como para o gradual abandono do modelo dos juizados de instrução.

À primeira vista, o afastamento do juiz da atividade investigatória poderia aparentar que se esteja promovendo uma *redução* de seu espectro de atribuições. Nada mais equivocado.

O distanciamento do juiz da atividade investigatória não o transmuta a *reles espectador* da instrução preliminar. Não lhe confiar iniciativa probatória, antes disso, tem como conseqüência o reconhecimento (e o robustecimento) de seu verdadeiro papel no processo penal de um Estado democrático de direito: o de *garantidor* da legalidade da investigação. No modelo acusatório, os poderes (deveres) do juiz voltam-se não à produção dos elementos de convicção em si – atividade própria da acusação -, mas à proteção dos direitos e garantias fundamentais do investigado, por meio da avaliação da legalidade de cada ato investigatório, por meio de um controle posterior (regra) ou previamente à prática do ato (quando açambarcada a medida dentre as cláusulas de reserva jurisdicional, conforme adiante versado).

Conforme Sergio García Ramírez²⁵⁹ (tradução livre):

Roma. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n.º 77, ano 7, abr./1999, p. 03.

258 SANGUINÉ, Odone. **Notas sobre a investigação criminal pelo Ministério Público no direito comparado**. Publicação da Associação Nacional de Justiça Terapêutica. Disponível em: <<http://www.anjt.org.br/index.php?id=99&n=92>>. Acesso em: 04 mai. 2006.

259 RAMÍREZ, Sergio García. Panorama sobre los sistemas de enjuiciamiento penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n.º 50, set./out. de 2004, p. 183. Segue o texto no original: “Si se excluye la figura jurisdiccional de la tarea investigadora, se le consolida para otros propósitos, estrictamente jurisdiccionales. El primero de ellos [...] es el control sobre la constitucionalidad, legalidad o legitimidad de los actos realizados por el Ministerio Público y sus auxiliares. Em este sentido, el juzgador actúa como jurisdicción de garantía, sobre todo em puntos que implican restricciones importantes al ejercicio de las libertades individuales.”

Se se exclui a figura jurisdicional da tarefa investigadora, se lhe consolida para outros propósitos, estritamente jurisdicionais. O primeiro deles [...] é o controle sobre a constitucionalidade, legalidade ou legitimidade dos atos praticados pelo Ministério Público e seus auxiliares. Neste sentido, o julgador exerce uma jurisdição de garantias, sobretudo em questões que impliquem restrições importantes ao exercício das liberdades individuais.

No exercício dessa função de garantidor, não pode o juiz quedar-se inerte ante a uma violação a um direito fundamental do investigado. Por tal motivo, poderá (deverá) atuar, de ofício ou por provocação do interessado, para coibir a prática de qualquer abuso por parte da autoridade investigante. Aury Lopes Jr.²⁶⁰ Resume muito bem o sentido dessa nova postura do juiz na investigação criminal:

A efetividade da proteção está em grande parte pendente da atividade jurisdicional, principal responsável por dar ou negar a tutela dos direitos fundamentais. Como consequência, o fundamento da legitimidade da jurisdição e da independência do Poder Judiciário está no reconhecimento de sua função de garantidor dos direitos fundamentais inseridos ou resultantes da Constituição. Nesse contexto, a função do juiz é atuar como *garantidor* dos direitos do acusado no processo penal.

O juiz passa a assumir uma relevante função de *garantidor*, que não pode ficar inerte ante violações ou ameaças de lesão aos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, como no superado modelo positivista. O juiz assume uma nova posição no Estado democrático de Direito e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, consubstanciada na função de proteção dos direitos fundamentais de todos e de cada um, ainda que para isso tenha que adotar uma posição contrária à da maioria.

Assim, exercendo o papel de *juiz de garantidas* da investigação criminal, e posicionado, para tal mister, à distância da atividade que toca somente à acusação, o judiciário deve zelar para que sejam respeitados os direitos fundamentais do investigado e de qualquer terceiro que venha a incidentalmente participar dessa etapa.

4.4 OPORTUNIDADE E INSTRUMENTOS DE CONTROLE JUDICIAL DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

260 LOPES Jr. Aury. Op. Cit, p. 162-163.

O controle judicial sobre a instrução preliminar é realizado de forma posterior ou, excepcionalmente, anterior à prática do ato investigatório em espécie, por via da declaração, se for o caso, da invalidade da medida já praticada ou pelo indeferimento, no controle prévio, da autorização (constitucionalmente exigida) para a realização da medida.

A oportunidade para o exercício desse controle advirá, assim, da provocação do investigado, do Ministério Público ou de qualquer interessado e, para sua atuação *ex officio*, da necessária comunicação, a esse juiz garantidor, da prática de cada uma das medidas instrutórias encetadas, *pari passo* à evolução da instrução preliminar. Além disso, tem-se o crucial ensejo da apreciação da legalidade (ademais da valoração qualitativa) da investigação no momento da propositura da ação penal ou da promoção do arquivamento do procedimento investigatório respectivo, que naturalmente deverão ser acompanhadas de todos os elementos informadores colhidos e produzidos. Com a promoção de arquivamento ou com o oferecimento da denúncia, o Juiz terá a sua disposição, para análise, todos os elementos coligidos na fase investigatória, devendo, neste momento, apreciar sua legalidade, a fim de admiti-los ou escoimá-los, e adotar, caso constate algum abuso, todas medidas que se revelem necessárias.

Os instrumentos para a realização desse controle são os provimentos jurisdicionais que deferem ou indeferem quaisquer medidas pretendidas pelo Ministério Público (no controle prévio) ou que decidem sobre quaisquer requerimentos dos diversos sujeitos envolvidos, como a concessão ou denegação da liberdade de um investigado ou da devolução de bens cautelarmente apreendidos. Nesse universo, sobressai o instrumento do *habeas corpus*, garantia fundamental do investigado, pelo qual se determinará o trancamento de uma investigação, no caso de vício insuperável, ou se declarará a invalidade de alguma medida específica, sem embargo do prosseguimento da investigação e, ocasionalmente, se possível, do refazimento da diligência, corrigindo-se o vício da ilegalidade identificada.

É pertinente reafirmar que não cabe ao judiciário, na fase de investigação preliminar, determinar, de ofício, a realização de diligências investigatórias. Se entender que alguma medida não produzida era estritamente necessária, cabe ao juiz competente pronunciá-lo quando da apreciação da promoção de arquivamento ou da denúncia oferecida pelo Ministério Público. Tampouco cabe ao juiz de garantias deferir ou indeferir a prorrogação de prazo para a conclusão das investigações. No caso de investigações instrumentalizadas em inquérito policial, uma prorrogação de prazo *determinada* pelo Ministério Público em atendimento a solicitação da autoridade policial é sinônimo de uma *requisição* de diligências, ordem esta que deve ser cumprida pela autoridade policial independentemente de “aval” do Judiciário. Se for o caso, deve o magistrado, fundamentadamente e com vistas às peculiaridades da situação concreta, conceder de ofício ordem de *habeas corpus*, até mesmo respaldado num excesso de prazo. Tal competência, ínsita a sua função de garantidor da legalidade da instrução preliminar, não se confunde com a (im)possibilidade – absoluta - de atuação do Judiciário como órgão de investigação²⁶¹.

261 Considerando que não cabe ao judiciário deferir ou indeferir prorrogações de prazo para a conclusão de inquéritos requeridas pelas autoridades policiais, são questionáveis, sob esse aspecto, atos normativos emanados dos tribunais que determinam a “triangulação” de inquéritos policiais perante as varas criminais (MP-juiz-polícia). A eficiência e a celeridade das investigações exige agilidade na tramitação dos autos do inquérito, que deve se dar diretamente entre o Ministério Público e a polícia. Por outro lado, é razoável o argumento de que, em investigações mais dilatadas, a remessa periódica dos autos do inquérito ao Judiciário é uma forma de possibilitar o exercício de sua função de *garantidor* da legalidade da instrução preliminar.

5 AS CLÁUSULAS DE RESERVA JURISDICIONAL

Como corolário do princípio acusatório, a atuação do juiz na fase de investigação criminal “é e deve ser muito limitada”²⁶². Somente dessa forma, preservando sua imparcialidade e sem imiscuir-se atividade própria da acusação, poderá o juiz exercer adequadamente a função de *garante* em relação à atividade investigatória promovida pelo Estado, zelando pela legalidade de todos os atos investigatórios praticados, por meio de um controle *prévio* ou *posterior* a estes atos.

A identificação dos limites da função desempenhada pelo juiz na investigação criminal permitirá, também, a identificação dos limites, ao menos em parte, dos poderes investigatórios do Ministério Público. Estabelecidos, com base em critérios normativos (constitucionais), os limites da atuação do juiz, a distribuição de funções que marca o modelo acusatório permite vislumbrar, também na fase investigatória, a real dimensão de cada uma das funções dos órgãos do Estado encarregados da *persecutio criminis* (especialmente o Ministério Público), além de seu julgamento e seu controle.

Assim sendo, indaga-se: quais são, então, os limites à atuação do juiz na investigação?

A resposta à indagação de acima é fornecida pela Constituição Federal, que, de modo claro e inequívoco, elenca os atos de competência reservada aos órgãos do poder judiciário. São as nominadas *cláusulas de reserva jurisdicional*, que impedem a prática de determinados atos, por quem quer que seja, senão quando respaldados em decisão judicial.

Com efeito, determinadas providências preparatórias, que implicam graves restrições a direitos fundamentais (liberdade, disponibilidade sobre o patrimônio, intimidade), somente poderão concretizar-se depois de ponderado o exame, pelo juiz, da presença dos pressupostos característicos das

262 LOPES Jr. Aury. Op. Cit, p. 163.

cautelares, além da subsunção às hipóteses, condições e requisitos legalmente previstos.²⁶³

Conforme prevê a Constituição Federal de 1988, os únicos poderes afetos à investigação criminal abrangidos por cláusulas de reserva jurisdicional são:

a) a busca e apreensão domiciliar - art. 5º, XI (*a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial*);

b) a interceptação de comunicações telefônicas – art. 5º, XII (*é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal*);

c) as prisões – art. 5º, LXI (*ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei*);

d) as medidas cautelares em geral – art. 5º, incisos XXXV (*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*), LIII (*ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente*), LIV (*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*) e LV (*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*)²⁶⁴.

5.1 POSIÇÃO DA DOUTRINA

263 PRADO, Geraldo. Op. Cit, p. 180.

264 Ibid., p. 180.

As cláusulas de reserva jurisdicional, conforme discorre a doutrina pátria, consistem na expressa previsão constitucional de competência exclusiva dos órgãos do Poder Judiciário, com exclusão de qualquer outro, para a prática de determinados atos.²⁶⁵ Quando determinado ato é albergado por uma cláusula de reserva jurisdicional, a administração perde a possibilidade de auto-executoriedade administrativa²⁶⁶. Não é dizer que possa o judiciário pronunciar a *última* palavra sobre determinadas medidas, mas sim que deverá o judiciário pronunciar a *primeira e a última* palavras sobre estes atos, porquanto nenhuma outra autoridade tenha permissão constitucional para fazê-lo.

No Brasil, as nominadas cláusulas de reserva jurisdicional têm sido abordadas conjuntamente à análise dos limites dos poderes investigatórios das Comissões Parlamentares de Inquérito. Debruçam-se os estudiosos sobre o art. 58, §3º, da CF/88, que outorga às CPIs “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais”²⁶⁷

No que se refere aos poderes investigatórios das CPIs, o art. 58, §3º, da CF/88 é reprodução **literal** do art. 178, n.º 05, da Constituição da República Portuguesa de 1976²⁶⁸. Na doutrina lusitana, avulta a lição de J. J. Gomes Canotilho²⁶⁹, que, respaldado no magistério de Paulo Rangel e J. Oliveira Ascensão, assim discorre sobre o princípio da reserva jurisdicional:

265 MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 50.

266 BASTOS, Celso. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 68, v. 2.

267 CF/88, art. 58, §3º: “As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores”.

268 “Artigo 178.º (Comissões)

1. A Assembleia da República tem as comissões previstas no Regimento e pode constituir comissões eventuais de inquérito ou para qualquer outro fim determinado.

[...]

5. As comissões parlamentares de inquérito gozam de poderes de investigação próprios das autoridades judiciais.”

269 CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. Cit, p. 668.

A independência judicial postula o reconhecimento de uma **reserva de jurisdição** entendida como reserva de um conteúdo material funcional típico da função jurisdicional. Esta reserva de jurisdição actua simultaneamente como limite de actos legislativos e de decisões administrativas, tornando-os inconstitucionais quando tenham um conteúdo materialmente jurisdicional”

E, mais adiante²⁷⁰:

Diz-se que há um '**monopólio da primeira palavra**', **monopólio do juiz** ou **reserva absoluta de jurisdição** quando, em certos litígios, compete ao juiz não só a última e decisiva palavra mas também a primeira palavra referente à definição do direito aplicável a certas relações jurídicas.

A 'reserva da primeira palavra' está constitucionalmente prevista nos artigos 27.º / 2 e 28.º / 1 referente à privação de liberdade e nos artigos 33.º / 4 e 34.º / 2, 36.º / 6, 46.º / 2 , 113.º / 7.²⁷¹

270 CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. Cit, p. 669.

271 Canotilho utiliza aqui a expressão *reserva absoluta de jurisdição*, em contraposição a *reserva relativa de jurisdição*, consistente, esta última, no “monopólio da última palavra” ou “monopólio dos tribunais”, que significa, em termos gerais, o direito de qualquer indivíduo a uma *garantia de justiça*, igual, efetiva e assegurada através de um processo justo, a ser reclamada em casos de lesão ou violação de seus interesses que careçam de uma decisão **definitiva e imparcial**, juridicamente vinculativa (CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. Cit., p. 668). Seguem abaixo transcritos os dispositivos da Constituição da República Portuguesa mencionados:

“Artigo 27.º (Direito à liberdade e à segurança)

2. Ninguém pode ser total ou parcialmente privado da liberdade, a não ser em consequência de sentença judicial condenatória pela prática de acto punido por lei com pena de prisão ou de aplicação judicial de medida de segurança.

[...]

Artigo 28.º (Prisão preventiva)

1. A detenção será submetida, no prazo máximo de quarenta e oito horas, a apreciação judicial, para restituição à liberdade ou imposição de medida de coacção adequada, devendo o juiz conhecer das causas que a determinaram e comunicá-las ao detido, interrogá-lo e dar-lhe oportunidade de defesa.

[...]

Artigo 33.º (Expulsão, extradição e direito de asilo)

6. A extradição só pode ser determinada por autoridade judicial.

[...]

Artigo 34.º (Inviolabilidade do domicílio e da correspondência)

2. A entrada no domicílio dos cidadãos contra a sua vontade só pode ser ordenada pela autoridade judicial competente, nos casos e segundo as formas previstos na lei.

[...]

Artigo 36.º (Família, casamento e filiação)

6. Os filhos não podem ser separados dos pais, salvo quando estes não cumpram os seus deveres fundamentais para com eles e sempre mediante decisão judicial.

[...]

Artigo 46.º (Liberdade de associação)

2. As associações prosseguem livremente os seus fins sem interferência das autoridades públicas e não podem ser dissolvidas pelo Estado ou suspensas as suas actividades senão nos casos previstos na lei e mediante decisão judicial.

[...]

Artigo 113.º (Princípios gerais de direito eleitoral)

7. O julgamento da regularidade e da validade dos actos de processo eleitoral compete aos tribunais.”

Canotilho, ao se referir ao art. 33.º / 4, na verdade queria referir-se ao art. 33.º / 6.

No Brasil, o sentido da expressão empregada pela Constituição Federal de 1988 - poderes de investigação próprios das autoridades judiciais – , segundo a doutrina, não foi o de uma abdicação de competências do Poder Judiciário em favor do Legislativo, muito menos o de malferir os princípios da independência e da harmonia entre os poderes. Interpretar o art. 58 da Constituição dessa forma teria como consequência a retirada de bens e valores integrantes do rol secular de direitos e garantias fundamentais do domínio da atividade imparcial de juízes e tribunais e sua submissão às peculiares inconstâncias e paixões políticas do cenário parlamentar. Muito diversamente, o sentido da expressão foi, simplesmente, o de conferir aos atos emanados pelas CPIs, no exercício regular das atribuições que lhes foram constitucionalmente conferidas, o caráter de imperatividade²⁷². Tendo em vista as finalidades do procedimento conduzido pelas Comissões Parlamentares de Inquérito (reunir subsídios para a atividade legislativa e fiscalizatória e munir o Ministério Público de elementos de convicção, se for o caso) bem como sua natureza inquisitorial, são imanentes a esse procedimento poderes **coercitivos** de investigação²⁷³.

Ainda que dotados de coercibilidade, os poderes investigatórios das CPIs não são absolutos, tampouco transbordam àqueles para os quais a Constituição foi explícita ao referir-se, com exclusividade, ao Poder Judiciário.

Uadi Lammêgo Bulos expõe que, em temas sujeitos à reserva jurisdicional, o poder de aplicar o direito objetivo pertence, exclusivamente, ao Judiciário, nisso residindo “o monopólio do juiz, que impede que autoridades administrativas, legislativas, bem como aquelas que têm 'poderes de investigação próprios das autoridades judiciais' pratiquem atos afetos à esfera de competência material da magistratura”²⁷⁴.

Transcreveu-se, acima, o dispositivo correto.

272 BARROSO, Luis Roberto. Comissões parlamentares de inquérito. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, jul., ago. e set./1996, p. 169-170.

273 COMPARATO, Fábio Konder. Comissão parlamentar de inquérito (Pareceres). **Revista Trimestral de Direito Público**, n.º10. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 64.

274 BULOS, Uadi Lammêgo. Op. Cit, p. 58.

Nas palavras de Luiz Flávio Gomes, a atividade investigatória das CPIs encontra “intransponível limite da ‘reserva jurisdicional constitucional’, isto é, a CPI pode muita coisa, menos determinar o que a Constituição Federal reservou com exclusividade aos juízes. Incluem-se nessa importante restrição; a prisão, salvo flagrante (CF, art. 5º, inc. LXI); a busca domiciliar (CF, art. 5º, inc. X) e a interceptação ou escuta telefônica (art. 5º, inc. XII)”. Ainda segundo ele, não se pode “confundir ‘poderes de investigação do juiz’ (CF, art. 58, § 3º) com o poder geral de cautela judicial: isso significa que a CPI não pode adotar nenhuma medida assecuratória real ou restritiva do ‘jus libertatis’, incluindo-se a apreensão, seqüestro ou indisponibilidade de bens ou mesmo a proibição de se afastar do país.”²⁷⁵

5.2 POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito das chamadas cláusulas de reserva jurisdicional foi construído sobretudo a partir de julgamentos em processos sobre investigações conduzidas pelas Comissões Parlamentares de Inquérito. Interpretando o art. 58, §3º, da CF/88, que dota as CPIs de “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais”, o Supremo Tribunal Federal declarou que às Comissões Parlamentares de Inquérito não são reconhecidos poderes para determinar a interceptação de comunicações telefônicas, prisões ou buscas e apreensões domiciliares. Segundo assentado pelo STF em diversos julgados, os poderes investigatórios das CPIs abrangem a possibilidade de quebra dos sigilos fiscal, bancário e de dados, inclusive telefônicos (registros telefônicos), a inquirição de testemunhas e investigados, a requisição de documentos e perícias e de qualquer outra medida instrutória cuja realização poderia se dar no curso de uma investigação conduzida perante uma autoridade judiciária²⁷⁶. Não abrangem, por certo, a

275 GOMES, Luiz Flávio. **Os poderes das CPIs**. Artigo publicado no jornal Correio Braziliense em 17.05.99, coluna Direito e Justiça. Disponível em: <http://www.infojus.com.br/webnews/noticia.php?id_noticia=1194&>. Acesso em: 17 jun. 2006.

276 Vale repetir aqui a crítica à expressão utilizada pela Constituição, tendo em vista que, no modelo processual penal brasileiro, se há uma figura desprovida de “poderes

possibilidade de decretação de prisões (ressalvada prisão em flagrante, que, a rigor, pode ser efetuada pela autoridade pública ou por qualquer do povo) e de medidas assecuratórias.

Sobre os limites dos poderes das CPIs segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, podem ser citados os seguintes julgados: HC 71.231/RJ (inquirição de investigados); HC 71.193/SP (inquirição e condução coercitiva de testemunhas); HC 71.039/RJ (inquirição de investigados e testemunhas, requisição de documentos, realização de perícias, condução coercitiva, busca e apreensão – que não seja domiciliar - e impossibilidade de decretação de prisões); HC 75.232 (impossibilidade de determinar interceptações telefônicas e possibilidade de determinar a quebra de sigilos fiscal, bancário e de dados, inclusive de registros telefônicos); MS 23.466-1/DF (possibilidade de quebra de sigilos bancário e fiscal e impossibilidade de decretação de medidas cautelares); HC 75.287-0 (inquirição de testemunhas e investigados); HC 79.244-8/DF (inquirição de testemunhas e condução coercitiva)²⁷⁷.

A decisão proferida nos autos do mandado de segurança n.º 23.452-RJ (de 16.09.99, publicada no informativo n.º 162 do STF) é um verdadeiro paradigma para a questão em estudo. Do inteiro teor do acórdão extraem-se os seguintes trechos, que merecem transcrição:

Torna-se essencial reconhecer, portanto, que os poderes das Comissões parlamentares de Inquérito – precisamente porque **não** são absolutos – **sofrem** as restrições impostas pela Constituição da República e **encontram** limite nos direitos fundamentais do cidadão,

investigatórios”, essa figura certamente é o juiz. A atribuição que se lhe é conferida diz respeito à instrução processual (poderes instrutórios do juiz – art. 156 do CPP), e, mesmo assim, dentro dos lindes traçados pelo princípio acusatório.

²⁷⁷ É também digno de nota o julgamento da Ação Penal n.º 307 (réus: Fernando Afonso Collor de Mello e outros). Nesse caso, o cerne dos debates não foram propriamente os limites aos poderes das CPIs, mas a validade de determinadas provas, apreendidas, *motu proprio*, por autoridade fazendária. Entre os argumentos invocados pelo Supremo Tribunal Federal para a aferição da validade dessas provas (registros em um equipamento de computador), colhidas em busca e apreensão domiciliar promovida em diligência de natureza fiscal por agentes da Receita Federal e posteriormente periciadas pela Polícia Federal, destacou-se necessidade de prévia autorização judicial, sem a qual deveriam ser (como de fato o foram) proclamadas nulas. A referência, ainda que indireta, à reserva jurisdicional para a decretação da medida investigatória de busca e apreensão domiciliar foi um dos argumentos para a absolvição do acusado Fernando Collor de Mello (julgamento em 13.12.1994, publicado no DJ de 13.10.1995. p. 34247).

que **só** podem ser afetados nas hipóteses e na forma que a Carta Política estabelecer.

[...]

Nesse contexto, assume indiscutível político-jurídica o **postulado da reserva constitucional de jurisdição**.

[...]

O **postulado da reserva constitucional de jurisdição** [...] importa em submeter, à esfera única de decisão dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de verdadeira discriminação material de competência jurisdicional fixada no texto da Carta Política, **somente** pode emanar **do juiz**, e **não** de terceiros, **inclusive** daqueles a quem se haja eventualmente atribuído o exercício de << poderes investigatórios próprios das autoridades judiciais >>.

[...]

Cabe enfatizar, por necessário, na linha desse entendimento, que o **princípio da reserva de jurisdição** – mais do que simples formulação de ordem doutrinária – **representa**, na concreção de seu alcance, um expressivo **instrumento de proteção** das pessoas em geral **contra** as ações eventualmente arbitrárias do poder público, qualquer que seja a dimensão institucional em que se projete a atividade estatal.

[...]

É por essa razão [...] que entendo **falecer** competência à Comissão Parlamentar de Inquérito, **não** só para decretar a prisão cautelar de qualquer pessoa – como **já decidiu** o plenário desta Suprema Corte, **certamente** em consideração à cláusula da reserva de jurisdição (RDA 199/205, Rel. Min. **Paulo Brossard**) -, como, **também**, para ordenar, por autoridade própria, **buscas domiciliares**, eis que a autorização para ingresso em domicílio alheio **depende**, durante o dia, **além** das demais hipóteses previstas no art. 5º, XI da Constituição, de **determinação judicial** [...]

[...]

Sendo assim, **nem** a Polícia judiciária, **nem** o Ministério Público, **nem** a administração tributária e **nem** a Comissão Parlamentar de Inquérito **ou** seus representantes, agindo por autoridade própria, poder invadir o domicílio alheio com o objetivo de apreender, durante o período diurno, **e sem ordem judicial**, quaisquer objetos que possam interessar ao Poder Público.

[...]

O aspecto **relevante** deste caso, no entanto, **além** da questão concernente ao tema da reserva constitucional de jurisdição – princípio este que **impede** à CPI a **decretação** de buscas domiciliares, a **interceptação** de comunicações telefônicas **e** a **expedição** de mandados de prisão cautelar – **consiste**, basicamente, na circunstância de que o ato ora impugnado apresenta-se inteiramente **destituído** de fundamentação, qualificando-se, por isso mesmo, como resolução estatal **desprovida** de validade constitucional e **despojada** de eficácia jurídica. (grifos no original)

Ocorre que, no julgamento desse mandado de segurança (n.º 23.452-RJ), o plenário do STF não chegou a decidir a questão referente ao reconhecimento da reserva de jurisdição como princípio constitucional brasileiro. Até então, portanto, em que pese a jurisprudência daquela corte já assentar os limites dos poderes investigatórios das CPIs (explicitando casuisticamente que medidas

podiam ou não ser adotadas), o tema ainda não havia sido apreciado por todos os ministros da corte, que, no julgamento do MS n.º 23.452-RJ (Ministro Relator Celso de Mello), por maioria, contentaram-se com o argumento da “ausência de fundamentação na decisão da CPI” para conceder o *writ* e declarar a invalidade dos atos investigatórios impugnados. A esse respeito, vale reproduzir o trecho final da ementa daquele acórdão:

...
 POSTULADO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE JURISDIÇÃO:
 UM TEMA AINDA PENDENTE DE DEFINIÇÃO PELO SUPREMO
 TRIBUNAL FEDERAL.

O postulado da reserva constitucional de jurisdição importa em submeter, à esfera única de decisão dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem se haja eventualmente atribuído o exercício de "poderes de investigação próprios das autoridades judiciais". A cláusula constitucional da reserva de jurisdição - que incide sobre determinadas matérias, como a busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), a interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e a decretação da prisão de qualquer pessoa, ressalvada a hipótese de flagrância (CF, art. 5º, LXI) - traduz a noção de que, nesses temas específicos, assiste ao Poder Judiciário, não apenas o direito de proferir a última palavra, mas, sobretudo, a prerrogativa de dizer, desde logo, a primeira palavra, excluindo-se, desse modo, por força e autoridade do que dispõe a própria Constituição, a possibilidade do exercício de iguais atribuições, por parte de quaisquer outros órgãos ou autoridades do Estado. Doutrina.

- O princípio constitucional da reserva de jurisdição, embora reconhecido por cinco (5) Juízes do Supremo Tribunal Federal - Min. CELSO DE MELLO (Relator), Min. MARCO AURÉLIO, Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Min. NÉRI DA SILVEIRA e Min. CARLOS VELLOSO (Presidente) - não foi objeto de consideração por parte dos demais eminentes Ministros do Supremo Tribunal Federal, que entenderam suficiente, para efeito de concessão do *writ* mandamental, a falta de motivação do ato impugnado.

Finalmente, em 29.11.2000, o plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do MS 23.642/DF (Ministro Relator Néri da Silveira), pacificou a questão, conforme sintetizado no informativo n.º 212 do STF:

Plenário

CPI e Reserva Constitucional de Jurisdição

As Comissões Parlamentares de Inquérito não podem determinar a busca e apreensão domiciliar, por se tratar de ato sujeito ao princípio constitucional da reserva de jurisdição, ou seja, ato cuja prática a CF atribui com exclusividade aos membros do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XI: “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante

delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;”). Com base nesse entendimento, o Tribunal deferiu mandado de segurança contra ato da CPI do Narcotráfico que ordenara a busca e apreensão de documentos e computadores na residência e no escritório de advocacia do impetrante — para efeito da garantia do art. 5º, XI, da CF, o conceito de casa abrange o local reservado ao exercício de atividade profissional —, para determinar a imediata devolução dos bens apreendidos, declarando ineficaz a eventual prova decorrente dessa apreensão. Ponderou-se, ainda, que o fato de ter havido autorização judicial para a perícia dos equipamentos apreendidos não afasta a ineficácia de tais provas, devido à ilegalidade da prévia apreensão. Precedente citado: MS 23.452-RJ (DJU de 12.5.2000, v. Transcrições dos Informativos 151 e 163). MS 23.642-DF, rel. Min. Néri da Silveira, 29.11.2000.

O consenso doutrinário sobre a matéria, aliado às reiteradas decisões que fixaram os contornos dos poderes instrutórios das CPIs, hoje completamente sedimentados na *praxis* jurídica, parecem indicar que, mesmo sendo diversa a composição atual do Supremo Tribunal Federal, seu entendimento não seria distinto do manifestado naquele julgamento, que ainda presentemente serve de paradigma à questão.

5.3 ABRANGÊNCIA DA RESERVA JURISDICIONAL NO BRASIL

A fim de espancar eventuais confusões, é importante gizar que os limites ora estudados dizem respeito, especificamente, às medidas **de interesse da instrução preliminar** que somente podem ser determinadas por autoridade judiciária, com exclusão de qualquer outra autoridade, para as quais foi prevista pela Constituição, desta sorte, uma reserva de jurisdição. Essas medidas podem ser subdivididas em medidas de natureza estritamente *investigatória* - ou seja, voltadas diretamente à colheita e à produção de elementos de convicção -, e medidas *cautelares* propriamente ditas - que têm foco não na atividade investigatória em si (ou seja, na colheita e produção de elementos de convicção), mas na proteção do resultado útil do processo (e, numa acepção mais ampla, da investigação que o antecede) ou na segurança da sociedade²⁷⁸.

278 Marcellus Polastri Lima propõe uma classificação bastante semelhante. Segundo ele, as medidas cautelares dividem-se em **reais ou patrimoniais, pessoais e probatórias**. As medidas cautelares reais são as medidas assecuratórias (seqüestro, arresto e hipoteca legal) e a restituição de coisas apreendidas; as medidas cautelares pessoais são as prisões processuais provisórias (flagrante, preventiva, decorrente de pronúncia e decorrente de

A classificação aqui sugerida, reforça-se, pretende dar maior enfoque à diferenciação entre medidas *investigatórias* e medidas cautelares *incidentes na investigação*²⁷⁹.

As medidas **estritamente investigatórias** que somente a autoridade judicial pode decretar são a busca e apreensão domiciliar (quando destinada à colheita de elementos de convicção) e a interceptação de comunicações telefônicas. Eventualmente, terão as prisões cautelares, também, escopo estritamente investigatório, como é o caso da prisão preventiva decretada por conveniência da instrução criminal (na fase preliminar - art. 312 do CPP) e da prisão temporária, que pode ser decretada quando verificada sua imprescindibilidade para o sucesso das investigações sobre determinados crimes, legalmente arrolados (art. 1º da lei n.º 7.960/89).

As medidas cautelares **propriamente ditas** são de natureza real e pessoal. No que toca às **cautelares reais**, o CPP dispôs sobre o seqüestro, o arresto e a hipoteca legal de bens (*medidas assecuratórias*). A busca e apreensão domiciliar de coisas, quando não tenha em mira a colheita de provas e sim o resguardo dos objetivos do processo e da ordem pública, também pode se enquadrar nessa classificação (cautelares reais propriamente ditas, em contraposição às medidas estritamente investigatórias). Além destas, podem ser citados o seqüestro previsto no Decreto-lei n.º 3.240/41 (seqüestro de bens adquiridos com os proventos de crime contra a fazenda pública) e as medidas assecuratórias previstas na lei de lavagem de dinheiro (lei n.º 9.613/98 - seqüestro e apreensão de bens) e na nova de entorpecentes (lei n.º 10.409/02

sentença condenatória recorrível – ao lado da temporária, prevista na legislação extravagante) e as contra-cautelares (relaxamento de prisão e liberdade provisória, com ou sem fiança); as medidas cautelares probatórias são a busca e apreensão, a produção antecipada de provas (*ad perpetuam rei memoriam*) e a justificação (LIMA, Marcellus Polastri. **Curso de processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 230, v. 2).

279 “A função investigativa é de natureza estritamente informativa: visa obter dados que permitam alcançar-se a realidade de uma situação qualquer. Não se confundem a investigação e a adoção daquelas medidas.” Assim, “há que distinguir-se entre providências cautelares cuja finalidade é a garantia do resultado útil de um processo ou procedimento, e medidas cautelares que visam assegurar o bom termo de uma a investigação.” (GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Poderes de investigação das Comissões Parlamentares de Inquérito**. São Paulo: editora Juarez de Oliveira, 2001, p. 67).

– apreensão de bens), que têm regime jurídico próprio, um pouco diverso do regulado no CPP, notadamente no que diz respeito aos prazos para a manutenção da medida e ônus da prova para o deferimento do levantamento ou restituição.

As **cautelares pessoais** versadas no CPP são as prisões – preventiva, decorrente de pronúncia ou decorrente de sentença condenatória recorrível²⁸⁰. Dirigem-se à preservação do resultado útil do processo acusatório quando decretadas ou mantidas *para assegurar a aplicação da lei penal*. A cautelaridade que serve à proteção da sociedade (e não diretamente ao processo) é constatada na prisão decretada como garantia da ordem pública ou da ordem econômica (art. 312 do CPP). Além destas, vale mencionar a cautelar pessoal de busca e apreensão de vítimas de crimes – art. 240, §, g -, a cautelar restritiva de direitos prevista no Código Brasileiro de Trânsito (suspensão cautelar ou proibição de obtenção da permissão ou habilitação para dirigir veículo automotor – art. 294 da lei n.º 9.503/97) e o afastamento cautelar, do autor do fato, do lar domicílio ou local de convivência com a vítima de violência doméstica (art. 69, parágrafo único, da lei n.º 9.099/95, na redação dada pela lei n.º 10.455/2002).

Decerto, dizer que as medidas acima indicadas somente podem ser decretadas por autoridade judiciária é também dizer que somente esta será competente

280 Por tratarmos aqui somente das medidas abrangidas pela reserva de jurisdição, não se mencionou nesse parágrafo a prisão em flagrante. A propósito, vale lembrar que as *finalidades* ou *justificativas* da prisão em flagrante são 1) *evitar a consumação, o exaurimento ou abrandar as conseqüências do ilícito*, e 2) a colheita de material probatório (*lato sensu*), que tende a ser de melhor qualidade, sobretudo no que diz respeito à prova pessoal, porquanto obtido em momento próximo ao da prática do ilícito (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op. Cit, p. 418-419). Alcançadas essas finalidades, a prisão em flagrante somente poderá ser mantida no caso de estrita necessidade, que há de ser proclamada pelo juiz competente quando da comunicação da prisão, com base na análise do auto respectivo. Assim, poder-se-ia argumentar que até mesmo a prisão em flagrante (art. 5º, LXI, da CF/88) está incluída no rol de medidas reservadas à jurisdição, considerando que, ainda que as autoridades policiais e seus agentes *devam* e qualquer do povo *possa* efetuar-la (art. 301 do CPP), independentemente de ordem judicial, sua manutenção ocorrerá somente quando o juiz ao qual for imediatamente comunicada a prisão, em decisão fundamentada, afirmar sua *concreta necessidade* (princípio da fundamentação concreta), com esteio nos mesmos fundamentos que autorizam a decretação da prisão preventiva, nos termos do art. 310, parágrafo único, do Cp. Tem-se, destarte, que nenhuma prisão, sequer a prisão em flagrante, escapa da *jurisdicionalidade* como requisito de validade.

para apreciar qualquer requerimento que se apresente em seqüência à realização da medida, a exemplo da concessão de liberdade provisória²⁸¹, da restituição de coisas apreendidas ou do levantamento do seqüestro de bens ou valores.

A decretação, pelo juízo competente, de todas essas medidas (tenham estas natureza investigatória ou estritamente cautelar) depende de provocação do órgão dotado de atribuição investigatória. Em coerência com sua posição imparcial na fase investigatória, não se pode sequer cogitar de uma atuação *ex officio* da autoridade judiciária. Em sede de instrução criminal preliminar, não dispõe o juiz de um “poder geral de cautela”, que o autorize a promover medidas cautelares sem a provocação do sujeito interessado. Assim como no processo civil, o poder de cautela sobre as providências que o juízo entenda pertinentes não é exercido sem provocação da parte no feito cautelar²⁸².

5.4 FUNDAMENTOS AXIOLÓGICOS DAS CLÁUSULAS DE RESERVA JURISDICIONAL NO BRASIL

Para cada uma das cláusulas de reserva jurisdicional previstas pela Constituição de 1988, há um valor ou um bem, fundamentalmente caros, a merecerem especial tutela. A tutela desses bens ou valores fundamentais, que se correlacionam a direitos fundamentais, em casos que tais, pressupõe a manifestação do Estado previamente à prática de determinados atos, recaindo essa competência, com exclusividade, às autoridades judiciárias. A competência exclusiva para a prática de atos albergados pela reserva jurisdicional traduz um importante **limite** à atuação do Estado e materializam, desta sorte, uma forma de proteção aos bens e valores a serem afetados (restringidos) por esses atos.

5.4.1 *Interceptação de comunicações telefônicas*

281 Ressalvadas as hipóteses dos arts. 321 e 322 do CPP, que independem de provimento jurisdicional.

282 PRADO, Geraldo. Op. Cit, p. 181.

A inviolabilidade das comunicações epistolares, que se estende às comunicações telegráficas, de dados e telefônicas, constitui-se numa das mais antigas manifestações do **direito à intimidade**. Ressalta João Bosco de Araújo Fontes, forte em lição de Crespi, que a relevância do sigilo epistolar reside no fato de constituir-se esta na “projeção espiritual da personalidade, da mesma forma que o domicílio é sua projeção espacial”, e uma das “manifestações específicas da liberdade individual”²⁸³.

No Brasil, a Constituição assegurou a proteção às comunicações, de qualquer natureza, declarando-as invioláveis, ressalvada a possibilidade da interceptação de comunicações **telefônicas**, por determinação judicial, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (art. 5º, XII, da CF/88).

O depoimento do ex-presidente do Supremo Tribunal Federal e membro da Assembléia Nacional Constituinte Nelson Jobim é deveras elucidativo no que diz respeito às razões pelas quais se optou por incluir as interceptações de comunicações telefônicas, e somente essas, dentro do escopo da reserva jurisdicional:

... Estava-se protegendo a comunicação, o ato comunicacional é que se protegia e não o resultado do ato comunicacional. O que era absolutamente proibido e é absolutamente proibido pelo inciso XII, nem mesmo por autorização judicial, é a quebra da comunicação por correspondência, é a quebra da comunicação telegráfica, é a quebra da comunicação de dados, mas não está se protegendo o dado, ou seja, o resultado da comunicação. O que se veda é que alguém intercepte a correspondência, é que alguém intercepte a comunicação telegráfica, é que alguém intercepte a comunicação de dados. Mas o texto constitucional autorizou a interceptação de uma delas só, que é a interceptação telefônica. Esta foi autorizada. Por que não autorizou as outras? Por uma razão muito simples e muito clara à época em que discutíamos o texto em 1988. É porque das quatro comunicações a telefônica é a única que não deixa vestígios, em que o resultado da comunicação desaparece instantaneamente, porque não fica registro. Da comunicação por correspondência fica a correspondência, da comunicação por telégrafo fica o telegrama, da comunicação de dados ficam os dados, da comunicação telefônica não fica nada,

283 FONTES, João Bosco de Araújo. **Liberdades fundamentais e segurança pública** - do direito à imagem ao direito à intimidade: a garantia constitucional do efetivo estado de inocência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 126-128.

só fica o registro de que Nélon ligou para Everardo e conversou com ele durante três minutos, mas do conteúdo da comunicação telefônica não fica registro. É por isso, exclusivamente por isso que o texto constitucional autoriza e única e exclusivamente a interceptação da comunicação telefônica autorizada pelo juiz. Única e exclusivamente isto. **O resto não há o que mais interceptar-se porque há o registro, remanesce o seu resultado, que é a correspondência, o telegrama e o dado.**²⁸⁴ (grifos no original)

Atento a esse fundamento – de que o que justifica a interceptação telefônica é a ausência de vestígios dessa forma de comunicação -, prescreveu o constituinte a necessidade de que sobre essa medida fosse exercido um controle **prévio** de legalidade, pela autoridade judiciária competente. A interceptação de comunicações telefônicas afeta de forma extremamente gravosa um direito fundamental do investigado (ou acusado, no caso da interceptação realizada o interesse da instrução processual penal), correspondente a sua liberdade individual e a sua intimidade. Ainda assim, é uma medida de grande eficiência para a persecução penal, sem a qual muitas vezes seria impossível a apuração da prática de um ilícito. Dessa forma, com vistas a sua *gravidade*, em confronto com sua *indispensabilidade* (para determinadas investigações ou processos criminais), entendeu o constituinte por autorizá-la, mas somente quando previamente aferido seu cabimento por juiz, à exclusão de qualquer outra autoridade.

É pertinente ressaltar que a interpretação do artigo 5º, inciso XII, da CF/88 deve ser *evolutiva*, em consonância com os novos tempos e novas tecnologias. Se o constituinte restringiu a possibilidade de interceptação às comunicações *telefônicas*, nada dispondo sobre a interceptação de comunicações *telemáticas* e de *dados informáticos*, foi por não antever, quase duas décadas atrás, as novas formas de comunicação proporcionadas pelo progresso da telemática e

284 Apud LEAL, Aylton Dutra (Chefe da Assessoria Especial da Secretaria da Receita Federal). **Coletânea de estudos, informações e análises da equipe técnica da SRF.** Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/historico/estributarios/direitotributario/administracaoisgilo.htm>. Acesso em: 10 mai. 2006. O Ministro Sepúlveda Pertence, em voto proferido no julgamento do mandado de segurança n.º 21.729-4/DF, manifestou entendimento semelhante quanto ao sentido da proteção constitucional dispensada às comunicações: “Da minha leitura, no inciso XII da Lei Fundamental, o que se protege, e de modo absoluto, até em relação ao poder judiciário, é a **comunicação 'de dados'**, e não **'os dados'**, o que tornaria impossível qualquer investigação administrativa, fosse qual fosse.” (MS 21.729-4/DF, julgado em 05.10.95, publicado no DJ de 19.10.2001).

dos sistemas de informação, potencializadas pela vertiginosa ampliação do uso da internet. Essas formas de comunicação, assim como as comunicações telefônicas, podem não deixar vestígios. Destarte, é acertado o escólio de Luiz Flávio Gomes²⁸⁵, de Geraldo Prado²⁸⁶ e de Eugênio Pacelli de Oliveira²⁸⁷, no sentido de que é admissível a interceptação de comunicações sempre que, dada a sua volatilidade, de modo análogo às comunicações telefônicas, for impossível a obtenção do elemento de convicção por outro meio. Não à toa, a Lei n.º 9.296/96, que regulamenta o inciso XII do art. 5º da CF/88, estatui, inequivocamente, que o “disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática”^{288 289}(art. 1º, parágrafo único).

Sobre a reserva jurisdicional para a decretação de interceptações telefônicas,

285 “... devemos interpretar as leis restritivas de direitos restritivamente, isso é correto; mas onde se vislumbra a inequívoca vontade do legislador, tampouco parece lícito não reconhecê-la. [...] Essa preocupação restritiva, [...] no nosso ver, não pode chegar ao extremo de ver o telefone hoje como ele era há quarenta anos (quando foi elaborado o código brasileiro de telecomunicações)” (GOMES, Luiz Flávio, e CERVINI, Raúl. **Interceptação telefônica – lei 9.296, de 24.07.96**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 113-114).

286 “No Brasil, em 1988, era impensável falarmos em Internet, na instantaneidade dos dados transmitidos telemática ou informaticamente, sem suporte ou repouso em banco de dados. A E-mail, a caixa postal informática, que a um simples teclar de máquina faz desaparecer a mensagem (instrumento da comunicação e a um só tempo seu objeto) não constava das nossas cogitações, à semelhança do Direito português (artigo 187º do Código de Processo Penal) e diferentemente do italiano, em cujo modelo parece haver se inspirado a nossa lei (artigo 266 bis do Codice di Procedura Penale)”. (PRADO, Geraldo. **A interceptação das comunicações telefônicas e o sigilo constitucional de dados operados em sistemas informáticos e telemáticos**. Disponível em: <http://www.direitosfundamentais.com.br/html/artigo_ant_interceptacao.asp>. Acesso em: 10.05.2006).

287 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op. Cit, p. 297.

288 Com base na lei n.º 9.296/96, têm sido deferidos sem maiores questionamentos pedidos de interceptação de transmissões de e-mail, de fax e de mensagens de texto (os chamados “torpedos”). Ao menos no âmbito da Polícia Federal, que a partir do ano de 2002 investiu intensamente na compra de equipamentos para suas Superintendências Regionais em todo o Brasil e na capacitação de agentes e Delegados, tais interceptações vêm sendo realizadas com bastante eficiência.

289 Vale registrar que o STJ já decidiu que “a conversa realizada em 'sala de bate papo' da internet não está amparada pelo sigilo das comunicações, pois o ambiente virtual é de acesso irrestrito e destinado a conversas informais” (RHC 18116/SP, Ministro relator Hélio Quaglia Barbosa, publicado no DJ de 06.03.2006, p. 443,). Conforme relatado no voto condutor do acórdão (que confirmou decisão do TRF da 3ª região), no caso, a INTERPOL havia interceptado conversa em webchat, momento em que foi noticiada a transmissão de imagens pornográficas envolvendo crianças e adolescentes. O acórdão representa importante precedente a apontar a desnecessidade de autorização judicial para a interceptação de comunicações realizadas em aplicativos de conversação em tempo real de sítios da web, programas de IRC ou mensageiros instantâneos, quando de acesso público.

Raúl Cervini salienta existirem disposições similares nas constituições da Espanha (art. 18, nral. 3), Canadá (art. 21), Países Baixos, Suécia (art. 23), Portugal, Grécia (art. 18), Colômbia (art. 15, parágrafo 20.), Alemanha (art. 10, 1o. da Lei Fundamental de Bonn), Dinamarca (art. 72), Suíça (art. 51), Costa Rica (art. 24) e Guatemala (art. 17). A Constituição de Costa Rica exige uma votação qualificada de dois terços do Parlamento para que se possa promulgar uma lei sobre as interceptações telefônicas. O art. 15 da Constituição Italiana segue o mesmo princípio²⁹⁰.

5.4.2 Busca e apreensão domiciliar

A proteção da intimidade e da vida privada do indivíduo perpassa pela proteção dos espaços nos quais estas se manifestam. Assim, Leciona Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho que a proteção do domicílio é uma dimanação da proteção da intimidade e da vida privada²⁹¹, embora tenha surgido anteriormente. A noção de proteção ao domicílio remonta ao Direito Romano, mas foi somente após a Revolução Francesa que essa proteção ganhou contornos mais nítidos, posteriormente alastrados aos demais países²⁹².

Segundo a Constituição Federal de 1988, a casa é asilo *inviolável* do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial (art. 5º, XI). Assim, ressalvadas as primeiras hipóteses – flagrante, desastre ou para prestar socorro, nas quais a entrada no domicílio alheio pode se dar a qualquer hora do dia ou da noite -, qualquer medida de natureza investigatória *em sentido estrito* (como uma busca e apreensão de documentos) ou cautelar (como uma prisão preventiva para

290 GOMES, Luiz Flávio, e CERVINI, Raúl. Op. Cit, p. 26.

291 Para Pinto Ferreira, a inviolabilidade do domicílio associa-se mais à segurança pessoal e ao direito de propriedade (Cf. Brasil. **A constituição na visão dos tribunais: interpretação e julgados artigo por artigo.** - Brasília: Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Gabinete de Revista; São Paulo: Saraiva, 1997, p. 34, v. 1).

292 CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. **Processo penal e (em face da) constituição:** princípios constitucionais do processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 89.

garantia da ordem pública) que demande a entrada no domicílio alheio sem o consentimento do morador somente pode ser executada *durante o dia*²⁹³.

De modo a conferir máxima efetividade à garantia inscrita no aludido dispositivo constitucional, a jurisprudência e a doutrina brasileiras têm compreendido a expressão “casa” num sentido amplo²⁹⁴, apanhado do direito penal²⁹⁵ (art. 150 do Código Penal²⁹⁶).

No que diz respeito à reserva jurisdicional, é interessante assinalar que a Constituição de 1988 inovou em relação às Constituições brasileiras de 1824, 1891, 1946, 1947 e 1969 - que admitiam a entrada no domicílio por autoridade

293 A doutrina brasileira aponta dois critérios para a definição do que seja dia ou noite: o fisioastronômico - dia compreende o período entre o alvorecer e o crepúsculo (Magalhães Noronha, Pimenta Bueno) e o cronológico - dia compreende o período das seis da manhã às cinco e cinqüenta e nove da tarde (Bento de Faria, Espínola Filho). Carrara aventava ainda um terceiro critério, sociológico (noite é o período em que a população repousa). (Cf. CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 13. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 315; NORONHA, Magalhães, **Curso de Processo Penal**, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 123-124; e NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 477).

294 Nesse sentido, confira-se o julgamento da ação penal n.º 307/DF (STF), já mencionado.

295 Importa anotar a interessante observação de Celso Antônio Tres, para quem a reserva jurisdicional da busca e apreensão domiciliar não abrangeria estabelecimentos profissionais. "A tutela penal, estendendo a expressão 'casa' a 'compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade' (art. 150, §4º, I, do CP), não implica dizer que sua devassa esteja sob a exclusiva reserva da jurisdição.

A extensão da tipicidade da violação do domicílio ao ambiente profissional reporta-se aos particulares. Às autoridades, não!

Sabido que a Carta Magna protege apenas 'casa' *stricto sensu*, a ampliação pelo Código Penal, lei ordinária (decreto-lei, recepcionado como lei ordinária), deve conviver com a outorga às autoridades por norma de idêntico ou superior 'status', a exemplo da fiscalização tributária, contemplada pelo Código Tributário Nacional, *lex* com status de lei complementar. Portanto, a fiscalização prescinde de outorga judicial à devassa no estabelecimento profissional e/ou empresarial" (TRES, Celso Antônio. **Teoria geral do delito pelo colarinho branco**. Curitiba: Imprensa Oficial, 2006, p. 113-114. Também disponível em: <<http://www.crimesdocolarinhobranco.adv.br/livro/livro.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2006).

296 Violação de domicílio

Art. 150 - Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências:

Pena - detenção, de um a três meses, ou multa.

[...]

§ 4º - A expressão "casa" compreende:

I - qualquer compartimento habitado;

II - aposento ocupado de habitação coletiva;

III - compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade.

§ 5º - Não se compreendem na expressão "casa":

I - hospedaria, estalagem ou qualquer outra habitação coletiva, enquanto aberta, salvo a restrição do n.º II do parágrafo anterior;

II - taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero.

administrativa, nos casos previstos em lei, independentemente de permissão judicial. Segundo Celso Ribeiro Bastos²⁹⁷, o que antes era *reserva de lei* (intrusão domiciliar diurna somente nos casos *legalmente previstos*), passou a ser *reserva de jurisdição* (intrusão domiciliar diurna somente nos casos *judicialmente autorizados*).

5.4.3 Prisões

A liberdade de ir e vir, direito fundamental, constitui uma regra; a prisão, limitação desse direito, deve ser a exceção. Pautada nesse vetor axiológico, a Carta Política vigente dispõe que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei” (art. 5º, LXI, da CF/88).

Depreende-se, pois, que a Carta de 1988, diferentemente do que dispunham as Constituições de 1824 (art. 179, X), 1891 (art. 72, § 13), 1934 (art. 113, n.º 21), 1937 (art. 122, n.º 11), 1946 (art. 141, § 20), 1967 (art. 150, § 12), EC n.º 01; e 1969 (art. 153, § 10), proclamou que **somente** o Poder Judiciário pode decretar prisões, ressalvadas as hipóteses de transgressão militar ou crime propriamente militar e da prisão em flagrante.

A tutela à liberdade com a conseqüente limitação do poder estatal sobre o *status libertatis* indivíduo representa uma das maiores conquistas do Estado Democrático de Direito²⁹⁸. A proteção da liberdade de ir e vir do indivíduo (e de sua integridade física) é umbilicalmente ligada ao princípio da não-culpabilidade (ou da presunção de inocência), segundo o qual ninguém poderá ser considerado culpado senão após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (art. 5º, LVII). Veda-se, com base nesse princípio, não só a que alguém seja *declarado* culpado (até condenação definitiva), mas também, e

297 BASTOS, Celso Ribeiro. Op. Cit, p. 68.

298 MORAES, Alexandre de. **Limitações constitucionais às comissões parlamentares de inquérito**. Texto publicado na Revista Travenet Jurídica em 06 jul. 2000. Disponível em: <http://www.juridica.com.br/Apres_Artigo.asp?CodArtigo=114>. Acesso em: 05 jun. 2006.

mais importante que isso, que seja *tratado* como culpado. A prisão decretada em desfavor de um investigado, portanto, não deve decorrer somente de indícios, ou mesmo de provas cabais, de que seja ele o responsável pela prática de um ilícito, dado que, com base apenas nesses elementos, estar-se-ia a dispensar um tratamento de culpado a alguém que, para todos os efeitos jurídicos, é *inocente*.

Ressalvada a prisão definitiva (decorrente de sentença condenatória contra a qual não cabem mais recursos), o que se exige, para fins de decretação de uma prisão, além de tais elementos (referentes à autoria e à materialidade delituosas), é que seja essa medida *estritamente necessária*, para os fins do processo ou da investigação como medida de proteção social (interesse público, como a garantia da ordem pública ou econômica). A necessidade da decretação de uma prisão provisória, em qualquer caso, deve ser aferida com base na situação concreta apresentada e nesta fundamentada (princípio da fundamentação concreta das prisões).

Seja para as prisões decorrentes de sentença condenatória irrecorrível (prisões definitivas, que realizam o próprio *jus punitiois* estatal), seja para as prisões provisórias em geral (de natureza processual penal provisória ou cautelar, ressalvada a prisão em flagrante), a Constituição foi explícita ao exigir prévia decisão judicial, como instrumento de máxima efetividade e de garantia do direito fundamental à liberdade ambulatorial, à vida e à integridade física do indivíduo²⁹⁹.

5.4.4 Medidas cautelares em geral

Segundo Frederico Marques, “as providências cautelares possuem caráter instrumental: são o meio e modo de garantir-se o resultado da tutela jurisdicional a ser obtida através do processo”³⁰⁰. As medidas cautelares estão

299 Sobre a reserva jurisdicional para a decretação ou convalidação de prisões cautelares em outros países, ver tópico 2.6.

300 MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed. Campinas: Millenium, 2000, p. 11, v. 4.

associadas, portanto, ao exercício da *jurisdição*, e prestam-se a preservar a utilidade do provimento judicial que se queira buscar no processo. Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco, destinam-se as medidas cautelares a “proteger o processo em sua eficácia ou na qualidade de seu produto final”³⁰¹.

A jurisdição compreende as funções de *declaração do direito ao pertinente caso concreto mediante aplicação a ele da norma geral e abstrata*, a função de *realização forçada do interesse protegido pela norma* e a função de *conservação do estado de fato e de direito existente, enquanto se espera a declaração e a realização*³⁰². É dessa terceira função que se colhe a característica da *jurisdicionalidade* das medidas cautelares.

Com efeito, a reserva jurisdicional, no caso das medidas cautelares, deflui menos de um dispositivo constitucional específico e mais da natureza e das funções do ato em si, vinculadas à efetividade do exercício do poder *jurisdicional* (constitucional) do Estado. Não à toa, as cautelares são requeridas por meio de um processo, no curso do qual serão assegurados aos litigantes a ampla defesa, com todos os meios e recursos a ela inerentes, e o contraditório, podendo ser eventualmente diferida a oportunidade para o exercício dessa garantia (contraditório *diferido*), conforme se revele necessário à eficácia da medida. O direito (poder jurídico) de obter uma dessas medidas é, por si próprio, uma forma de *ação* (ação assecuratória); corresponde, também, a um direito do Estado, assente nas necessidades gerais da tutela do direito: à parte somente assiste o poder de provocar-lhe o exercício no caso concreto³⁰³. Para todos os efeitos, destarte, as cautelares materializam-se em um processo *judicial* que antecede o (eventual) processo principal.

Não se descarta que a administração, eventualmente, pode praticar determinados atos de natureza assecuratória, sempre que haja expressa

301 DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 161, v. 1.

302 THEODORO Júnior, Humberto. **Processo cautelar**, 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2004, p. 70.

303 CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**, Campinas: Bookseller, 1998, p. 332-333, v. 1.

previsão legal, porquanto dotados de autoexecutoriedade³⁰⁴. Não é sobre esses atos que aqui se discorre, mas sobre aqueles de natureza acautelatória **jurisdicional**, necessariamente vinculados a um processo **judicial** principal³⁰⁵. Tem natureza assecuratória, por exemplo, a apreensão, pela alfândega (Receita Federal), de determinadas mercadorias, importadas em operação supostamente ilícita. No exemplo, não há nenhuma espécie de vinculação a um processo judicial, mas sim a um processo (ou procedimento) **administrativo**, dado que a apreensão da mercadoria assegura a possibilidade de aplicação da sanção **administrativa** de perdimento de bens, que independe de pronunciamento do poder judiciário, por decorrer diretamente da lei.

304 “O reconhecimento da auto-executoriedade tornou-se mais restrito, em face do art. 5º, LV, da CF, que assegura o contraditório e a ampla defesa inclusive nos procedimentos administrativos. Não obstante, **quando o interesse público correr perigo iminente**, a auto-executoriedade deve ser reconhecida. Assim, a Constituição não banuiu o *jus imperium* da Administração Pública, **nem a possibilidade cautelar do adiantamento de eficácia de medida administrativa.**” (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed.. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 160, grifo nosso).

305 Atente-se que, no que tange especificamente ao assunto abordado no presente trabalho, as medidas cautelares decretadas no curso da instrução preliminar são todas vinculadas ao processo (acusatório) principal (a ser instaurado, se for o caso). Promovido o arquivamento dos autos do procedimento investigatório ou extinto o processo principal, as medidas cautelares a estes relacionadas devem seguir o mesmo destino.

6 LIMITES CONSTITUCIONAIS AOS PODERES INVESTIGATÓRIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

6.1 O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ADMINISTRATIVA E AS CLÁUSULAS DE RESERVA JURISDICIONAL

Havendo compatibilidade entre a atividade investigatória e a atribuição de promoção da ação penal pública (art. 129, I, da CF/88), porquanto inseridas ambas dentro do escopo da *persecutio criminis* estatal (não sendo uma e outra senão momentos ou etapas desse mister – *persecutio criminis in judicio* e *persecutio criminis extra judicio*), o primeiro limite que se impõe ao Ministério Público para a condução de investigações é o da reserva legal (ou princípio da legalidade estrita, ou administrativa). Considerando a abundante e peremptória previsão legal para a condução de investigações diretas - conforme visto nos capítulos 3.5 e 3.6 - e a especificação, também em lei, de cada um dos atos investigatórios a serem praticados – conforme se verá, com maior vagar, no capítulo 7 -, não há que se negar, no Brasil, essa possibilidade.

Assentada a atribuição do Ministério Público para a realização de investigações criminais, verificou-se, no capítulo 5, que determinados atos são reservados às autoridades judiciárias. São as chamadas cláusulas de reserva jurisdicional, que impedem a prática de determinadas medidas por autoridade diversa do *juiz* – excluindo, portanto, do Ministério Público a possibilidade de praticar essas medidas diretamente. Assim, conquanto possa investigar, não pode o Ministério Público praticar determinados atos, quer tenham finalidade instrutória (informativa), quer tenham finalidade cautelar (assecuratória).

Segundo a Constituição de 1988, não pode o Ministério Público determinar buscas e apreensões domiciliares, interceptações telefônicas, prisões (ressalvada a prisão em flagrante), bem como qualquer medida cautelar, porquanto reservadas, todas elas, ao Poder Judiciário.

O princípio da reserva jurisdicional, que se extrai das cláusulas de reserva jurisdicional, constitui, destarte, um limite constitucional aos poderes investigatórios do Ministério Público, certamente o mais nítido e talvez o mais importante. Dado que insculpidas as cláusulas de reserva de jurisdição no rol de direitos e garantias fundamentais do art. 5º da CF/88, o limite abstrato ora delineado sequer por emenda constitucional poderia ser superado (art. 60, §4º, IV, da CF/88).

Como resultado desse raciocínio, põe-se que o Ministério Público, a quem são confiadas, pela Constituição e pela lei, atribuições **investigatórias**, poderá, em tese, praticar **qualquer** ato de investigação, **exceto** daqueles encerrados nas cláusulas de reserva jurisdicional.

Por não comportarem exceções e por independerem da análise do caso concreto, as cláusulas de reserva jurisdicional (ou o *princípio da reserva jurisdicional*, como preferiu o STF³⁰⁶) representam uma limitação *absoluta e abstrata* aos poderes investigatórios do Ministério Público.

Outros limites há, todavia.

6.2 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

Conforme se referiu no capítulo 3.6, o Ministério Público somente estará autorizado a investigar quando a investigação diretamente por ele realizada atender a um interesse público associado à *eficiência* da persecução penal.

306 Embora tenha sido empregada pelo Supremo Tribunal Federal nos julgamentos referidos no capítulo 6.2, é questionável, a rigor, a utilização da expressão *princípio da reserva jurisdicional* para designar o conjunto de normas constitucionais instituidoras de cláusulas de reserva jurisdicional. À luz da teoria dos direitos fundamentais de Alexy, melhor se enquadram estas normas na categoria de *regras*, porquanto se submetem ao critério da *especialidade* diante de um aparente conflito, e não a um critério de *peso* ou *ponderação*. Em se tratando as cláusulas de reserva jurisdicional de normas formal e materialmente constitucionais *especiais*, não há outras normas de hierarquia constitucional que excepcionem sua aplicação. Sem embargo, pode-se admitir o uso da expressão para empregar-lhe o significado da existência de uma vinculação do *poder constituinte derivado*, que o impede de suprimir ou reduzir o escopo de proteção das já positivadas cláusulas de reserva jurisdicional. O princípio da reserva jurisdicional afirmaria, portanto, a intangibilidade do núcleo composto pelas cláusulas de reserva jurisdicional.

O princípio da eficiência, inserido no artigo 37 da Carta Maior pela emenda constitucional n.º 19/98 e cujo inteiro conteúdo ainda espera da doutrina e da jurisprudência uma maior precisão, traduz o senso comum de obtenção de resultados positivos no desempenho das atividades da administração pública, em contraposição ao modelo burocrático e tecnocrático do Estado, que facilmente acoberta sob o manto da irresponsabilidade os equívocos, abusos e omissões praticados por seus agentes³⁰⁷. No que toca à persecução penal em sua etapa pré-processual, a *ineficiência* da atividade do Estado pode corresponder a erros, abusos e omissões cometidos tanto em detrimento do investigado, pelo desrespeito aos seus direitos fundamentais, quanto em prejuízo à sociedade, pela não obtenção dos resultados desejados da instrução preliminar (ou seja, pela inaptidão dos elementos reunidos como subsídios suficientes à atuação responsável do Ministério Público).

Já se expôs aqui que, eventualmente, investigações conduzidas por outros órgãos, notadamente pelas polícias (mas não só por estas), podem sofrer interferências externas, com grande potencial para malferir a qualidade da instrução. Quando verificar esse risco à eficiência da atividade persecutória pré-processual, deverá o Ministério Público atuar.

Por vezes, o risco à eficiência da investigação conduzida por órgãos diversos do Ministério Público é apenas parcial, ou seja, afeta somente parte dos fatos a serem apurados ou, mais especificamente, parte das pessoas investigadas. É possível que, numa investigação sobre uma grande e ramificada organização criminosa, a polícia tenha plena autonomia para investigar fatos relacionados a maioria do grupo, mas sofra alguma interferência apenas quando passe a investigar tal ou qual autoridade eventualmente envolvida. Assim, sem embargo da investigação policial, o *parquet* pode complementá-la, concomitantemente ou após encerrada aquela.

307 MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**, 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 134.

Do mesmo modo, nada impede que o Ministério Público realize investigações diretas *paralelamente* a investigações produzidas por outros órgãos. *Verbi gratia*, acompanhando e direcionando as investigações da Polícia Federal sobre determinada organização criminosa especializada em fraudes em licitações, o Ministério Público pode instaurar um procedimento investigatório focalizado no uso dos recursos ilicitamente obtidos pelos membros dessa quadrilha para fins eleitorais, como a compra de votos. Evita-se, com isso, que se percam as investigações num único foco, e se enseja, destarte, o exercício da *persecutio criminis* em relação a todo o espectro de repercussões penais dos fatos.

É fato que parte significativa dos crimes hoje praticados, que afetam de modo grave os interesses de toda a comunidade (macrocriminalidade, de vitimização difusa), demandam do Estado, mais claramente que noutras espécies de criminalidade, uma atuação concentrada e eficiente. Tendo em mira essa necessidade, pode o Ministério Público, por exemplo, inquirir diretamente algumas testemunhas e investigados, enquanto a Receita se ocupa de analisar suas movimentações bancárias e a Polícia realiza o monitoramento das comunicações telefônicas de cada um deles. É crucial para o sucesso – leia-se eficiência – dessas investigações que sejam elas produzidas de forma harmoniosa e coordenada. São os chamados grupos *força-tarefa*, do inglês *task-force*, certamente um dos melhores meios para a investigação de crimes cometidos por organizações criminosas, consoante preleciona Marcelo Batlouni Mendroni³⁰⁸:

Concebidos sob a ideologia da mútua cooperação entre os diversos órgãos de persecução detentores de atribuições variadas para a atuação na área penal, reúnem-se e passam a trabalhar em conjunto, com unidade de atuação e de esforços, com o direcionamento para a investigação, análise e iniciativa de medidas coercitivas voltadas para o desmantelamento das estruturas criminosas, utilizando-se dos mais variados instrumentos de investigação e mecanismos legais.

Trata-se de esforço concentrado, harmonioso e direcionado para o objetivo comum da luta contra a criminalidade. As Forças-Tarefas são formadas sempre em face de uma situação de crise localizada em decorrência da instalação de Organização Criminosa ou grupos

308 MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado**: aspectos gerais e mecanismos legais. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 30.

criminosos operantes que abalem sobremaneira a ordem pública local - territorial.

Todos os exemplos apresentados apenas reforçam o argumento de que as investigações criminais não devem ser atribuição *exclusiva* de nenhum órgão, seja esse órgão o Ministério Público, seja esse órgão a polícia. A não exclusividade dessa atribuição é uma das formas de concretização do princípio da eficiência.

6.3 PRINCÍPIO DA FUNDAMENTAÇÃO

O princípio da fundamentação constitui um limite à atribuição investigatória do Ministério Público, por tornar indispensável, como requisito de validade de todos os atos praticados no curso da investigação, que sejam estes respaldados em motivação legal (previsão abstrata para a prática da medida) e fática (razões de fato que a justifiquem, no caso concreto).

Para o Ministério Público, a Constituição foi explícita ao exigir a fundamentação em todas as suas manifestações processuais (art. 129, VIII).

É certo, todavia, que o princípio da fundamentação não incide apenas sobre as manifestações *processuais* do Ministério Público nem somente sobre os atos decisórios do poder judiciário (art. 93, IX, da CF/88). A fundamentação é requisito, também, de todo e qualquer ato administrativo³⁰⁹, sem a qual poderá ser declarada sua invalidade. O fundamento constitucional do dever de motivar,

309 Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, “a exigência de motivação dos atos administrativos, *contemporânea à prática do ato*, ou pelo menos anterior a ela, há de ser tida como uma regra geral, pois os agentes administrativos não são 'donos' da coisa pública, mas simples gestores de interesses de toda a coletividade, esta, sim, senhora de tais interesses, visto que, nos termos da Constituição, 'todo o poder emana do povo (...)' (art. 1º, parágrafo único). Logo, parece óbvio que, praticado o ato em um Estado onde tal preceito é assumido e que, ademais, qualifica-se como 'Estado Democrático de Direito' (art. 1º, *caput*), proclamando, ainda, ter como um de seus fundamentos a 'cidadania' (inciso II), os cidadãos e em particular o interessado no ato têm o *direito* de saber *por que* foi praticado, isto é, que fundamentos o justificam.

[...] Acresce que se os próprios julgamentos proferidos pelo Poder Judiciário devem ser fundamentados, pena de nulidade (art. 93, IX, da Constituição e Código de Processo Civil, art. 458, II), e as decisões administrativas dos Tribunais terão de ser motivadas (inciso X do citado art. 93) *a fortiori* deverão sê-lo os atos administrativos oriundos de quaisquer dos outros Poderes.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. Cit, p. 374-375).

para a administração, é implícito, dentre outros dispositivos, no art. 5º, inciso XXXV, da CF/88, que assegura a todos (no caso, do investigado ou de terceiros) o socorro do judiciário (no caso, do juiz de garantias) para evitar ou reparar uma lesão a qualquer direito. Para insurgir-se ou ter elementos de insurgência contra atos que o afetem pessoalmente, o investigado, ou qualquer administrado, tem o direito de conhecer as razões de tais atos³¹⁰.

Por serem *atos administrativos* (pré-processuais, naturalmente) a instauração do procedimento investigatório criminal pelo Ministério Público bem como todos os atos investigatórios praticados no interesse desse procedimento, para cada um deles é necessária a motivação.

Como visto no tópico 6.2, a investigação direta pelo Ministério Público há que ser respaldada no princípio da eficiência. Noutras palavras, na fundamentação do ato de instauração da investigação criminal devem ser expostas as razões, **concretamente aferidas**, pelas quais é necessária, como meio para se imprimir eficiência à persecução penal, a realização dessa investigação pelo *parquet*. Investigações diretas do Ministério Público, portanto, somente serão legítimas quando fundamentadas, concretamente, no princípio da eficiência.

É interessante notar que, no Brasil, a conjunção dos princípios da eficiência e da fundamentação torna desnecessária a previsão, em lei, de hipóteses específicas em que o Ministério Público poderia investigar diretamente; ou seja, de *quais crimes* deveriam ser apurados pelo *parquet*. *A priori*, considerando sua natureza e suas funções constitucionais, o Ministério Público é legitimado para conduzir investigações sobre *qualquer* ilícito criminal; entretanto, só deverá fazê-lo quando esse meio se revelar o mais eficiente à consecução da finalidade própria da instrução preliminar³¹¹. No processo penal brasileiro, caso houvesse lei própria enumerando os crimes passíveis de investigação pelo Ministério Público³¹², ter-se-ia um de dois problemas: 1) ou a lei seria genérica,

310 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. Cit, p. 101.

311 A finalidade da investigação criminal foi abordada no capítulo 2.2.

312 As leis n.º 10.741/03 (Estatuto do Idoso), n.º 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), n.º 7.492/86 (Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional) n.º 4.737/67

não taxativa, residindo nisso sua dispensabilidade, considerando que a atribuição investigatória já decorre de lei (LC n.º 75/93 e Lei n.º 8.625/93, que prevêem as diversas medidas investigatórias a serem adotadas pelo MP em todos os procedimentos de sua competência) e, sobretudo, da Constituição (que elege o modelo processual penal acusatório, conferindo ao MP a titularidade da persecução penal); ou 2) a lei seria específica, taxativa, e com isso fatalmente incorreria no desacerto de não prever todas as situações em que seria necessária a atuação do Ministério Público (considerando a impossibilidade do legislador prevê-las todas), desprestigiando por completo o princípio da eficiência e predestinando ao insucesso razoável número de investigações, para as quais a participação direta do *parquet* seria imprescindível³¹³.

Com efeito, é impossível ao legislador prever todas as hipóteses em que uma investigação deverá ser realizada pelo Ministério Público. A necessidade de uma investigação direta pelo *parquet* provirá de uma série de fatores, verificados no caso concreto, cuja total previsão pelo legislador é simplesmente irrealizável³¹⁴. Somente os dados da situação concreta apresentada permitirão uma decisão fundamentada quanto à necessidade de que seja uma

(Código Eleitoral) registram apenas **exemplos** de casos em que o Ministério Público, sem exclusão das demais autoridades, **pode** investigar. Nesses casos, anteviu a lei a possibilidade de que investigações conduzidas por outros entes não sejam tão eficientes quanto uma investigação pelo *parquet*, dependendo das circunstâncias do caso concreto, razão pela qual sua atuação seria indispensável.

313 Nem para as polícias, aliás, há lei prevendo quais crimes estariam legitimadas a investigar. A razão é óbvia: assim como para o Ministério Público, a atribuição investigatória das polícias decorre da Constituição (art. 144) e da Lei (arts. 4º e ss. do Código de Processo Penal).

314 No capítulo 3, expôs-se que o Ministério Público, em certos casos, poderá ter melhores condições para investigar que as polícias ou outros órgãos. Como exemplos, foram mencionados casos envolvendo altas autoridades, empresários com forte influência política e crimes cometidos por outros policiais. Ora, a rigor, nada impede que, num determinado caso concreto, a polícia, ou outros órgãos (como as CPIs, as corregedorias etc.) consigam realizar essas investigações com plena eficiência. Nesses casos, dificilmente se justificará a instauração de uma investigação criminal pelo Ministério Público, que, também respaldado no princípio da eficiência, deverá evitar a *duplicidade* de procedimentos administrativos e a mera *repetição* de diligências investigatórias. Na mesma esteira, nada impede, a princípio, que a polícia, ou outro órgão ou autoridade estatal, conduza com eficiência investigações sobre crimes cometidos contra adolescentes, crimes contra os direitos dos idosos, crimes contra o sistema financeiro nacional e crimes eleitorais (para os quais a lei previu explicitamente a atribuição investigatória do Ministério Público). Também nesses casos, não haveria sentido em que o Ministério Público instaurasse uma investigação criminal própria, se entes diversos já se mostraram capazes de realizar adequadamente a colheita prévia dos elementos de convicção necessários.

investigação, total ou parcialmente, realizada pelo Ministério Público. A fundamentação dessa decisão, por seu turno, inexoravelmente deverá aludir ao princípio da eficiência como cerne dos motivos para a instauração do procedimento investigatório ministerial.

6.4 PRINCÍPIO OU MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE

Em sede de investigação criminal, o princípio da proporcionalidade, emanção do *due process of law* (art. 5º, LIV, da CF/88), pode ser enunciado mediante uma análise tripartida, a saber³¹⁵:

a) Adequação - se a medida adotada é suscetível de atingir o objetivo escolhido (colheita ou produção de um elemento informador sobre o delito);

b) Necessidade - se essa medida escolhida, meio empregado (v.g., busca domiciliar, quebra de sigilo bancário etc.) não excede os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja (v.g., preservação da intimidade), porventura existente outra de menor lesividade (v.g., prova testemunhal, documentos constantes de registro público, a exemplo do Fisco etc.). Entre dois males, deve-se escolher o menor;

c) Proporcionalidade “*stricto sensu*” - custo-benefício, ponderação entre a medida e o resultado. “Não se abatem pardais com canhões”. Inadmissível mobilizar-se aparato probatório gravemente invasivo (v.g., busca domiciliar, interceptação telefônica etc.) à repressão de delitos que não sejam proporcionalmente graves.

Há que ter em relevo, neste passo, a teoria dos direitos fundamentais (e o conceito de princípios fundamentais) de Robert Alexy, para quem a colisão entre direitos fundamentais deve ser resolvida conforme a máxima da proporcionalidade – que, mais que um princípio, como o concebe a doutrina

315 Cf. TRES, Celso Antônio. Op. Cit, p. 106-107.

tradicional, é verdadeiro critério superior de ponderação entre princípios³¹⁶, inferido do *caráter de princípio* das normas de direito fundamental³¹⁷ a serem eventualmente submetidas a ponderação. Segundo Alexy³¹⁸,

A máxima da proporcionalidade costuma ser chamada de 'princípio da proporcionalidade'. Sem embargo, não se trata de um princípio no sentido aqui exposto. A adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito não são ponderadas frente a algo diferente. Não é que umas vezes tenham precedência e outras não. O que se pergunta, melhor, é se as máximas parciais são satisfeitas ou não, e sua não satisfação tem como conseqüência a ilegalidade. Portanto, as três máximas parciais têm que ser catalogadas como regras.

A máxima da proporcionalidade, com suas três máximas parciais (adequação – ao fim; necessidade – meio menos prejudicial; e proporcionalidade em sentido estrito – cotejo entre o meio e o fim a ser alcançado³¹⁹), perfila-se à lei fundamental de colisão proposta por Alexy, conforme a qual a solução de um conflito entre princípios deve estabelecer uma relação de *prevalência condicionada*. As condições – extraídas do caso concreto - são os pressupostos de fato para a prevalência de um (ou alguns) princípio(s) sobre outro(s).

Não havendo relações de absoluta prevalência entre princípios, a ponderação entre princípios fundamentais – que correspondem, cada um deles, a um direito ou garantia fundamental – há sempre que ter por base as peculiaridades do

316 “Rigorosamente falando, talvez a proporcionalidade não seja um princípio autônomo, mas um critério [...]. Ela não possui um conteúdo próprio e definido, que traduza um valor; trata-se, antes, de um índice que permite aplicar um técnica de solução de problemas de concorrência e conflito.” (ROTHERBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003, p. 42).

317 ALEXY, Robert. Op. Cit, p. 115.

318 ALEXY, Robert. Op. Cit, p. 112, tradução livre. Segue o texto no original: “La máxima de proporcionalidad sule ser llamada 'princípio de proporcionalidad'. Sin embargo, no se trata de un principio en el sentido aqui expuesto. La adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto no son ponderadas frente a algo diferente. No es que unas veces tengan precedencia y otras no. Lo que se pregunta más bien es si las máximas parciales son satisfechas o no, y su no satisfacción tiene como consecuencia la ilegalidad. Por lo tanto, las tres máximas parciales tienen que ser catalogadas como reglas.”

319 As máximas parciais podem ser assim sintetizadas: a) proporcionalidade em sentido estrito - considerando que princípios são *mandatos de otimização*, para qualquer ponderação entre princípios se exige atenção à proporcionalidade; b) necessidade: prevalecerá o princípio que menos prejudicar (limitar) o outro ou outros princípios em cotejo; c) adequação: somente prevalecerá um princípio se apto à consecução do fim almejado.

caso concreto. Os resultados dessas ponderações entre princípios, por certo, emergem como normas de direito fundamental **limitadas** às condições que conduziram, no caso concreto analisado, à prevalência de determinado(s) princípio(s) em relação aos demais – emergem como **regras**, destarte. Nas palavras de Alexy, “como resultado de toda ponderação jusfundamental correta, pode ser formulada uma norma de direito fundamental diretamente adscrita com caráter de regra sob a qual pode ser subsumido o caso”³²⁰.

Por sempre depender da análise do caso concreto, classifica-se o princípio da proporcionalidade, neste trabalho, como uma limitação *concreta* à atribuição investigatória do Ministério Público (para apartá-lo da limitação *abstrata* das cláusulas de reserva jurisdicional, que vedam, *a priori* – ou seja, *em qualquer hipótese* -, a prática de determinados atos).

Com esteio no princípio ou máxima da proporcionalidade, para cada medida investigatória a ser executada, há que ser posto em ponderação o interesse público que, no caso concreto, a prática da medida visa a tutelar (que, em se tratando de investigações criminais, vinculam-se aos princípios de proteção da segurança pública e de satisfação do interesse público por meio da efetivação do *jus puniendi* estatal) com os interesses do investigado (vinculados ao **sistema de garantias** – principiológico – constitucionalmente consagrado, conforme estudado no capítulo 4).

6.5 PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL

Pelo princípio do promotor natural³²¹, entende-se que somente pode *presentar*

320 ALEXY, Robert. Op. Cit, p. 98. Segue o texto no original: “... como resultado de toda ponderación iusfundamental correcta, puede formularse una norma de derecho fundamental directamente adscripta com carácter de regla bajo la cual puede ser subsumido el caso”.

321 O entendimento do Supremo Tribunal Federal é controvertido quanto ao reconhecimento, no ordenamento jurídico brasileiro, do princípio do promotor natural. A polêmica reside na compatibilidade entre o princípio do promotor natural e os princípios da unidade, indivisibilidade e independência do Ministério Público, bem como na necessidade ou não de expressa previsão legal do princípio. Confira-se, a esse respeito, os seguintes julgados: HC 67.759/RJ, HC 68.966/RJ, HC 69.599/RJ, HC 70.290/RJ, HC 71.429/SC, HC 85.424/PI, HC 83.463/RS e RE 387.974/DF. O Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, tem larga jurisprudência reconhecendo e aplicando o princípio do promotor natural: RHC

(fazer presente) a instituição um membro do Ministério Público que, para determinado caso concreto, tenha sua atribuição fixada conforme critérios previamente estabelecidos. Com base nesse princípio, é vedada a designação *casuística* (ou não norteadas pela *impessoalidade*) de membros do *parquet* para atuarem na persecução sobre certos fatos delituosos. Segundo Eugênio Pacelli, “a escolha do promotor para atuação em determinado caso penal há de ser feita segundo regras previamente estabelecidas para a distribuição de serviços naquele órgão”³²². Proíbe-se, pelo princípio do promotor natural, a designação do *promotor de exceção*.

É fácil notar que o *princípio do promotor natural* é análogo ao *princípio do juiz natural*. Assim como ninguém pode ser condenado (*sentenciado*) senão por autoridade judiciária competente (art. 5º, LIII, da CF/88), ninguém poderá ser *processado* senão por autoridade dotada de atribuição conforme regras previamente estipuladas³²³. São vedados os *juízos e tribunais de exceção* (art. 5º, XXXVII, da CF/88), assim como o são os *promotores de exceção*.

Distingue-se, entretanto, o sentido do princípio do promotor natural do princípio do juiz natural em razão da natureza e das funções do Ministério Público. Enquanto a jurisdição é *inerte*, o Ministério Público é *ativo* (ou, mais ainda, *proativo*³²⁴), sendo essa característica fundamental para o exercício de sua missão constitucional (art. 127 e 129 da CF/88)³²⁵.

14.720/MG, RHC 16.144/MA, HC 37.495/PR, RESP 632.945/RS, HC 31.740/MG, RHC 11.821/DF, HC 18.388/GO, RHC 8.513/BA, HC 8.032/PB e RHC 6.662/PR, entre outros.

322 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Op. Cit, p. 378.

323 A nosso ver, o princípio do promotor natural pode ser extraído do art. 5º, inciso LIII, do art. 127, §1º (princípio da independência funcional), e do art. 128, §5º, I, b (garantia da inamovibilidade), todos da CF/88.

324 A palavra *proatividade* é resultado a junção de *atividade* (ação, iniciativa, própria de quem é *parte* na relação jurídico-processual) com o prefixo *pro* (do latim *que se antecipa, que vem antes*). O atributo da proatividade, conceito apropriado das disciplinas da ciência da Administração, tem se revelado indispensável para o desempenho **eficiente** (art. 37, caput, da CF/88) das funções institucionais do Ministério Público.

325 Deflui-se daí a importância do princípio da *indivisibilidade* do Ministério Público, que se intersecciona ao princípio da *unidade*. A indivisibilidade permite a substituição e mesmo a atuação conjunta de (e entre) diversos órgãos do Ministério Público. Forte nesse princípio, universaliza-se a atuação do MP, estendendo-a atribuição funcional para qualquer um de seus órgãos agentes, dentro dos (prévios) critérios de distribuição operacional. O princípio da indivisibilidade possibilita, assim, que não escape da esfera de proteção do *parquet* nenhum daqueles interesses apontados pelo artigo 127 da CF/88 (ordem jurídica, regime democrático e interesses sociais e individuais indisponíveis).

O princípio do promotor natural constitui mais um limite ao exercício dos poderes investigatórios do Ministério Público, porquanto exige que a condução da instrução preliminar seja realizada por um agente com atribuição para o caso, segundo normas previamente estabelecidas. Essa atribuição depende, naturalmente, da avaliação das peculiaridades do caso concreto (como local do crime, natureza da infração penal – comum, militar, eleitoral etc. -, a qualidade do investigado – e.g., se goza ou não de foro por prerrogativa de função, outros critérios), de modo análogo ao que se deve proceder a fim de se determinar a competência do órgão jurisdicional. Por depender da análise do caso concreto, sem impedir, *a priori*, a prática de tal ou qual ato investigatório específico, classifica-se aqui o princípio do promotor natural, para os fins do presente trabalho, também como uma limitação *concreta* ao exercício dos poderes investigatórios do MP, em contraposição à limitação *abstrata* consubstanciada nas *cláusulas de reserva jurisdicional* (que impedem, em qualquer investigação realizada pelo *parquet*, a prática de determinados atos).

6.6 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA (EM RELAÇÃO ÀS NORMAS DE DIREITO PENAL E DE PROCESSO PENAL)

O princípio da legalidade, conforme abordado no capítulo 3.5, é um limite à atuação do Estado-administração. A autoridade somente pode (e deve) agir quando legalmente assim determinado. Trata-se da face oposta do princípio da legalidade voltada ao cidadão, que não será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei.

No que toca a atos investigatórios, é também a lei quem traça sua forma e seus requisitos. Ao investigar diretamente, o Ministério Público, assim como qualquer outra autoridade, deve obediência aos parâmetros dispostos em lei para a prática de cada um dos atos investigatórios em espécie, sob pena de serem estes tidos como inválidos, ademais de quaisquer sanções incidentes à autoridade responsável em virtude de algum abuso praticado.

No presente tópico, destaca-se o mesmo princípio da legalidade estrita, enfocando-o, agora, sob um outro prisma, de direito penal material e de direito processual penal (especificamente no que concerne às condições da ação e pressupostos processuais).

Não poderá o Ministério Público investigar **senão** fatos (hipoteticamente) ilícitos, tais quais previstos em lei. Não pode investigar fatos que, sequer em tese, caracterizam um ilícito penal. Tampouco pode investigar fatos em relação aos quais, embora típicos, antijurídicos e culpáveis, carece o estado de pretensão punitiva.

Afirmção acima, que à primeira vista pode parecer simplória, tem na realidade importantes conseqüências. Será ilegal e abusiva qualquer investigação (criminal) promovida pelo Ministério Público que, conforme previsão do direito objetivo penal material, não pode ser fundamento para nenhuma espécie de sanção penal. *E.g.*, prescrito o crime, ausente a lesividade (tipicidade material) ou demonstrada a menoridade de um investigado (exculpante da inimputabilidade), não há sentido em que se dê prosseguimento a uma investigação, ao menos no que interessa à atividade persecutória penal³²⁶.

Em todos esses casos, é dever do Ministério Público promover o arquivamento dos autos da investigação (seja ou não por ele diretamente conduzida) tão logo esteja demonstrada a causa que, por qualquer modo, torne insubsistente a pretensão punitiva estatal.

No que tange à legalidade (penal material), em síntese, o Ministério Público somente pode investigar **fatos puníveis**³²⁷, em relação aos quais o estado

326 Nada impediria, por outro lado, que os elementos recolhidos pelo Ministério Público instruísem a promoção de outra medida, se cabível. Por exemplo, no caso do investigado que, no curso das investigações, descobre-se ser menor de 18 anos, os elementos reunidos poderiam instruir um procedimento preparatório ou um processo civil, a ser instaurado em relação ao menor autor de ato infracional (correlato a crime), para a aplicação de uma medida sócio-educativa, nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente (lei n. 8.069/90).

327 “O conceito de fato punível é constituído pelas categorias gerais da *ação*, da *tipicidade*, da *antijuridicidade* e, em regra, a presença dessas categorias é suficiente para determinar a punibilidade respectiva; por exceção, a *punibilidade* pode depender da existência de outros

ostente uma **pretensão**.

O mesmo se pode dizer a respeito da lei processual penal. Desatende ao princípio da legalidade (além do princípio da eficiência) uma investigação por crime de ação penal pública condicionada sem que haja representação³²⁸ por parte do ofendido. A representação, nesse caso, é condição de procedibilidade para a promoção da ação penal. Será também ilegal o prosseguimento de uma investigação penal sobre ilícito fadado à prescrição *em perspectiva* ou *virtual* – ausente, nesse caso, o *interesse de agir*, exigido pela lei processual penal como condição para a propositura da ação³²⁹.

A existência ou não de pretensão punitiva estatal, fundada em normas de direito penal material, e o preenchimento ou não das condições da ação e dos pressupostos processuais, previstos pela legislação processual penal, dependem, sempre, de uma aferição voltada **ao caso concreto**. Sob esse aspecto, a legalidade penal e a legalidade processual penal também podem ser classificadas, segundo propusemos, como um limite *concreto* à investigação pelo Ministério Público.

6.7 SÍNTESE DOS LIMITES AOS PODERES INVESTIGATÓRIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Os princípios da *eficiência*, da *fundamentação*, do *promotor natural*, da *legalidade* (estritamente no que se refere ao direito processual penal e penal) e

pressupostos ou circunstâncias, conhecidos como *condições objetivas de punibilidade e fundamentos excludentes de pena*” (Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p. 271).

328 Nos crimes de ação penal de iniciativa pública condicionada, a representação é uma *delatio criminis* postulatória, ou seja, é um instrumento por meio do qual se faz uma comunicação da prática de um crime e de sua autoria, ao mesmo tempo em que se reclama a instauração da *persecutio criminis*. A representação, nesses casos, não constitui condição de *punibilidade*, dado que o poder-dever estatal de punir permanece intocado, independentemente dessa manifestação, e sim de *procedibilidade* (Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral, 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 730-731).

329 Sem descurar da controvérsia sobre a prescrição *antecipada*, *virtual* ou *em perspectiva*, menciona-se o tema apenas como um exemplo de (suposto) descompasso entre a atuação persecutória do Ministério Público investigador e a lei processual penal (e seus princípios regentes), a exacerbar os limites legalmente traçados.

da *proporcionalidade* caracterizam limites à atribuição investigatória criminal do Ministério Público. Esses princípios informam **quando** e **como** (por quais de seus órgãos agentes e em que proporção) o Ministério Público pode investigar; não dizem, contudo, **que medidas** o Ministério Público, *a priori*, **não pode praticar**.

Havendo previsão legal³³⁰ e fundamento constitucional para realizar diretamente investigações criminais, são as cláusulas de reserva jurisdicional que nos oferecem os limites aos poderes a serem exercidos pelo *parquet* na condução dessas investigações. Com apoio nessas premissas, conclui-se que **o Ministério Público pode praticar, na forma da lei, qualquer ato investigatório que não esteja albergado pelas cláusulas de reserva de jurisdição**. Ou seja, no exercício de sua atribuição investigatória, pode promover qualquer medida investigatória, **exceto** interceptações de comunicações telefônicas, buscas e apreensões domiciliares, prisões e medidas cautelares em geral.

No próximo capítulo, far-se-á um breve estudo sobre cada uma dessas medidas investigatórias e sua realização diretamente pelo Ministério Público.

330 Essa faceta do princípio da legalidade foi tratada no capítulo 3.5.

7 DAS MEDIDAS INVESTIGATÓRIAS EM ESPÉCIE E SUA COMPATIBILIDADE COM A INVESTIGAÇÃO DIRETA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

No presente capítulo, faz-se uma breve análise dos atos investigatórios a serem realizados diretamente pelo Ministério Público, destacando os dispositivos normativos pertinentes e sua compatibilidade com a função persecutória do *parquet*. Não é objeto do presente estudo uma abordagem profunda sobre cada um dos institutos enfocados, mas somente o que importe à conformação das prescrições legais aos limites constitucionais aos poderes investigatórios do Ministério Público, consoante versados no capítulo 6.

7.1 DEPOIMENTOS PESSOAIS

Segundo dispõe o art. 8º, VII, da LC n.º 75/93, o Ministério Público da União poderá expedir “notificações e intimações necessárias aos procedimentos e inquéritos que instaurar”. De forma semelhante, a Lei n.º 8.625/9, em seu art. 26, inciso I, alínea a, estabelece que o Ministério Público dos Estados, ao instaurar “inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes”, poderá, para instruí-los, “expedir notificações para colher depoimento ou esclarecimentos e, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar, ressalvadas as prerrogativas previstas em lei”. Assim, dentre as atribuições legalmente expressas, consta a possibilidade de inquirição de pessoas diretamente pelo Ministério Público, nisso estando inegavelmente abrangidas testemunhas, vítimas e investigados.

Como visto, para o Ministério Público dos Estados, no caso de ausência injustificada, há previsão expressa de condução coercitiva de qualquer pessoa, sem distinção entre investigados e testemunhas. Diversamente, para o Ministério Público da União, dispôs-se apenas sobre a possibilidade de condução coercitiva de testemunhas (art. 8º, I, da LC n.º 75/93). Embora nada

tenha sido expressamente disciplinado no que diz respeito à condução coercitiva de investigados pelo Ministério Público da União³³¹, é de se ter que tal atribuição é implícita em seu poder requisitório para a colheita de depoimentos, sem a qual se esvazia por completo a “autoridade” da ordem (notificação) expedida, que, aliás, tem indiscutível fundamento constitucional (art. 129, VI). Além disso, deve-se ter em relevo que a inquirição de um investigado pelo Ministério Público certamente interessará à apuração dos fatos e, da parte do investigado, representará uma oportunidade de apresentação de sua versão e de seus argumentos, bem como de quaisquer elementos e informações que entenda relevantes. No plano processual penal, o interrogatório é não só um meio de prova, mas também um meio de **defesa** (autodefesa ou defesa genérica). A inquirição do investigado, mais que prestigiar a efetividade da instrução preliminar a cargo do Ministério Público, prestigia os interesses do próprio investigado – a quem, ademais, deve ser sempre assegurado o direito de permanecer calado.

Nessa esteira, uma interpretação razoável do princípio do *nemo tenetur se detegere* (extraído do art. 5º, LXIII da CF/88) pode ser no sentido de que o investigado tem o direito de justificar um não comparecimento perante o Ministério Público para ser ouvido com base em seu direito ao silêncio. Assim, por se tratar de uma negativa *justificada*, não caberia sua condução coercitiva. Deveras, ainda que conduzido coercitivamente, vale reiterar, jamais pode lhe ser negado, no ato de sua inquirição, seu direito fundamental ao silêncio.

A requisição para a condução coercitiva de investigados, ofendidos e testemunhas, naturalmente, há de ser cumprida pela polícia federal (na qualidade de polícia judiciária da União), quando se tratar de investigações

331 Não se diga que, para o Ministério Público da União, não haveria previsão expressa para a colheita de depoimentos, a não ser de testemunhas. A expedição de intimações e notificações de que trata o art. 8º, VII, da LOMPU (LC 75/93) diz respeito exatamente à inquirição de pessoas; decerto não se confunde com a requisição de exames, perícias, informações e documentos, de autoridades públicas ou entidades privadas, de que já tratam os incisos II e IV do mesmo artigo. Outrossim, a colheita de depoimentos de ofendidos e investigados também se inserem no inciso V daquele artigo - realizar inspeções e **diligências investigatórias** -, expressão cujo sentido amplo certamente tem o propósito de não obstar o *parquet* na realização de qualquer medida imprescindível ao deslinde dos fatos.

criminais promovidas pelo Ministério Público da União (notadamente o Ministério Público Federal), ou pelas polícias civil e militar dos Estados, quando se cuidar de investigações realizadas pelo Ministério Público Estadual.

Aplicam-se aos investigados, testemunhas e ofendidos o regime jurídico dos artigos 185 a 225 do Código de Processo Penal, da mesma forma que se aplicam aos depoimentos pessoais colhidos em sede policial. No caso da inquirição do investigado, não existe, no procedimento investigatório do Ministério Público, à falta de previsão legal específica, a necessidade da formalização de um ato de indiciamento, nem a necessidade da assinatura de duas testemunhas, diversamente do que ocorre no interrogatório policial (art. 6º, V, do CPP).

7.2 ACAREAÇÕES E RECONHECIMENTO DE COISAS E PESSOAS

Acareações e reconhecimento de coisas e pessoas nada mais são que formas (procedimentos) especiais de colheita de *depoimentos pessoais*, estando, portanto, compreendidos na atribuição legal do *parquet* para a inquirição de pessoas, conforme visto no tópico precedente. Nas acareações, tem-se a inquirição concomitante de dois ou mais sujeitos, com a possibilidade de confrontação imediata de suas declarações; no reconhecimento de coisas e pessoas, há a inquirição de alguém sobre um objeto ou sobre uma outra pessoa que é posta a sua mostra.

As acareações e o reconhecimento de coisas e pessoas realizados no interesse de procedimentos investigatórios do Ministério Público devem seguir os mesmos parâmetros traçados nos artigos 226 a 230 do Código de Processo Penal.

7.3 REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÕES, DOCUMENTOS E PERÍCIAS

Para instruir os procedimentos investigatórios de sua competência, o Ministério Público poderá “requisitar informações, exames periciais e documentos de

autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” (art. 26, I, b, da Lei n.º 8.625/93). Com relação à requisição de informações documentos, essa atribuição do Ministério Público não se limita a entidades públicas, podendo ser dirigida, também, a particulares (art. 26, II, da Lei n.º 8.625/93). Para o Ministério Público da União, o art. 8º, em seus incisos II e IV, consigna disposições idênticas³³². Para as autoridades públicas, o não atendimento à requisição do Ministério Público de encaminhamento, no prazo por ele fixado, de uma informação ou documento, sujeita o destinatário da ordem a sanção pelo crime de desobediência³³³ ou prevaricação (conforme o enquadramento penal que se entenda adequado), além de caracterizar ato de improbidade administrativa. Para os particulares, o retardamento ou a omissão no cumprimento de uma requisição do Ministério Público caracterizará o crime de desobediência, se outro mais grave não for verificado³³⁴.

332 “Art. 8º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência:

[...]

II - requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta;

[...]

IV - requisitar informações e documentos a entidades privadas”.

Note-se que, na Lei Complementar n.º 75/93, fez-se questão de explicitar, de um modo até certo ponto redundante, que o Ministério Público tem “acesso incondicional a qualquer banco de dados de caráter público ou relativo a serviço de relevância pública”. Banco de dados de *caráter público ou relativo a serviço de relevância pública* abrange, dentre outros: os sistemas da Receita Federal e das Receitas Estaduais; das polícias; dos Tribunais, inclusive dos Tribunais Regionais Eleitorais; do INSS; dos Departamentos de Trânsito (DETRANs e DENATRAN); dos cartórios de registros públicos; das juntas comerciais; das concessionárias de telefonia e das instituições financeiras e creditícias, como operadoras de cartão de crédito e de serviços de informações de crédito (e.g., SPC e SERASA). Por óbvio, “o membro do Ministério Público será civil e criminalmente responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar” (art. 8º, §1º, da LC 75/93).

333 Cf. LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Op. Cit, p. 291-292.

334 É interessante sublinhar que, quer se trate de requisição dirigida a autoridade pública, quer a particular, no caso de não cumprimento injustificado da ordem, é sempre possível a prisão em flagrante do agente pelos crimes de desobediência (art. 330 do CP) ou prevaricação (art. 319 do CP). Considerando a pena máxima cominada para cada um desses crimes, amoldam-se ambos ao conceito de *infração de menor potencial ofensivo*. Assim, nos termos do art. 69, parágrafo único, da lei n.º 9.099/95, embora, nesses casos, seja cabível a prisão em flagrante (leia-se captura) do agente, sua manutenção (leia-se encarceramento e custódia) somente ocorrerá quando ele não for encaminhado imediatamente ao juizado especial criminal e se recuse a firmar o compromisso de a ele comparecer assim que intimado. Nesses casos, portanto, existe a prisão em flagrante; a

No que tange à realização de perícias, embora seja certo que o Ministério Público pode requisitá-las a outros órgãos públicos, a tendência é que o *parquet* seja a cada dia melhor aparelhado para que possa ele mesmo executá-las, através de um corpo próprio de *experts*, que hão de integrar os quadros da instituição mediante concurso público. No âmbito do Ministério Público Federal, as Câmaras de Coordenação e Revisão (arts. 58 e ss. da LC n.º 75/93) já contam com uma estrutura própria profissionais para a realização de perícias, em apoio a procedimentos (não somente de natureza cível) conduzidos pelos membros do MPF em todo o Brasil. A assessoria pericial das Câmaras de Coordenação e Revisão³³⁵, que merece ainda maior implementação e alocação de recursos, já vem realizando importantes trabalhos em diversas áreas, desde a contabilidade e a economia até a engenharia florestal e sanitária.

7.4 DADOS SIGILOSOS E SUA REQUISIÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

A possibilidade de obtenção de documentos e informações *sigilosas* está ineludivelmente inserida no poder requisitório do Ministério Público tratado no tópico anterior. Entretanto, em razão da polêmica que o assunto ainda inspira, optou-se por abordá-lo em tópico apartado.

Destaque-se, desde logo, que a lei é categórica ao estatuir que “nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido” (art. 8º, § 2º, da LC n.º 75/93³³⁶). Noutras palavras, nenhum documento ou informação pode deixar de ser fornecido ao Ministério Público quando requisitados, sem embargo de

lavratura do auto respectivo é que fica a depender do encaminhamento imediato do autor do fato ao Juizado ou de seu compromisso de comparecimento voluntário posterior (cf. MIRABETE, Julio Fabbrini. **Juizados especiais criminais**: comentários, jurisprudência, legislação, 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 95)

335 Sobre a estrutura e estatísticas das Câmaras de Coordenação e Revisão, confira-se o site <<http://www.pgr.mpf.gov.br/>>.

336 Com relação do Ministério Público dos Estados, a inoponibilidade do sigilo é implícita na redação do art. 26, §2º.

permanecerem eles sob sigilo, agora *compartilhado* com o *parquet*. Daí a crítica que se pode fazer ao termo “quebra” de sigilo, que dá a idéia de *destituição* ou *supressão* do caráter sigiloso da informação ou documento, sendo preferíveis as expressões “transferência”, “compartilhamento” ou “extensão” de sigilo (ou, melhor ainda, do **dever de manutenção** do sigilo) ao Ministério Público.

Na mesma esteira, é importante ressaltar que o artigo 5º, inciso X, da CF/88, que trata da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, **não estabelece uma cláusula de reserva jurisdicional**. É desse inciso que a doutrina e a jurisprudência extraem o direito ao sigilo dos dados bancários e fiscais, porquanto tais dados, ao menos potencialmente, dizem respeito, de fato, à intimidade e à vida privada do indivíduo. Ao ali se dispor sobre esses direitos fundamentais - que, obviamente, não têm caráter absoluto -, em nenhum momento se fala em reserva jurisdicional: não há rigorosamente nada naquele inciso, nenhuma palavra ao menos, que, sequer remotamente, relacione-se com a idéia de *exclusividade* do poder judiciário³³⁷. A estrutura do dispositivo, como se pode verificar de sua

337 No Brasil, ainda se questiona com veemência a possibilidade de a Receita “quebrar” diretamente o sigilo bancário do contribuinte, o que para alguns representaria uma afronta ao seu direito fundamental à intimidade e à vida privada. Foram inúmeras as obras e artigos escritos sobre o tema, especialmente após o advento da LC n.º 105/2001 e do DECRETO Nº 4.489/2002, que “Regulamenta o art. 5º da Lei Complementar nº 105 [...] no que concerne à prestação de informações à Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda, pelas instituições financeiras e as entidades a elas equiparadas, relativas às operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços”. É curioso notar que os defensores dessa idéia nunca protestaram contra o “acinte” que representa a revista a que qualquer turista se submete no hora de retornar ao país com sua bagagem. A alfândega, no exercício de suas atribuições, pode determinar a abertura das malas de qualquer pessoa a fim de verificar, dentre outros fatos, se há bens não declarados sendo introduzidos no país, exigindo, a par dessa constatação, o pagamento dos tributos incidentes. As malas, nas quais são acondicionados os mais diversos itens tão caros à intimidade de qualquer um, são abertas, claro, sem autorização judicial. O que será mais danoso (potencialmente) à **intimidade** do indivíduo: o revirar de seus itens pessoais, que podem revelar os segredos mais recônditos, ou a obtenção pela Receita de dados sobre determinada movimentação financeira, que para todos os efeitos e finalidades do órgão fazendário, não passará de um número numa tela de computador? Estamos com Sacha Calmon Navarro Coelho, para quem “Não pode a ordem jurídica de um país razoavelmente civilizado fazer do sigilo bancário um baluarte em prol da impunidade, a favorecer proxenetas, lenões, bicheiros, corruptos, contrabandistas e sonegadores de tributos. O que cumpre ser feito é uma legislação cuidadosa que permita a manutenção dos princípios da privacidade e do sigilo de dados, sem torná-los bastiões da criminalidade. De resto, reza a sabedoria popular que quem não deve não teme. A recíproca é verdadeira.” (apud ARAS, Vladimir. **Possibilidade de quebra de sigilo bancário pelo Ministério Público** - uma proposta. Disponível em:

simples e desapaixonada leitura, é absolutamente distinta dos demais dispositivos nos quais a constituição positivou as já aqui identificadas cláusulas de reserva jurisdicional (abordadas no capítulo 5), segundo a remansosa jurisprudência do STF³³⁸.

7.4.1 *Dados fiscais*

No interesse de uma investigação criminal conduzida pelo Ministério Público, poderá ele requisitar diretamente às autoridades fazendárias quaisquer informações ou documentos fiscais referentes ao fato criminoso investigado.

Documentos e informações fiscais são aqueles produzidos e colhidos por órgãos da administração tributária no exercício de suas atribuições constitucionais (arts. 145 e ss. da CF/88) e legais (Código Tributário Nacional e diversos outros diplomas normativos). A proteção ao sigilo dessas informações e documentos, eventualmente, dirá respeito à esfera da intimidade dos indivíduos, motivo pelo qual, embora não haja previsão expressa, pode ser tida como inserida no art. 5º, inciso X, da CF/88. Nada obstante, o direito fundamental ao sigilo das informações fiscais, como qualquer outro direito, não tem caráter absoluto.

Os dados e documentos fiscais são colhidos e produzidos por agentes **do Estado**. Por essa singela razão – a de que é o próprio Estado (administração fazendária) o detentor da informação – não se poderia cogitar de sigilo absoluto para outro órgão do próprio Estado (como o Ministério Público). Para o Ministério Público, a lei (LC 75/93 e lei n.º 8.625/93) é categórica ao autorizar a requisição de informações e documentos de qualquer natureza, não sendo

<http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=344>. Acesso em: 03 jun. 2006). A questão referente à possibilidade de “quebra” de sigilo bancário diretamente pela Receita ainda pende de julgamento definitivo perante o Supremo Tribunal Federal (Cf. AC 33 MC/PR, ADIs n.º 2386/DF, 2389/DF, 2390/DF, 2397/DF e 2406/DF, e informativos do STF n.º 322, 332 e 335. Disponíveis em <<http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/>>. Acesso em: 30 jun. 2006).

338 Precisamente por não estar albergada pela reserva jurisdicional é que se reconhece às CPIs a possibilidade de “quebra” dos sigilos bancário e fiscal independentemente de prévia autorização judicial.

lícito a nenhuma autoridade recusar-se a atender a requisição sob o argumento do caráter sigiloso da informação ou documento pretendido. Assim, considerando que existe previsão legal clara e específica, o verdadeiro e principal fundamento para o poder requisitório do *parquet* é o fato de que a extensão do sigilo sobre informações fiscais **não se inclui entre as cláusulas de reserva jurisdicional**³³⁹, conforme já aduzido.

É de se ter em estima que a requisição de documentos e dados fiscais pelo Ministério Público coaduna-se perfeitamente ao disposto no art. 83 da lei n.º 9.430/90³⁴⁰, que impõe à Receita o dever de informar o Ministério Público, mediante uma representação fiscal para fins penais, sobre ilícitos criminais detectados no exercício de suas atividades, remetendo ao órgão a documentação atinente.

Nesse passo, veja-se a teratologia a que uma interpretação diversa conduziria: considerando que a mera notícia sobre a possível prática de um crime já contém, em si, uma informação de natureza fiscal, caso o sigilo fiscal fosse mesmo entendido como albergado pela reserva jurisdicional, então as autoridades fazendárias não poderiam noticiar ao Ministério Público nenhum ilícito tributário, senão após obter uma autorização judicial. Noutras palavras, seria necessária uma decisão judicial para que um órgão do Estado encaminhasse a outro órgão do mesmo Estado uma simples notícia crime! O encaminhamento da *notitia criminis* ao Ministério Público, instruída, logicamente, com todos os elementos que ensejaram essa comunicação, é dever de todo e qualquer agente público, não só das autoridades fazendárias, sendo certo que omissão do administrador em fazê-lo caracteriza, no mínimo, a contravenção penal do art. 66, I, do Decreto-lei n.º 3.688/41 (omissão de

339 E não se inclui entre as cláusulas de reserva de jurisdição porque é o próprio Estado, por órgão seu, **diverso do órgão jurisdicional**, quem produz ou detém a informação. Com efeito, quanto a dados e documentos fiscais, não há que se falar em reserva de jurisdição justamente porque é o próprio Estado, por órgão alheio ao judiciário, aquele que, em primeiro plano, produz e detém a informação ou documento.

340 “Lei n.º 9.430, Art. 83. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, será encaminhada ao Ministério Público após proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente.”

comunicação de crime³⁴¹).

Se há ainda alguma resistência por parte dos órgãos fazendários quanto ao atendimento de requisições do *parquet* desse jaez, a questão, ao menos no âmbito da Receita Federal, tende a ser paulatinamente superada³⁴². Na prática, o Ministério Público Federal tem encontrado poucos óbices à obtenção de informações fiscais diretamente da Receita Federal³⁴³; da mesma forma, têm sido cada vez mais freqüentes (e contam cada vez com maior sucesso) as investigações realizadas em conjunto pelo Ministério Público e agentes da Receita Federal³⁴⁴.

Naturalmente, para que possa requisitar das autoridades fazendárias dados e documentos fiscais, é necessário que o ato do Ministério Público seja pautado pelos diversos princípios estudados no capítulo 6. Além disso, nunca é demais advertir, o membro do Ministério Público poderá ser responsabilizado civil, penal e administrativamente pelo uso indevido dos documentos ou informações obtidos.

341 Lei de contravenções penais, art. 66. “Deixar de comunicar à autoridade competente: I - crime de ação pública, de que teve conhecimento no exercício de função pública, desde que a ação penal não dependa de representação;”

342 Em que pese o entendimento manifestado pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional na Nota PGFN/CAT n.º 020/2004, no sentido de que o encaminhamento de informações fiscais ao Ministério Público dependeria de prévia autorização judicial. A Nota PGFN/CAT n.º 020/2004, elaborada em resposta a consulta da Secretaria da Receita Federal e da Procuradoria da Fazenda Nacional em São Paulo, é respaldada em precedente da 2ª Turma STF (RE 215.301/CE), que decidiu sobre a impossibilidade de quebra pelo MP de sigilo **bancário** (e não fiscal). Noutro passo, ignora-se na fundamentação da nota da PGFN que as requisições feitas pelo Ministério Público constituem uma **ordem**, e que a eventual ilegalidade desse ato não pode ser imputada ao agente fazendário, mas somente procurador da República ou promotor de justiça responsável por sua emissão. Além disso, confrontando-se os argumentos das fls. 12 e 15 da referida nota da PGFN, sua fundamentação parece confundir *reserva de jurisdição* com poderes investigatórios das CPIs (próprios das autoridades judiciárias), dando a entender que entre os poderes das CPIs estariam inclusive aqueles albergados pela cláusula de reserva jurisdicional (na qual, segundo a nota, estaria inserido o sigilo fiscal, algo que o STF jamais afirmou).

343 Mediante convênio firmado em 08.02.2002 pela Procuradoria-Geral da República e pela Secretaria da Receita Federal, os membros do Ministério Público Federal já têm acesso *on-line*, por via da rede do Serviço Federal de Processamento de Dados - SERPRO (contrato firmado em 15.08.2002), às bases de dados dos sistemas CNPJ (Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas) e CPF (Cadastro Nacional de Pessoas Físicas) do Ministério da Fazenda.

344 No capítulo 3.3 foram mencionadas algumas investigações criminais realizadas com sucesso no Estado do Espírito Santo e que contaram com a efetiva atuação da Receita Federal.

7.4.2 Dados bancários ou financeiros

Assim como os dados e documentos fiscais, as informações e documentos bancários ou financeiros não estão abrangidos pela reserva jurisdicional. Dados e documentos bancários são aqueles que dizem respeito a atos praticados por intermédio de instituições bancárias, como depósitos e movimentações em contas. Informações financeiras, que comportam um sentido mais abrangente, são todas aquelas que correspondam à economia de alguém - indivíduo, pessoa jurídica, ou mesmo um ente despersonalizado -, estando aí inseridas todas as informações relativas a transações e operações que importem na circulação de recursos, não somente promovidas por bancos, mas também por outros agentes, a exemplo das gerenciadas por administradoras de cartão de crédito, por empresas de *leasing*, de *factoring* e de financiamento³⁴⁵.

De modo semelhante às informações fiscais, as informações bancárias ou financeiras, quando importem na configuração de um ilícito penal, também devem ser imediatamente encaminhadas Ministério Público, se não diretamente pelos bancos e demais instituições, certamente por seus órgãos fiscalizadores. É nesse diapasão que a Lei Complementar n.º 105, em seu artigo 9º, estabelece que “quando, no exercício de suas atribuições, o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários verificarem a ocorrência de crime definido em lei como de ação pública, ou indícios da prática de tais crimes, informarão ao Ministério Público, juntando à comunicação os documentos necessários à apuração ou comprovação dos fatos”. No mesmo

345 Nos termos do art. 5º, § 1º, da LC 105/2001, consideram-se operações financeiras: I – depósitos à vista e a prazo, inclusive em conta de poupança; II – pagamentos efetuados em moeda corrente ou em cheques; III – emissão de ordens de crédito ou documentos assemelhados; IV – resgates em contas de depósitos à vista ou a prazo, inclusive de poupança; V – contratos de mútuo; VI – descontos de duplicatas, notas promissórias e outros títulos de crédito; VII – aquisições e vendas de títulos de renda fixa ou variável; VIII – aplicações em fundos de investimentos; IX – aquisições de moeda estrangeira; X – conversões de moeda estrangeira em moeda nacional; XI – transferências de moeda e outros valores para o exterior; XII – operações com ouro, ativo financeiro; XIII - operações com cartão de crédito; XIV - operações de arrendamento mercantil; e XV – quaisquer outras operações de natureza semelhante que venham a ser autorizadas pelo Banco Central do Brasil, Comissão de Valores Mobiliários ou outro órgão competente.

passo, a Lei Complementar n.º 105 também estabelece não constituir violação do dever de sigilo “a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa” (art. 1º, §3º, IV), deixando clara, dessa forma, a possibilidade de encaminhamento das informações e documentos diretamente ao Ministério Público, autoridade protagonista da atividade persecutória penal, independentemente de autorização judicial³⁴⁶.

No que toca à remessa de informações financeiras, **independentemente de outorga judicial**, ao Ministério Público, à Receita Federal e aos órgãos de fiscalização e controle, também podem ser citados o art. 4º, *caput* e §2º, da Lei nº 4.728/65³⁴⁷, o art. 195 da Lei n.º 5.172/66³⁴⁸ (Código Tributário Nacional), o art. 9º da Lei n.º 6.385/76³⁴⁹, os arts. 28 e 29 da Lei nº 7.492/86³⁵⁰, o art. 11, §§

346 Ainda nessa esteira, o art. 1º, § 4º, da LC 105/2001 prevê a possibilidade de que seja decretada a quebra de sigilo “quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial”. Não se exige na lei, todavia, que essa quebra seja antecedida por autorização judicial – ou seja, basta que a decretação emane de autoridade dotada de atribuição para tanto (investigatória). São diversas as outras hipóteses, traçadas na mesma lei, que impõem às instituições financeiras o dever de remeter ao BACEN e à CVM informações abrangidas pelo sigilo independentemente de outorga judicial. Nada mais razoável: é impossível conceber um órgão fiscalizador de instituições financeiras que, para o exercício rotineiro de seus misteres, precise, em cada ato de fiscalização, da chancela do judiciário.

347 “Art. 4º No exercício de suas atribuições, o Banco Central poderá examinar os livros e documentos das instituições financeiras, sociedades, empresas e pessoas referidas no artigo anterior, as quais serão obrigadas a prestar as informações e os esclarecimentos solicitados pelo Banco Central.

[...]

§ 2º Quando, no exercício das suas atribuições, o Banco Central tomar conhecimento de crime definido em lei como de ação pública, oficiará ao Ministério Público para a instalação de inquérito policial.”

348 “Art. 195. Para os efeitos da legislação tributária, não têm aplicação quaisquer disposições legais excludentes ou limitativas do direito de examinar mercadorias, livros, arquivos, documentos, papéis e efeitos comerciais ou fiscais, dos comerciantes industriais ou produtores, ou da obrigação destes de exibí-los.”

349 “Art 9º A Comissão de Valores Mobiliários, observado o disposto no § 2o do art. 15, poderá: (Redação dada pelo Decreto nº 3.995, de 31.10.2001)

I - examinar e extrair cópias de registros contábeis, livros ou documentos, inclusive programas eletrônicos e arquivos magnéticos, ópticos ou de qualquer outra natureza, bem como papéis de trabalho de auditores independentes, devendo tais documentos ser mantidos em perfeita ordem e estado de conservação pelo prazo mínimo de cinco anos: (Redação dada pelo Decreto nº 3.995, de 31.10.2001)

a) as pessoas naturais e jurídicas que integram o sistema de distribuição de valores mobiliários (Art. 15);

b) das companhias abertas e demais emissoras de valores mobiliários e, quando houver suspeita fundada de atos ilegais, das respectivas sociedades controladoras, controladas,

1º e 2º da Lei n.º 9.311/96³⁵¹ e o art. 11 da Lei 9.613/98³⁵².

coligadas e sociedades sob controle comum; (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 31.10.2001)

- c) dos fundos e sociedades de investimento;
- d) das carteiras e depósitos de valores mobiliários (Arts. 23 e 24);
- e) dos auditores independentes;
- f) dos consultores e analistas de valores mobiliários;
- g) de outras pessoas quaisquer, naturais ou jurídicas, quando da ocorrência de qualquer irregularidade a ser apurada nos termos do inciso V deste artigo, para efeito de verificação de ocorrência de atos ilegais ou práticas não eqüitativas; (Redação dada pelo Decreto nº 3.995, de 31.10.2001)

II - intimar as pessoas referidas no inciso I a prestar informações, ou esclarecimentos, sob cominação de multa, sem prejuízo da aplicação das penalidades previstas no art. 11; (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 31.10.2001)

III - requisitar informações de qualquer órgão público, autarquia ou empresa pública;

IV - determinar às companhias abertas que republiquem, com correções ou aditamentos, demonstrações financeiras, relatórios ou informações divulgadas;

V - apurar, mediante processo administrativo, atos ilegais e práticas não eqüitativas de administradores, membros do conselho fiscal e acionistas de companhias abertas, dos intermediários e dos demais participantes do mercado; (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 31.10.2001)

VI - aplicar aos autores das infrações indicadas no inciso anterior as penalidades previstas no Art. 11, sem prejuízo da responsabilidade civil ou penal.”

350 “Art. 28. Quando, no exercício de suas atribuições legais, o Banco Central do Brasil ou a Comissão de Valores Mobiliários - CVM, verificar a ocorrência de crime previsto nesta lei, disso deverá informar ao Ministério Público Federal, enviando-lhe os documentos necessários à comprovação do fato.

Parágrafo único. A conduta de que trata este artigo será observada pelo interventor, liquidante ou síndico que, no curso de intervenção, liquidação extrajudicial ou falência, verificar a ocorrência de crime de que trata esta lei.

Art. 29. O órgão do Ministério Público Federal, sempre que julgar necessário, poderá requisitar, a qualquer autoridade, informação, documento ou diligência, relativa à prova dos crimes previstos nesta lei.

Parágrafo único O sigilo dos serviços e operações financeiras não pode ser invocado como óbice ao atendimento da requisição prevista no caput deste artigo.”

351 “Art. 11. Compete à Secretaria da Receita Federal a administração da contribuição, incluídas as atividades de tributação, fiscalização e arrecadação. (Vide Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)

§ 1º No exercício das atribuições de que trata este artigo, a Secretaria da Receita Federal poderá requisitar ou proceder ao exame de documentos, livros e registros, bem como estabelecer obrigações acessórias.

§ 2º As instituições responsáveis pela retenção e pelo recolhimento da contribuição prestarão à Secretaria da Receita Federal as informações necessárias à identificação dos contribuintes e os valores globais das respectivas operações, nos termos, nas condições e nos prazos que vierem a ser estabelecidos pelo Ministro de Estado da Fazenda.”

352 “Art. 11. As pessoas referidas no art. 9º:

I - dispensarão especial atenção às operações que, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes, possam constituir-se em sérios indícios dos crimes previstos nesta Lei, ou com eles relacionar-se;

II - deverão comunicar, abstendo-se de dar aos clientes ciência de tal ato, no prazo de vinte e quatro horas, às autoridades competentes:

a) todas as transações constantes do inciso II do art. 10 que ultrapassarem limite fixado, para esse fim, pela mesma autoridade e na forma e condições por ela estabelecidas, devendo ser juntada a identificação a que se refere o inciso I do mesmo artigo; (Redação dada pela Lei nº 10.701, de 9.7.2003)

b) a proposta ou a realização de transação prevista no inciso I deste artigo.

§ 1º As autoridades competentes, nas instruções referidas no inciso I deste artigo,

Todos os referidos dispositivos, todavia, nada mais fazem que confirmar a inexistência de reserva jurisdicional para a “quebra” de sigilo bancário ou de dados financeiros, em harmonia com a disciplina já suficientemente cristalina constante da Lei Complementar n.º 75/93 e da Lei n.º 8.625/93, que conferem ao Ministério Público a atribuição para requisitar, de qualquer autoridade da administração pública ou entidade privada, informações e documentos de qualquer natureza, quando necessários à instrução dos procedimentos de sua competência.

De fato, considerando a expressa previsão das Leis Orgânicas dos Ministérios Públicos dos Estados e da União quanto ao seu poder requisitório e a inoponibilidade de sigilo às suas requisições, não há óbice, nem legal nem constitucional, à obtenção direta de informações e documentos bancários ou financeiros para a instrução de investigações criminais conduzidas diretamente pelo *parquet*.

Em que pesem tais fundamentos, o Supremo Tribunal Federal, especificamente no que toca à “quebra” de sigilo bancário, tem decidido que o Ministério Público **não** pode promovê-la sem prévia autorização judicial³⁵³ (e.g. RE 215.301/CE, 2ª Turma, julgado em 13.04.99, publicada no DJ, de 28.05.99³⁵⁴), exceção feita a requisições sobre operações que envolvam recursos públicos, como

elaborarão relação de operações que, por suas características, no que se refere às partes envolvidas, valores, forma de realização, instrumentos utilizados, ou pela falta de fundamento econômico ou legal, possam configurar a hipótese nele prevista.

§ 2º As comunicações de boa-fé, feitas na forma prevista neste artigo, não acarretarão responsabilidade civil ou administrativa.

§ 3º As pessoas para as quais não exista órgão próprio fiscalizador ou regulador farão as comunicações mencionadas neste artigo ao Conselho de Controle das Atividades Financeiras - COAF e na forma por ele estabelecida.”

353 Esse entendimento do STF, a nosso sentir, contradiz-se frontalmente, *data venia*, com a jurisprudência já consolidada pelo próprio tribunal a respeito dos poderes investigatórios da CPIs, pela qual delimitou-se o espectro de abrangência das cláusulas de reserva jurisdicional.

354 “EMENTA: - CONSTITUCIONAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. SIGILO BANCÁRIO: QUEBRA. C.F., art. 129, VIII. I. - A norma inscrita no inc. VIII, do art. 129, da C.F., não autoriza ao Ministério Público, sem a interferência da autoridade judiciária, quebrar o sigilo bancário de alguém. Se se tem presente que o sigilo bancário é espécie de direito à privacidade, que a C.F. consagra, art. 5º, X, somente autorização expressa da Constituição legitimaria o Ministério Público a promover, diretamente e sem a intervenção da autoridade judiciária, a quebra do sigilo bancário de qualquer pessoa. II. - R.E. não conhecido.”

empréstimos concedidos por instituições financeiras subsidiados pelo erário (MS 21.729/DF, julgado em 05/10/95, publicado no DJ de 19.10.2001³⁵⁵).

7.4.3 Dados cadastrais

Os dados constantes de cadastros de qualquer natureza, administrados por entes públicos e privados, podem conter informações afetas à esfera de intimidade dos indivíduos, motivo pelo qual devem ter preservado seu sigilo. Assim, embora seja dever da autoridade pública ou particular enviar ao Ministério Público qualquer informação requisitada (sob pena de cometer o administrador ou o particular, no mínimo, o crime de desobediência ou prevaricação), a natureza sigilosa da informação em nada é esmaecida, e somente pode ser utilizada para os fins próprios da investigação encetada pelo órgão agente do *parquet*³⁵⁶.

7.5 INTERCEPTAÇÃO DE COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS

355 “EMENTA: - Mandado de Segurança. Sigilo bancário. Instituição financeira executora de política creditícia e financeira do Governo Federal. Legitimidade do Ministério Público para requisitar informações e documentos destinados a instruir procedimentos administrativos de sua competência. 2. Solicitação de informações, pelo Ministério Público Federal ao Banco do Brasil S/A, sobre concessão de empréstimos, subsidiados pelo Tesouro Nacional, com base em plano de governo, a empresas do setor sucroalcooleiro. 3. Alegação do Banco impetrante de não poder informar os beneficiários dos aludidos empréstimos, por estarem protegidos pelo sigilo bancário, previsto no art. 38 da Lei nº 4.595/1964, e, ainda, ao entendimento de que dirigente do Banco do Brasil S/A não é autoridade, para efeito do art. 8º, da LC nº 75/1993. 4. O poder de investigação do Estado é dirigido a coibir atividades afrontosas à ordem jurídica e a garantia do sigilo bancário não se estende às atividades ilícitas. A ordem jurídica confere explicitamente poderes amplos de investigação ao Ministério Público - art. 129, incisos VI, VIII, da Constituição Federal, e art. 8º, incisos II e IV, e § 2º, da Lei Complementar nº 75/1993. 5. Não cabe ao Banco do Brasil negar, ao Ministério Público, informações sobre nomes de beneficiários de empréstimos concedidos pela instituição, com recursos subsidiados pelo erário federal, sob invocação do sigilo bancário, em se tratando de requisição de informações e documentos para instruir procedimento administrativo instaurado em defesa do patrimônio público. Princípio da publicidade, *ut* art. 37 da Constituição. 6. No caso concreto, os empréstimos concedidos eram verdadeiros financiamentos públicos, porquanto o Banco do Brasil os realizou na condição de executor da política creditícia e financeira do Governo Federal, que deliberou sobre sua concessão e ainda se comprometeu a proceder à equalização da taxa de juros, sob a forma de subvenção econômica ao setor produtivo, de acordo com a Lei nº 8.427/1992. 7. Mandado de segurança indeferido.” Confirma-se também: AC 415 MC/PE, decisão monocrática de 09.09.2004, Min. Cezar Peluso, publicada no DJ de 20.09.2004.

356 Sobre os dados cadastrais, que podem ser requisitados pelo Ministério Público, ver nota de rodapé do tópico 7.3.

Nos termos do art. 5º, XII, da CF/88, a interceptação de comunicações telefônicas é medida que se insere no campo da reserva jurisdicional, conforme já estudado. Não pode o Ministério Público, de fato, determinar a interceptação de comunicações telefônicas, mas apenas requerê-lo ao Juízo competente.

Regulamentando o referido dispositivo constitucional, a Lei n.º 9.296/96 estabelece que, “deferido o pedido, a autoridade policial conduzirá os procedimentos de interceptação, dando ciência ao Ministério Público, que poderá acompanhar a sua realização” (art. 6º).

Conforme reza o dispositivo transcrito, o Ministério Público, embora não possa autorizar diretamente a medida, poderá acompanhar sua realização, a ser operacionalizada pelas autoridades policiais.

Da leitura do art. 5º, XII, da CF/88 e da Lei n.º 9.296/96 emerge a seguinte questão: pode o Ministério Público requerer a interceptação de comunicações telefônicas para instruir procedimentos investigatórios próprios, ou a interceptação de comunicações telefônicas somente pode servir à instrução de inquéritos policiais?

O art. 5º, XII, da CF/88, declara a possibilidade de realização de interceptações telefônicas apenas “por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de **investigação criminal** ou **instrução processual penal**”, sem limitá-las, portanto, às investigações policiais. Embora o art. 8º da Lei n.º 9.296/96 faça referência ao inquérito policial (ao qual devem ser apensados os autos da interceptação, se no interesse deste for realizada a medida), não está entre os requisitos para a decretação da interceptação, traçados nos arts. 1º a 4º do mesmo diploma, que seja a autorização judicial necessariamente precedida pela instauração de um inquérito³⁵⁷. Além disso, como visto no capítulo 2 do presente trabalho, um procedimento investigatório do Ministério Público e um inquérito policial são procedimentos de idêntica

357 Dessa forma, o art. 8º da Lei n.º 9.296/96 deve ser interpretado de modo a determinar o apensamento dos autos da interceptação aos autos principais da *instrução pré-processual (investigação) ou do processo criminal*.

natureza, sendo característica deste último, vale ressaltar, a *dispensabilidade*. Assim, não parece haver embaraço a que seja requerida ao Juiz de garantias a permissão para a interceptação de comunicações telefônicas para subsidiar investigações realizadas diretamente pelo Ministério Público. Nesse caso, atuará a autoridade policial em cumprimento a uma diligência investigatória judicialmente autorizada, da mesma forma que é a polícia a natural destinatária de diversas requisições exaradas pelo Ministério Público.

A par dessas conclusões, nada impede, *a priori*, que possa o Ministério Público realizar **diretamente** interceptações telefônicas (judicialmente autorizadas), sem o auxílio das polícias³⁵⁸, medida que pode se revelar de fundamental importância em investigações, por exemplo, sobre ilícitos praticados por outras autoridades policiais. Essa possibilidade, entretanto, depende de uma estrutura da qual não dispõe atualmente o Ministério Público no Brasil.

7.5.1 *Dados cadastrais das operadoras de telefonia*

As empresas operadoras de telefonia móvel ou fixa são concessionárias de um serviço público. Destarte, os cadastros com informações sobre seus clientes e usuários constituem um banco de dados de caráter público (embora nem todos os dados sejam disponíveis ao público em geral)³⁵⁹, e podem ser requisitadas pelo Ministério Público para instruir procedimentos investigatórios por este instaurados. Os cadastros de empresas de telefonia podem, por exemplo, conter o endereço de uma testemunha essencial não localizada ou de um investigado foragido, em face de quem foi decretada uma prisão preventiva.

As informações cadastrais das operadoras de telefonia em nada se confundem com a “interceptação de comunicações telefônicas”, não estando abrangidas,

358 No mesmo sentido, admitindo a condução da interceptação diretamente pelo Ministério Público: STRECK, Lenio Luiz. **As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais**, Ed. Livraria do Advogado, 1997, p. 74 e ss., e ANDRADE, Fonseca Mauro. Interceptação telefônica e a investigação criminal do Ministério Público. **Revista do Ministério Público**, Rio Grande do Sul, n. 41, Porto Alegre, p. 321 e ss (apud MENDRONI. Op. Cit, p. 94).

359 Com relação a telecomunicações na modalidade pré-paga, somente com a publicação da lei n.º 10.703/2003 as empresas prestadoras de serviços passaram a ser obrigadas a manter cadastro atualizado de usuários.

portanto, pela reserva jurisdicional de que trata o artigo art. 5º, XII, da CF/88³⁶⁰.

Sobre a requisição de dados cadastrais, revejam-se os tópicos 7.3 e 7.4.3.

7.5.2 *Informações sobre ligações e mensagens efetuadas e recebidas (“conta reversa”)*

Informações sobre ligações realizadas a partir de determinado terminal telefônico, fixo ou móvel, ou sobre ligações recebidas por esse terminal, a chamada “conta reversa” (que inclui também as mensagens ou “torpedos” enviados e recebidos), podem ser de extrema valia para uma investigação criminal. A tecnologia atualmente utilizada pelas concessionárias permite o registro não só de informações relevantes para a cobrança pelos serviços prestados, mas também de outras informações que, a depender do caso concreto, podem simplesmente determinar o sucesso ou insucesso de uma investigação, justificando, por exemplo, um pedido de interceptação de comunicações telefônicas sobre os terminais pesquisados.

Para todo e qualquer efeito, tais informações, que nada dizem respeito ao **conteúdo** das comunicações telefônicas (estas, sim, abrigadas pela reserva jurisdicional), inserem-se no poder requisitório do Ministério Público, que poderá exigir das operadoras o encaminhamento de relatórios, consignando todas as chamadas e mensagens³⁶¹ recebidas e efetuadas, bem como os dados referentes a cada uma destas (terminal emissor e receptor, identificação e qualificação dos proprietários, local de origem, horário e duração da chamadas etc.).

Naturalmente, por se tratar de dados afetos à intimidade das pessoas

360 Essa distinção entre “comunicações telefônicas” e “dados cadastrais” infelizmente não tem sido tão óbvia a algumas empresas de telefonia, que, não raro, ainda oferecem certa resistência ao atendimento de requisições emanadas do Ministério Público, sob o pífio e desconexo argumento da existência reserva jurisdicional para a decretação de interceptações telefônicas.

361 Por não se tratar propriamente de interceptação de comunicações telefônicas – que exige autorização judicial -, a requisição de informações sobre **mensagens de texto** não podem incidir sobre o **conteúdo** dessas mensagens.

investigadas, nenhuma informação poderá ser divulgada nem utilizada pelo Ministério Público, senão quando interessarem ao objeto específico da investigação.

7.6 AÇÃO CONTROLADA E INFILTRAÇÃO DE AGENTES

A *ação controlada*, também nominada “flagrante retardado” ou “diferido”, “consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações” (art. 2º, II, da Lei n.º 9.034/95). Trata-se de uma medida investigatória que, a princípio, independeria de autorização judicial, porquanto não exigida pela Lei n.º 9.034/95 (que dispõe sobre os meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas).

Ocorre que a Lei n.º 10.409/2002 (nova lei de entorpecentes), ao tratar dos meios de investigação sobre os crimes ali versados e fazendo referência expressa à Lei n.º 9.034/95, consignou a possibilidade do retardamento da prisão em flagrante **apenas** mediante autorização judicial (art. 33³⁶²).

O fundamento para a inovação legislativa reside no fato de que a ação controlada constitui uma exceção ao dever da autoridade pública de efetuar

362 “Art. 33. Em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos na Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995, mediante autorização judicial, e ouvido o representante do Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios:

I – infiltração de policiais em quadrilhas, grupos, organizações ou bandos, com o objetivo de colher informações sobre operações ilícitas desenvolvidas no âmbito dessas associações;

II – a não-atuação policial sobre os portadores de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que entrem no território brasileiro, dele saiam ou nele transitem, com a finalidade de, em colaboração ou não com outros países, identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível.

Parágrafo único. Na hipótese do inciso II, a autorização será concedida, desde que:

I - sejam conhecidos o itinerário provável e a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores;

II - as autoridades competentes dos países de origem ou de trânsito ofereçam garantia contra a fuga dos suspeitos ou de extravio dos produtos, substâncias ou drogas ilícitas transportadas.”

imediatamente a prisão de quem quer que se encontre em situação flagrância (art. 301 do CPP – o chamado “flagrante compulsório” ou “obrigatório”). A decisão que autoriza o retardamento da prisão em flagrante está, ao mesmo tempo, **determinando** que a prisão seja concretizada apenas “no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações”. Cuida-se, portanto, de uma autorização que, ainda que por via oblíqua, **decide** sobre uma prisão não inserida na regra geral da prisão em flagrante (que deve ser executada imediatamente), conformando-se, deste modo, na hipótese constitucionalmente reservada ao judiciário pelo artigo 5º, LXI, da CF/88 (prisão por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente).

Assim sendo, ainda que não haja na Lei n.º 9.034/95 menção expressa a esse requisito específico, deve-se ter como indispensável a autorização judicial para a realização da “ação controlada”, em qualquer caso (e não só nas investigações sobre os crimes de que trata a Lei n.º 10.409/2002).

Com relação à infiltração de agentes, instituto de natureza investigatória correlato à ação controlada³⁶³, a Lei n.º 9.034/95 já prescreve a necessidade de autorização judicial³⁶⁴. Seja na infiltração de agentes, seja na ação

363 Segundo Marcelo Batlouni Mendroni, “parece sugestivo que ambas devam coexistir naturalmente na investigação – **ação controlada praticada por agentes infiltrados** – de forma harmoniosa para que seja viabilizada a melhor obtenção das informações necessárias ao conhecimento das atividades da organização criminosa” (MENDRONI, Marcelo Batlouni. Op. Cit, p. 63). A ação controlada sem a infiltração de agentes poderia ser chamada de “ação controlada por monitoramento” ou simplesmente “investigação monitorada”. Nesses casos, ainda segundo Marcelo Batlouni Mendroni, “o acompanhamento deve necessariamente ser realizado a distância, de forma que os integrantes da organização criminosa sequer desconfiem que estão sendo monitorados” (op. Cit, p. 69). Até a edição da Lei n.º 10.271/2001, a legislação brasileira previa apenas a “ação controlada”. Lei n.º 10.271/2001 veio para sanar o problema da dificuldade de operacionalização da ação controlada sem a figura do agente infiltrado, até então não regulada.

364 Lei n.º 9.034/95, Art. 2º: “Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas: (Redação dada pela Lei nº 10.217, de 11.4.2001)

[...]

V – infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial. (Inciso incluído pela Lei nº 10.217, de 11.4.2001)

Parágrafo único. A autorização judicial será estritamente sigilosa e permanecerá nesta condição enquanto perdurar a infiltração. (Parágrafo incluído pela Lei nº 10.217, de

controlada, o necessário acompanhamento³⁶⁵ da *execução* da medida pelo Juízo competente (após por ele mesmo autorizada) constitui uma **garantia** para a preservação da legalidade de todos os atos praticados e, logo, dos direitos fundamentais dos investigados.

Do interesse específico de nosso estudo, avulta pergunta semelhante à ventilada no tópico 7.5: a infiltração de agentes e a ação controlada podem ser (judicialmente) decretadas no curso de um procedimento investigatório do Ministério Público? Pelos mesmos fundamentos, sem dúvida que sim.

A Lei n.º 9.034/95 prevê a possibilidade da infiltração de agentes e da ação controlada “em qualquer fase de persecução criminal” (art. 2º), sem condicioná-las à prévia instauração de um inquérito policial e açambarcando, portanto, ao menos em tese, qualquer espécie de procedimento investigatório criminal. Com relação à infiltração, a própria Lei n.º 9.034/95 estabelece que poderá esta ser procedida não só por agentes *policiais*, mas também por agentes *de inteligência* (art. 2º, V). Assim, nada impede que os agentes infiltrados componham o quadro dos órgãos de inteligência do próprio Ministério Público. De regra, entretanto, são as polícias e seus agentes os entes estatais melhor capacitados e aparelhados para a consecução de tão relevantes quanto delicadas medidas investigatórias.

7.7 Captação e interceptação ambiental

Por estarem afetas à esfera da intimidade dos indivíduos, as comunicações havidas em espaços privados, assim como quaisquer atos praticados nesses espaços, são especialmente protegidos pela Lei Fundamental. Dessa forma, a invasão da esfera de privacidade alheia somente pode ocorrer em hipóteses excepcionais, quando algum motivo de ordem pública o justificar, como em investigações sobre os ilícitos cometidos por organizações criminosas (Lei n.º

11.4.2001)”

365 Esse acompanhamento da infiltração de agentes e da ação controlada não se confunde, logicamente, com a **direção** da investigação, que compete ao Ministério Público e não ao judiciário, sob pena de violação do princípio acusatório.

9.034/95³⁶⁶).

No que diz respeito a investigações criminais, a invasão da esfera privada dos indivíduos pode se dar por meio da captação ou da interceptação ambiental “de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos”, para os quais a lei exige prévia autorização judicial (art. 2º, IV, da Lei n.º 9.034/95). Nesse caso, ainda que ausente previsão constitucional explícita, os mesmos fundamentos de ordem constitucional para as interceptações de comunicações telefônicas justificam a incidência da reserva jurisdicional para as captações e interceptações ambientais (ver tópico 5.4.1).

Gize-se que a proteção constitucional circunscreve-se à *intimidade* dos indivíduos, de modo que independe de autorização judicial a captação e a interceptação de comunicações ocorridas em espaços públicos ou de acesso público³⁶⁷.

A captação e a interceptação ambiental tampouco se confundem com a gravação realizada por um dos interlocutores, que prescinde de autorização judicial e cuja licitude vem sendo reiteradamente assentada pelo Supremo Tribunal Federal³⁶⁸.

Na esteira das razões expendidas nos tópicos antecedentes, a captação e a interceptação ambiental, em espaços privados (judicialmente autorizadas) e públicos (que, conforme o entendimento aqui defendido, independem de

366 A interceptação e a captação ambiental, assim como a infiltração de agentes e a ação controlada, pode ser realizada em procedimentos investigatórios sobre “ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo” (artigo 1º da lei n.º 9.034/95, com redação dada pela lei n.º 10.217/2001).

367 Não se ignora a polêmica que o tema inspira. Sem embargo, o que essencialmente interessa ao presente estudo é o fato de que, seja ou não prescindível a autorização judicial para a captação ambiental em espaços não especialmente reservados, conforme o entendimento que se adote, a medida pode sempre ser praticada na instrução de um procedimento investigatório criminal do Ministério Público, que a requererá ao juízo competente ou, diretamente, promoverá sua execução.

368 Cf. HC 87341/PR, 1ª Turma, relator Min. Eros Grau, julgamento em 07.02.2006, publicado no DJ 03.03.2006; AI-AgR 503617/PR, 2ª Turma, relator Min. Carlos Velloso, julgamento em 01.02.2005, publicado no DJ de 04.03.2005; e RE-AgR 402035/SP, 2ª Turma, relatora Min. Ellen Gracie, julgamento em 09.12.2003, publicado no DJ de 06.02.2004.

autorização judicial), bem como a gravação realizada por um dos interlocutores, podem validamente instruir investigações criminais conduzidas diretamente pelo Ministério Público.

CONCLUSÃO

Buscou-se, no presente trabalho, identificar os fundamentos e limites constitucionalmente projetados para o exercício, pelo Ministério Público, de poderes investigatórios na persecução penal. Neste epílogo, far-se-á uma síntese dos principais argumentos e conclusões até aqui desenvolvidos.

Desde o advento dos primeiros grupos humanos socialmente organizados, a prática de ilícitos, assim entendidos como condutas violadoras de interesses essenciais das comunidades, é uma realidade inevitável, a demandar um justo sancionamento, como forma de manutenção do equilíbrio e da paz social. A evolução das sociedades tornou evidente a necessidade de que fossem estabelecidas regras para a aplicação de sanções em face de tais condutas, segundo modelos que seguiram, ao longo da história, duas matrizes processuais distintas: a acusatória e a inquisitória, às quais se acrescentou, mais recentemente, nos últimos séculos, uma terceira, de natureza mista.

O modelo ou sistema inquisitivo tem como princípio norteador a reunião, num mesmo sujeito processual, das funções de acusar, defender e julgar. Essa reunião de funções é o que define o princípio inquisitivo, em contraposição ao princípio acusatório, marcado pela separação dessas funções, com sua distribuição a sujeitos processuais distintos. São características do sistema inquisitivo o tratamento do acusado como *objeto* do processo, e não como *sujeito*, e a ausência de *partes* (no máximo interessados, aos quais não são reconhecidos direitos no processo). Marcam esse modelo os princípios da sigilosidade, da escrituração e da tarificação de provas.

No modelo acusatório, em que as funções de acusar, defender e julgar são distribuídas a sujeitos processuais distintos, verificam-se os princípios da imparcialidade do juiz, do contraditório, da ampla defesa, da igualdade entre as partes, da publicidade dos atos e da oralidade. Outros princípios que compõem esse sistema são: o da inércia da jurisdição; do devido processo legal; do estado de inocência; do juiz e do promotor natural; da verdade real (ou verdade

possível) e do *favor libertatis*.

O modelo misto, também nominado acusatório formal, fruto de uma tentativa de superação do modelo inquisitorial do medievo sem dispensar as (supostas) qualidades desse sistema (concernentes à pretensa efetividade na atividade instrutória), é caracterizado por uma fase preparatória de colheita de elementos, de índole inquisitorial e conduzida de ofício por um magistrado (fase do juizado de instrução), e por uma etapa processual propriamente dita, assinalada por formas acusatórias, na qual se outorga às partes o poder de provocação e de intervenção na formação do convencimento da autoridade jurisdicional. Subdivide-se este sistema em misto com juizado de instrução *contraditório* e *sem contraditório* (ou sistema misto clássico), conforme incida ou não o princípio do contraditório na fase de instrução preliminar.

Os modelos apresentados podem ser diferenciados com base em seu princípio norteador (princípio acusatório ou inquisitivo, consistentes estes na reunião ou separação das funções no processo), no qual se insere o sistema de gestão (ou de iniciativa) probatória.

Ao longo da história, as diversas sociedades variaram quanto à adoção do modelo inquisitivo ou do modelo acusatório. Com o declínio do Estado absolutista e do poder da Igreja, as revoluções do século XVIII abriram o caminho para a adoção de um modelo de transição, do modelo inquisitivo, então preponderantemente vigente, ao modelo acusatório. O modelo então concebido, ao qual se convencionou chamar de misto, tinha a pretensão de reunir as principais vantagens dos dois modelos. Durante os séculos XIX e XX, foram adotados nos diversos países ou o modelo misto ou o acusatório, sendo clara a tendência, no direito processual penal contemporâneo, de integral retorno ao modelo acusatório.

A razão do gradativo abandono do modelo inquisitivo e do retorno ao modelo acusatório puro é o fato de ser o modelo inquisitivo absolutamente incompatível com o Estado democrático de Direito, porquanto não prevê ao acusado o

direito de participação na elaboração da decisão estatal. Noutra plano, não menos importante, o modelo inquisitivo é incompatível com o Estado democrático de Direito ao conferir, ao mesmo órgão que produz a prova – o juiz instrutor – o poder de aferir a legalidade dessa prova (juiz investigador como *juiz de si próprio*).

Em qualquer modelo, a *persecutio criminis* constitui-se de uma fase pré-processual, à qual chamamos de instrução preliminar ou simplesmente investigação criminal, e uma fase processual. A investigação criminal pode ser conceituada como a seqüência de atos *preliminares direta ou indiretamente voltados à produção e à colheita de elementos de convicção e de outras informações relevantes acerca da autoria e da materialidade de um fato delituoso*. O emprego da expressão “elementos de convicção” no conceito proposto tem a intenção de denotar que os elementos produzidos e colhidos nessa fase não necessariamente contarão com a participação da defesa nem serão submetidos ao contraditório. Por essa razão, segundo um sistema garantista de processo penal, não podem ser validamente admitidos como *prova* (em sentido estrito).

O sentido e a razão de ser da investigação criminal não é a *demonstração da prática e um ilícito penal*, mas sim a reunião de elementos de convicção (provas em sentido amplo) que permitam ao órgão legitimado o exercício de uma *acusação responsável*, evitando, assim, a acusação *leviana* ou *temerária*. Também com base nisso, é possível a distinção entre *atos de prova* (em sentido estrito) e *atos de investigação*. Atos de prova têm por fito convencer o *juiz* quanto à verdade de uma afirmação, servindo ao processo e à sentença de mérito; devem conduzir a um juízo de certeza sobre a ocorrência ou não ocorrência de um fato; exigem a obediência aos princípios da publicidade, do contraditório e da imediação e são praticados perante o juiz que proferirá a sentença de mérito. Atos de investigação não se referem a uma afirmação, mas a uma hipótese, a ser apreciada pelo *órgão de acusação* (servem, portanto, à formação da *opinio delicti*, a fim de que seja formalizada acusação ou arquivado o caso); devem ser aptas a formar um juízo de probabilidade, e

não de certeza quanto a um fato; não pressupõem a observância aos princípios da publicidade, do contraditório e da imediação, nem necessariamente são praticados perante uma autoridade judiciária.

A investigação criminal, deste modo, tem como único destinatário o ente legitimado para a acusação - de regra, o Ministério Público.

As investigações criminais podem ser subdivididas em investigações *estatais* e *privadas*. Investigações privadas são as promovidas por particulares - pela vítima, pela imprensa ou por qualquer pessoa. As investigações estatais, como o nome já indica, são as realizadas por entes do Estado. Nestas se incluem não somente a investigação policial, mas toda e qualquer investigação conduzida por órgãos distintos da polícia (investigações estatais extrapoliciais). A diferença fulcral entre a investigação privada e a investigação estatal é que, nesta última espécie, a atividade do Estado é conduzida por *autoridades*, ou seja, por agentes públicos que, nessa qualidade, praticam *atos administrativos*. Por serem os atos de investigação (estatal) atos administrativos, seus atributos são, entre outros, a imperatividade, a exigibilidade e, eventualmente, a excoercedibilidade. Quando o particular investiga, conta ele apenas com seus esforços pessoais e com a colaboração de terceiros. Quando é o Estado a investigar, os atos por este praticados contam têm poder de *coerção* e, conforme o caso, de *coação*, como forma de consecução dos objetivos vislumbrados para cada medida investigatória intentada.

As investigações estatais podem ser classificadas em diretas e indiretas (ou incidentais), conforme sejam realizadas por órgãos constitucional e legalmente vocacionados à investigação criminal como atividade precípua (o objetivo principal da atividade é repercussão do fatos em seu aspecto penal – na investigação direta) ou por órgãos que não têm foco principal nessa finalidade específica. Exemplos de investigações diretas são as realizadas pelas polícias e pelas CPIs. Investigações incidentais ou indiretas são as investigações conduzidas por órgãos ambientais (IBAMA, IEMA), tributários (Receitas),

financeiros (COAF, BACEN), sanitários (ANVISA e órgãos estaduais de vigilância sanitária), disciplinares (corregedorias) etc. Enquanto órgãos do Estado, a todos incumbe o dever da reunião de subsídios para, se for o caso, ser promovido o justo sancionamento dos responsáveis, inclusive na seara penal.

A cada sistema processual penal corresponde ao menos um sistema de investigação específico. No sistema inquisitivo, toda a atividade de investigação preparatória e de instrução processual é confiada a um único sujeito, sequer sendo possível a distinção, nesse sistema, entre a atividade de investigação e de instrução definitiva, considerando que todos os elementos colhidos pelo juiz inquisidor são considerados *provas*. No sistema acusatório, a instrução preliminar fica a cargo de um ou de diversos órgãos, sempre distintos do órgão julgador. No modelo misto ou acusatório formal, a atividade investigatória é confiada a autoridades dotadas de poderes jurisdicionais, figurando os outros órgãos como simples coadjuvantes (auxiliares).

Entre os países que hoje adotam o modelo acusatório destacam-se a Alemanha, Portugal, Itália e Estados Unidos. Em todos eles, quando não atua o Ministério Público como verdadeiro *diretor* das investigações, orientando e conduzindo todo o trabalho das polícias, ao *parquet* é reconhecida a possibilidade de realizar investigações diretas.

Da mesma forma que nos demais ordenamentos exemplificativamente apresentados, a adoção do modelo acusatório pela Constituição Federal de 1988 é inegável. Extrai-se essa opção constitucional dos dispositivos que conferem de forma privativa a atribuição para a promoção da ação penal pública ao Ministério Público (art. 129, I), reservando ao particular a possibilidade de promover a ação penal privada subsidiária apenas no caso de inércia do *parquet* (art. LIX), não sendo reconhecida nenhuma iniciativa do judiciário nesse campo. Além destes dispositivos, patenteia-se o modelo acusatório em diversos princípios constitucionais fundamentais que lhe são próprios, como o contraditório e a ampla defesa, o juiz natural, a igualdade

entre as partes e a presunção de inocência. Embora ainda haja resquícios inquisitoriais na legislação infraconstitucional, sobretudo em diplomas anteriores ao início da vigência da Carta de 1988 (como no Código de Processo Penal), tais resquícios hão de ser expurgados do ordenamento não só pelo legislador, pela via da reforma, mas sobretudo pelos tribunais e na práxis dos demais operadores do direito.

Ao adotar o modelo acusatório, a Constituição não negligenciou dos meios para sua aplicação. Assim, previu a investigação criminal como um das principais atribuições das polícias, sem conferir-lhes, entretanto, exclusividade.

Em que pesem as vantagens da investigação policial (atuação abrangente, em todo o território nacional; [teórica] dinamicidade; menor custo), suas muitas desvantagens (sujeição a interferências dos governos e a interesses corporativos; tendência a tratamentos diferenciados aos diversos estamentos sociais e a diversas espécies de crimes; vastezas de “espaços discricionários”, com larga margem para a ilicitude; menor qualidade probatória dos elementos produzidos; tendência à “cognição exauriente”, em descompasso com as reais finalidades da instrução preliminar) apenas reforçam o argumento de que a atividade de investigação criminal não é nem pode ser *exclusiva* das polícias.

De fato, o art. 144 da Constituição Federal é cristalino ao estabelecer entre as funções das polícias a apuração de infrações penais. Nesse mesmo artigo, reservou-se à polícia federal o exercício, com exclusividade, das funções de polícia judiciária da União – ou seja, de órgão auxiliar do Poder Judiciário da União na execução dos atos de sua competência. A atividade de polícia judiciária, a despeito da comum confusão doutrinária, tem natureza completamente distinta da atividade de investigação criminal, consoante disposto na própria Constituição, que faz questão de apartar claramente as duas funções.

Ocorre que, com fundamento no princípio da legalidade estrita (ou administrativa), para que determinado ente estatal, policial ou não, possa

praticar atos de investigação, essa atribuição há de ser expressamente prevista em lei. Ademais, para que essa previsão legal seja harmônica à Constituição, há que se compatibilizar com a estrutura do Estado em que se insere o órgão ou autoridade a quem compete a atividade de investigação. Noutras palavras, para que a lei que prevê a atribuição investigatória de determinado ente seja *constitucional*, deve existir uma relação de pertinência lógica entre os fins de sua atividade própria, conforme sua posição dentro da estrutura do Estado, e os fins da investigação.

A investigação direta pelo Ministério Público atende aos dois requisitos acima apontados: 1) há lei – melhor dizendo, diversas leis (com destaque para a Lei Complementar n.º 75/93 e a Lei n.º 8.625/93) –, em sentido formal e material, prevendo a atribuição investigatória do Ministério Público; e 2) esta atribuição é plenamente compatível com as funções desempenhadas pelo órgão dentro da estrutura dos poderes do Estado em que se insere. O Ministério Público é instituição essencial à função da justiça, incumbido da defesa do regime democrático, da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 da CF/88). A persecução criminal, que abrange tanto a atividade de investigação (pré-processual) quanto a do processo penal acusatório, para o qual o Ministério Público está expressamente legitimado, insere-se, de modo insofismável, no escopo de atuação protetiva dos interesses elencados pela Constituição.

O modelo acusatório, adotado pela Constituição, nada tem de incompatível com a possibilidade de que o órgão incumbido de acusar possa também investigar. A alegação de que a afirmação de que *quem investiga não pode acusar* faz sentido se se está tratando de um sistema misto; jamais num sistema acusatório. Todos os demais argumentos elaborados por partidários do entendimento de que o Ministério Público não deveria investigar podem ser, de igual maneira, contundentemente retorquidos: a) afirmar que não há expressa previsão constitucional para a investigação pelo Ministério Público é desconsiderar o disposto no art. 127, *caput*, e nos incisos I, VI, VII, VIII e IX do art. 129 da Constituição Federal; b) a não aprovação, pelo legislador

constituente, da inclusão de uma previsão expressa acerca da realização de investigações diretas pelo Ministério Público cede frente à constatação de sua completa desnecessidade e redundância, à luz do modelo processual adotado e do disposto nos artigos acima mencionados; c) a Lei Complementar n.º 75/93 e a Lei n.º 8.625/93 não restringem a atribuição investigatória do Ministério Público a procedimentos cíveis, muito ao contrário; d) a “imparcialidade” do Ministério Público, no sentido de que deve atuar de forma *impessoal* na defesa da Constituição e das Leis (fiscal da lei), desvinculado, *a priori*, de pretensões acusatórias ou absolutórias, é plenamente compatível com sua atribuição investigatória; e) se existir, segundo alegam alguns, uma tendência, por parte do Ministério Público, para, numa investigação por ele produzida, colher apenas elementos que interessem à confirmação da tese acusatória, essa suposta tendência não será maior que a da polícia ou de qualquer outro órgão investigador; f) é a própria Constituição quem veda ao Ministério Público a seleção arbitrária de fatos a serem investigados, porquanto qualquer investigação que opte por realizar diretamente deve ser fundamentada no princípio da eficiência; g) os procedimentos investigatórios criminais do Ministério Público, instrumentos para a condução de investigações próprias, já foram devidamente regulamentados (e.g., Resolução n.º. 77 do Conselho Superior do Ministério Público Federal).

Embora existam desvantagens numa investigação conduzida pelo Ministério Público, são muitas as vantagens que, a depender do caso concreto, a justificam. Uma das principais vantagens, provavelmente a principal, reside no princípio da independência funcional de seus membros (art. 127, §1º, da CF/88), que os preserva de ingerências hierárquicas ou externas, diversamente do que ocorre com as autoridades policiais, para as quais não se prevê, nem se poderia (porquanto exercem um poder de execução material e *armado*), essa independência. A independência funcional dos membros do Ministério Público permite que se realizem de forma eficiente investigações sobre determinados fatos que, em razão dos interesses e das pessoas envolvidas, poderiam não ser da mesma forma investigados pela polícia. São exemplos as investigações sobre ilícitos envolvendo policiais, políticos, altas autoridades e

empresários com grande poder e influência sobre agentes públicos.

Outra vantagem na investigação direta do Ministério Público é revelada no fato de, por ser ele o natural destinatário dos elementos a serem reunidos, poderá dirigir sua atividade à promoção de medidas que efetivamente importem aos fins peculiares da instrução preliminar, que se associam à formação de seu convencimento quanto à obrigatoriedade da propositura da ação penal ou o arquivamento do procedimento respectivo. Por essa razão, essa espécie de investigação tende a ser mais célere e econômica.

Após a demonstração do reconhecimento constitucional e legal da atribuição investigatória do Ministério Público, ocupamo-nos de um breve estudo sobre o garantismo de Luigi Ferrajoli.

A teoria do garantismo, que não há de confundir-se com meros legalismo ou formalismo, propõe um novo modelo penal e processual penal, assentado num discurso racional que reclama do Direito sua legitimação interna (compatibilidade lógica com suas normas fundantes) e externa (compatibilidade com os verdadeiros fins a que se presta: de proteção dos direitos fundamentais). O direito e o processo penal devem assegurar ao indivíduo que não se lhe aplicará nenhuma sanção *a não ser que* incida em um ilícito penal, conforme legalmente previsto, após certificada sua *culpa* e delimitada a pena correspondente ao cabo de um processo regular. E os princípios que norteiam o processo penal devem assegurar ao indivíduo que, em qualquer hipótese, a investigação de uma conduta por ele supostamente praticada e o processo a ser eventualmente instaurado serão conduzidos com absoluto respeito a seus direitos fundamentais.

O garantismo de Ferrajoli alicerça-se em axiomas e princípios fundamentais, frutos de um processo de maturação histórica que os conduziu a um reconhecimento, entre as democracias atuais, como elementares e indissociáveis do próprio Estado de Direito, sendo, por isso, positivados, em maior ou menor grau, em todas as Constituições hodiernas. Destarte, o

problema não reside mais no reconhecimento (formal) dos princípios e direitos fundamentais, mas sim em sua plena efetivação.

A Constituição brasileira declarou diversos direitos e garantias fundamentais, tendo sido minuciosa e prolífica ao inventariar aqueles que se aplicam ao investigado e ao acusado num processo penal – a que correspondem os princípios fundamentais do sistema garantista ideal identificados por Ferrajoli. No que diz respeito especificamente à investigação criminal, o meio para assegurar a efetividade dos direitos fundamentais do investigado, a par dessa positivação constitucional, passa, necessariamente, pela consolidação de um modelo processual penal plenamente acusatório, no qual sejam claramente circunscritas as atribuições de cada sujeito e as formas de controle de sua legalidade. O primado do Estado Democrático de Direito não avaliza que se atribua máxima efetividade à investigação criminal se essa efetividade ocorre em detrimento dos direitos e garantias fundamentais do investigado.

Reconhecidos os direitos fundamentais incidentes sobre a investigação criminal, é necessário identificar os sujeitos responsáveis pelo exercício e pelo controle dessa atividade.

A investigação é uma atividade tipicamente acusatória. Assim, em um modelo regido pelo princípio acusatório, a participação do juiz na fase de instrução preliminar é e deve ser bastante limitada, sob pena ofensa a sua imparcialidade. Por isso, é correto afirmar que o juiz deve distanciar-se dessa atividade – o que não quer significar que não tenha o juiz poderes a exercer nessa fase, nem que não tenha nenhum espaço para atuação.

Dentro do modelo processual penal brasileiro, o magistrado não tem nenhuma iniciativa *investigatória*; sem embargo, deve agir, quando solicitada a autorização para a prática de algum ato que o ordenamento lhe reservou competência exclusiva (reserva jurisdicional), e até mesmo de ofício, para corrigir alguma ilegalidade praticada pelas autoridades investigantes. O afastamento do juiz da atividade investigatória é, portanto, um meio para a

preservação de sua imparcialidade e para o exercício de sua real função nessa etapa - de garantidor de sua legalidade.

Com efeito, num Estado Democrático de Direito, não há sentido em que o mesmo órgão que considere necessário um ato de instrução, colhendo e produzindo a prova (*lato sensu*), seja o mesmo órgão responsável por valorar sua legalidade. Não se confiar ao juiz iniciativa probatória tem como conseqüência o reconhecimento de que seu verdadeiro papel, assim robustecido, é a proteção dos direitos fundamentais do investigado.

O controle judicial sobre a legalidade da investigação pode ser prévio, mediante a aferição da possibilidade da prática de um ato investigatório antes de sua realização, nos casos em que lhe é reservada essa competência, ou posterior, por via da declaração, se for o caso, da invalidade da medida já praticada e de sua imprestabilidade para os fins da investigação.

A identificação dos limites da função desempenhada pelo juiz na investigação criminal permite a identificação dos limites, ao menos em parte, dos poderes investigatórios do Ministério Público. Os limites à atuação do juiz na investigação são dados pela própria Constituição Federal, que explicita, inequivocamente, quais atos são de competência exclusiva do poder judiciário. Trata-se das nominadas cláusulas de reserva jurisdicional, que, segundo a doutrina, estabelecem um monopólio do judiciário para o proferimento não só da *última* palavra, mas da *primeira e última* palavra sobre determinados atos. Depois de intensos debates e de alguma indefinição sobre o tema, notadamente em julgamentos referentes aos poderes investigatórios das comissões parlamentares de inquérito, o Supremo Tribunal Federal, em novembro de 2000, pacificou a questão referente ao reconhecimento da existência e à amplitude das cláusulas de reserva jurisdicional no ordenamento brasileiro.

Conforme prevê a Constituição, encontram-se sob o manto das cláusulas de reserva jurisdicional a busca e apreensão domiciliar (art. 5º, XI), a

interceptação de comunicações telefônicas (art. 5º, XII), as prisões (art. 5º, LXI) e as as medidas cautelares em geral – art. 5º, incisos XXXV, LIII, LIV e LV. Essas, e apenas essas, são as competências reservadas às autoridades judiciárias em sede de investigação criminal.

Essas medidas abrangidas pelas cláusulas de reserva jurisdicional *de interesse da instrução preliminar* podem ser subdivididas em medidas de natureza *estritamente investigatória*, voltadas diretamente à colheita e à produção de elementos de convicção, e medidas *cautelares propriamente ditas*, que têm escopo direto não na colheita e produção de elementos de convicção, mas na proteção do resultado útil do processo, da investigação que o anteceda ou na segurança da sociedade.

Há um fundamento próprio para cada cláusula de reserva jurisdicional prevista pela Constituição. Esses fundamentos vinculam-se aos valores constitucionais, que são albergados pela reserva jurisdicional justamente para que se lhes assegure maior proteção.

A reserva jurisdicional para a interceptação de comunicações telefônicas vincula-se ao direito fundamental à intimidade e à vida privada e justifica-se na volatilidade da comunicação e na impossibilidade de colheita posterior dos elementos de convicção. Assim, a afetação do direito à intimidade por meio de uma interceptação telefônica somente pode ser procedida pelo controle prévio da legalidade da medida. O direito fundamental à inviolabilidade domiciliar, que também se associa ao direito à intimidade e à vida privada, admite a entrada no domicílio alheio sem o consentimento do morador apenas para efetuar uma prisão em flagrante, em caso de desastre ou para prestar socorro. Ressalvadas essas hipóteses, a entrada no domicílio alheio somente pode se dar com base em prévia autorização judicial, e, mesmo assim, somente durante o dia. A reserva jurisdicional para a decretação de prisões, por sua vez, é uma garantia para a liberdade de ir e vir do indivíduo e representa uma das maiores conquistas do Estado Democrático de Direito. Seja para as prisões decorrentes de sentença condenatória irrecorrível (prisões definitivas) seja para as prisões

provisórias em geral (de natureza processual penal provisória ou cautelar, ressalvada a prisão em flagrante), a Constituição foi explícita ao exigir prévia decisão judicial, como instrumento máxima efetividade e de garantia do direito fundamental à liberdade ambulatorial.

A jurisdição compreende, além da *declaração* e *execução* do direito aplicável, a função de *conservação do estado de fato e de direito existente*, a fim de se garantir a eficácia do resultado da tutela jurisdicional a ser obtida por meio do processo. Assim, além da *entrada em domicílio*, da *interceptação telefônica* e das *prisões*, as *medidas cautelares em geral* também são açambarcadas pela reserva jurisdicional, como decorrência da natureza e das funções do ato em si, vinculadas à efetividade do exercício do poder *jurisdicional* (constitucional) do Estado.

Por haver plena compatibilidade entre a atividade investigatória e suas funções constitucionais, das quais desponta a atribuição privativa para a promoção da ação penal pública (art. 129, I, da CF/88), o primeiro limite que se impõe ao Ministério Público para a condução de investigações é o da reserva legal (ou princípio da legalidade estrita, ou administrativa), que como visto, é plenamente atendido, especialmente pela Lei Complementar n.º 75/93 e pela Lei n.º 8.625/93.

Ocorre que determinadas medidas investigatórias não podem ser realizadas diretamente pelo Ministério Público em nenhuma hipótese. Essas medidas são justamente aquelas cingidas pelas cláusulas de reserva jurisdicional. A reserva jurisdicional, destarte, constitui, em si, uma limitação *abstrata* às investigações do Ministério Público. Embora seja lícito ao *parquet* investigar, nunca poderá o órgão determinar buscas e apreensões domiciliares, prisões, interceptações de comunicações telefônicas e medidas cautelares em geral.

Entretanto, para que o Ministério Público possa executar diretamente determinada medida investigatória, não basta que esteja essa medida fora do escopo da reserva jurisdicional. É necessário, para cada ato investigatório a ser

praticado, o respeito a outros limites, que se identificam com princípios constitucionais há muito declarados pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras. Assim, além desses dois limites – dos princípios da legalidade administrativa e da reserva jurisdicional -, a atribuição investigatória do Ministério Público se submete a outros princípios, que sempre se relacionam, diversamente daqueles dois primeiros, ao fato concreto a ser investigado: o princípio da eficiência, o princípio da fundamentação, o princípio da proporcionalidade, o princípio do promotor natural e o princípio da legalidade estrita (no que concerne especificamente às normas de direito penal e de processo penal).

Com base no princípio da eficiência, o Ministério Público deverá proceder a investigações diretas quando verificar a possibilidade de que investigações realizadas por outros entes não tenham os resultados positivos esperados (no que toca à qualidade dos elementos informadores coletados e produzidos) ou sejam conduzidas sem o rigoroso respeito aos direitos fundamentais do investigado e de terceiros.

Pelo princípio da fundamentação, para o exercício da atribuição investigatória do Ministério Público é indispensável, como requisito de validade de todos os atos praticados, que sejam estes respaldados em motivação legal e fática concretamente aferida. As razões para a realização de investigações diretas pelo Ministério Público devem corresponder fielmente à necessidade de eficiência da atividade persecutória estatal.

O princípio (ou máxima) da proporcionalidade exige que, para a prática de qualquer ato investigatório, sejam observados três fatores: se há adequação da medida ao fim almejado, ou seja, se o objetivo vislumbrado pode ser efetivamente realizado com a prática da medida escolhida; se o meio empregado é o estritamente necessário, ou, noutras palavras, se ato a ser praticado é o menos prejudicial ao investigado e aos interesses a serem afetados; e proporcionalidade em sentido estrito, aferida do cotejo entre a gravidade da medida investigatória e a gravidade do fato investigado.

O princípio do promotor natural, que consigna a proibição ao *promotor de exceção*, veda a designação casuística de órgãos agentes do Ministério Público para a investigação de tais ou quais casos. O princípio do promotor natural pode ser extraído não só do art. 5º, inciso LIII, da Constituição Federal, mas sobretudo dos arts. 127, §1º (princípio da independência funcional) e 128, §5º, I, b (garantia da inamovibilidade).

Por seu turno, o princípio da legalidade estrita, em relação às normas de direito penal e de processo penal, somente permitem que o Ministério Público promova investigações quando se cuidar de fatos puníveis e para os quais possam ser atendidos as condições e os pressupostos processuais de admissibilidade de uma acusação.

Analisando as medidas investigatórias em espécie, tem-se que ao Ministério Público é conferida a autorização para, nos procedimentos de sua competência: a) ouvir investigados, vítimas e testemunhas, inclusive determinando sua condução coercitiva no caso de não comparecimento injustificado; b) promover a acareação e o reconhecimento de coisas ou pessoas; c) requisitar a realização de perícias, ou realizá-las diretamente, por meio de um corpo próprio de profissionais; d) requisitar, a qualquer ente público ou privado, informações e documentos de qualquer natureza, inclusive informações e documentos fiscais, bancários ou financeiros, independentemente de autorização judicial, não sendo lícito aos destinatários da requisição recusar o cumprimento da ordem sob o argumento do eventual caráter sigiloso dos dados; e) requisitar dados constantes de cadastros de qualquer natureza, administrados por entes públicos ou privados; f) promover a interceptação de comunicações telefônicas, requerendo ao juízo competente a autorização para a implementação da medida, que pode ser executada não apenas pela polícia, mas também pelo próprio Ministério Público, diretamente; g) requisitar, das empresas de telefonia, dados cadastrais e informações sobre chamadas e mensagens efetuadas e recebidas; h) promover, na forma da lei, o retardamento da prisão em flagrante (ação controlada) e a infiltração de

agentes policiais ou de inteligência, mediante prévia autorização judicial; i) promover, também nas hipóteses legalmente previstas, a captação e a interceptação ambiental.

Para a prática de cada uma dessas medidas investigatórias, deve o órgão agente do Ministério Público, como visto, atentar para os princípios da eficiência, da fundamentação, da proporcionalidade, do promotor natural e da legalidade estrita, enquanto limites *concretos* a sua atuação (por exigirem o exame das peculiaridades do caso concreto), sem o que incorrerá o responsável em ilegalidade ou abuso, que deve ser prontamente corrigido pelo juiz de garantias da investigação.

Sintetizando em apertadas linhas as conclusões e propostas do presente estudo, pode-se asseverar que, em vista da positivação, em sede constitucional, dos diversos direitos fundamentais incidentes sobre a atividade persecutória penal estatal, a questão que se erige aos estudiosos e aos operadores corresponde não mais ao simples reconhecimento da existência desses direitos, mas a sua plena efetivação. Para tal mister, é indispensável que seja consolidado o verdadeiro papel do Judiciário na investigação criminal e identificados os sujeitos responsáveis pela realização dessa atividade. Dentre esses sujeitos, destaca-se o Ministério Público, cuja atuação na persecução criminal certamente comporta a possibilidade de realização de investigações diretas, que se fundamentam na própria Constituição e em diversos dispositivos legais específicos. Os poderes investigatórios do Ministério Público, entretanto, não sendo absolutos, têm nas cláusulas de reserva jurisdicional seu limite abstrato. Dessa forma, respeitados os princípios da legalidade, da eficiência, da fundamentação, da proporcionalidade e do promotor natural, o Ministério Público, ao promover diretamente investigações criminais, pode realizar todas as medidas necessárias à apuração dos fatos, à exceção de interceptações de comunicações telefônicas, buscas e apreensões domiciliares, prisões e medidas cautelares em geral.

REFERÊNCIAS

ABADE, Denise Neves. **Garantias do processo penal acusatório**: o novo papel do Ministério Público no processo penal de partes. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. 276 p.

ALEMANHA. Código de Processo Penal (*strafprozeßordnung*). Disponível em: <<http://www.unifr.ch/derechopenal/legislacion/de/StPODE.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2006.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madri: Ciento de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002. 607 p.

ALMADA, Roberto José Ferreira de. **A garantia processual da publicidade**. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2005. 159 p.

ALMEIDA, Gevan. **Modernos movimentos de política criminal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 552 p.

ARAS, Vladimir. **Possibilidade de quebra de sigilo bancário pelo Ministério Público** - uma proposta. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=344>. Acesso em: 03 jun. 2006.

AZEVEDO, Luiz Carlos. Sistemas processuais penais: acusatório, inquisitivo, misto; origens, distorções, atualidades. **Revista do Advogado**. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, ano XXIV, n.º 78, set./2004.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. 477 p.

BARANDIER, Antônio Carlos. **Parecer** aprovado em 22/09/2004 pelo Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/30179,1>>. Acesso em 18 mar. 2006.

BARBOSA, Manoel Messias. **Inquérito policial**: doutrina, prática, jurisprudência. 4. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Editora Método, 2004.

224 p.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. 427 p.

_____. Comissões parlamentares de inquérito. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, jul., ago. e set./1996.

BASTOS, Celso. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 2. 620 p.

BASTOS, Marcelo Lessa. **Investigação criminal: o papel do Ministério Público**. Artigos da Faculdade de Direito de Campos. Disponível em: <<http://www.fdc.br/artigos/ic.htm>>. Acesso em: 10 mai. 2006.

_____. **A investigação criminal nos crimes de ação penal de iniciativa pública: papel do Ministério Público**. Uma abordagem à luz do sistema garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 201 p.

BRASIL. **A constituição na visão dos tribunais: interpretação e julgados artigo por artigo**. - Brasília: Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Gabinete de Revista; São Paulo: Saraiva, 1997, 1650 p.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 jun. 2006.

_____. Código Eleitoral (Lei n.º 4.737, de 15 de julho de 1965). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4737compilado.htm>. Acesso em: 30 jun. 2006.

_____. Código de Processo Penal (Decreto-lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941). Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 30 jun. 2006.

_____. Código Penal (Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940). Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 30 jun. 2006.

_____. Código Tributário Nacional (Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966). Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm>. Acesso em: 30 jun. 2006.

_____. Decreto Federal n.º 50.532, de 03 de maio de 1961. Dispõe sobre o funcionamento das empresas de que trata a Lei número 3.099, de 24 de fevereiro de 1957. Disponível em: <<http://br.geocities.com/detectivelacerda/regulamentacao.htm>>. Acesso em: 30 jun. 2006.

_____. Decreto-lei n.º 3.240, de 8 de maio de 1941. Sujeita a seqüestro os bens de pessoas indiciadas por crimes de que resulta prejuízo para a fazenda pública, e outros. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=25087>>. Acesso em: 30 jun. 2006.

_____. Decreto-lei n.º 3.688, de 3 de outubro 1941 (Lei das Contravenções Penais). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm>. Acesso em: 30 jun. 2006.

_____. Decreto-lei n.º 7.661, de 21 de junho de 1945 (Lei de Falências - Revogada pela Lei nº 11.101, de 2005). Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del7661.htm>. Acesso em: 30 jun. 2006.

_____. Lei Complementar n.º 35, de 14 de março de 1979. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp35.htm>. Acesso em: 30 jun. 2006.

_____. Lei Complementar n.º 75, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a

organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp75.htm>. Acesso em: 30 jun. 2006.

_____. Lei Complementar n.º 105, de 10 de janeiro de 2001. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp105.htm>. Acesso em: 30 jun. 2006.

_____. Lei n.º 3.099, de 24 de fevereiro de 1957. Determina as condições para o funcionamento de estabelecimento de informações reservadas ou confidenciais, comerciais ou particulares. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=111490>>. Acesso em: 30 jun. 2006.

_____. Lei n.º 4.728, de 14 de julho de 1965. Disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4728.htm>. Acesso em: 30 jun. 2006.

_____. Lei n.º 6.385, de 7 de dezembro de 1976. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6385.htm>. Acesso em: 30 jun. 2006.

_____. Lei n.º 7.492, de 16 de junho de 1986. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7492.htm>. Acesso em: 30 jun. 2006.

_____. Lei n.º 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre prisão temporária. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7960.htm>. Acesso em: 30 jun. 2006.

_____. Lei n.º 8.038, de 28 de maio de 1990. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8038.htm>. Acesso em: 30 jun. 2006.

_____. Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 30 jun. 2006.

_____. Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112.htm>. Acesso em: 30 jun. 2006.

_____. Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8137.htm>. Acesso em: 30 jun. 2006.

_____. Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm>. Acesso em: 30 jun. 2006.

_____. Lei n.º 8.625, de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8625.htm>. Acesso em: 30 jun. 2006.

_____. Lei n.º 9.034, de 3 de maio de 1995. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9034.htm>. Acesso em: 30 jun. 2006.

_____. Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm>. Acesso em: 30 jun. 2006.

_____. Lei n.º 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9296.htm>. Acesso em: 30 jun. 2006.

_____. Lei n.º 9.311, de 24 de outubro de 1996. Institui a Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - CPMF, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9311compilada.htm>. Acesso em: 30 jun. 2006.

_____. Lei n.º 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9430compilada.htm>. Acesso em: 30 jun. 2006.

_____. Lei n.º 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9613.htm>. Acesso em: 30 jun. 2006.

_____. Lei n.º 10.409, de 11 de janeiro de 2002. Dispõe sobre a prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde, e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10409.htm>. Acesso em: 30 jun. 2006.

_____. Lei n.º 10.703, de 18 de julho de 2003. Dispõe sobre o cadastramento de usuários de telefones celulares pré-pagos e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.703.htm>. Acesso em: 30 jun. 2006.

_____. Lei n.º 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 30 jun. 2006.

_____. Lei n.º 10.772, de 21 de novembro de 2003. Dispõe sobre a criação de 183 (cento e oitenta e três) Varas Federais destinadas precipuamente à interiorização da Justiça Federal de Primeiro Grau e à implantação dos Juizados Especiais no País e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.772.htm>. Acesso em: 30 jun. 2006.

_____. Lei n.º 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em: 30 jun. 2006.

_____. Ministério da Educação. Banco de teses e dissertações da Coordenação de Aperfeiçoamento Pessoal em Ensino Superior - CAPES. Disponível em: <http://www.capes.gov.br/capes/portal/conteudo/10/Banco_Teses.htm>.

Acesso em: 17 jun. 2006.

_____. Ministério Público do Trabalho. Nota oficial da Procuradoria-Geral do Trabalho sobre o assassinato, em 28.01.2004, de três auditores do Ministério do Trabalho que apuravam as condições de trabalho, remuneração e acomodação de pessoas arregimentadas por fazendeiros da região de Unaí, interior de Minas Gerais. Disponível em <<http://www.pgt.mpt.gov.br/noticias/2004/01/n011.html>>. Acesso em: 12 mai. 2006.

_____. Ministério Público Federal. Denúncia apresentada ao Supremo Tribunal Federal em 30 de março de 2006 pelo Procurador-Geral da República Antônio Fernando de Souza referente ao caso conhecido como “escândalo do mensalão”. Disponível em: <<http://www.pgr.mpf.gov.br/pgr/asscom/mensalao.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2006.

_____. Ministério Público Federal. Resolução n.º 77, de 14 de setembro de 2004, do Conselho Superior do Ministério Público Federal. Regulamenta o artigo 8º da Lei Complementar n.º 75, de 20 de maio de 1993, disciplinando, no âmbito do Ministério Público Federal, a instauração e tramitação do Procedimento Investigatório Criminal. Disponível em: <<http://www.prr5.mpf.gov.br/mpf-csmpf-res077-2004.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2006.

_____. Secretaria da Receita Federal. Parecer. Relator: LEAL, Aylton Dutra (Chefe da Assessoria Especial da Secretaria da Receita Federal). Sigilo bancário e a administração tributária federal. **Coletânea de estudos, informações e análises da equipe técnica da SRF**. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/historico/esttributarios/direitotributario/administracao_sigilo.htm>. Acesso em: 10 mai. 2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Revista Eletrônica de Jurisprudência e pesquisa de jurisprudência (inteiro teor)**. Disponíveis em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaeletronica/Pesquisa_Revista_Eletronica.asp> e

<http://www.stj.gov.br/SCON/>. Acesso em: jan. a jun./2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa de jurisprudência (ementas e inteiro teor) e Informativos do STF.** Disponíveis em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/jurisp.asp>, http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/it/in_processo.asp e <http://www.stf.gov.br/noticias/informativos/>. Acesso em: jan. a jun./2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Últimas Notícias. “STF suspende julgamento de denúncia contra deputado Remi Trinta por fraude contra o SUS”. Publicada em: 15 out. 2003. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=68773&tip=UN>. Acesso em: 18 mar. 2006.

BONATO, Gilson. **Devido processo legal e garantias processuais penais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 208 p.

BULOS, Uadi Lamego. **Comissões parlamentares de inquérito: técnica e prática.** São Paulo: Saraiva, 2001, 340 p.

CÂMARA, Guilherme Costa. **A investigação criminal pelo Ministério Público e o problema das “cifras negras”.** Disponível em: <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/cifras.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2006.

CANARIS, Claus – Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito.** 3. ed. Lisboa: Fundação Caloute Gulbenkian, 2002. 311 p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. 1522 p.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 13. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2006. 735 p.

CARNELUTTI, Francesco. **Direito processual penal**. Campinas: Péritas Editora, 2001, v. 2. 490 p.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e (em face da) constituição**: princípios constitucionais do processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 290 p.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 290 p.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 1998, v. 1. 512 p.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. 364 p.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Sobre a Competência Investigatória do Ministério Público. **Revista Dialética de Direito Processual**. São Paulo: Editora Dialética, n.º 24, mar./2005.

CERQUEIRA, Átilo Antônio. **Direito penal garantista & a nova criminalidade**. Curitiba: Juruá Editora, 2002. 184 p.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. 314 p.

_____. **Ainda sobre as reformas pontuais do código de processo penal**. Disponível em: http://www.direitosfundamentais.com.br/downloads/colaborador_ainda_sobre.doc. Acesso em 11 abr. 2006.

COMPARATO. Fábio Konder. Comissão parlamentar de inquérito (Pareceres). **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, n.º 10, 1995.

_____. **A afirmação histórica dos direitos humanos.** São Paulo: Saraiva, 2004, 577p.

CONSTITUIÇÕES do Brasil (de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e suas alterações). Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1986. 594 p.

DELMAS-MARTY, Mireile (org.). **Processos penais da Europa.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. 758 p.

_____. **Processo penal e direitos do homem.** Barueri, SP: Manole, 2004. 272 p.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** 2. ed.. São Paulo: Malheiros, 2003, v. 1. 708 p.

DUCLERC, Elmir. **Prova penal e garantismo:** uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 178 p.

FELDENS, Luciano. **A constituição penal:** a dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. 223 p.

_____. **Tutela penal dos interesses difusos e crimes do colarinho branco:** por uma relegitimação da atuação do Ministério Público: uma investigação à luz dos valores constitucionais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. 272 p.

FERRARI, Eduardo Reale. **Código de processo penal:** comentários aos projetos de reforma legislativa. Campinas: Millenium, 2003. 269 p.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 768 p.

_____. **A teoria do garantismo e seus reflexos no direito e no processo penal.** Entrevistador: Fauzi Hassan Choukr. Em Roma, Itália, 14 dez. 1997. **Boletim IBCCRIM.** São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, n.º 77, ano 7, abr./1999.

FONTELES, Cláudio Lemos. Investigação preliminar: significado e implicações. **Revista da AJUFE.** Brasília: Associação dos Juízes Federais, ano 19, n.º 65, 2001.

FONTES Jr., João Bosco de Araújo. **Liberdades fundamentais e segurança pública:** do direito à imagem ao direito à intimidade: a garantia constitucional do efetivo estado de inocência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 278 p.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. Investigação criminal pelo Ministério Público: discussão dos principais argumentos em contrário. **Boletim dos procuradores da república.** Brasília: Associação Nacional dos Procuradores da República, n.º 69, jan./2006.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder.** 18. ed.. Rio de Janeiro: Graal, 2003. 296 p.

FURTADO, Valtan. 15 razões para o Ministério Público investigar infrações penais. **Boletim IBCCRIM.** São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, v.12, n.139, jun./2004.

_____. 15 Razões para o MP investigar. **Revista consultor jurídico,** de 25 mai. 2004, publicação eletrônica. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/24192,1>>. Acesso em: 16 mai. 2006.

GOMES, Luiz Flávio e CERVINI, Raul. **Interceptação telefônica:** lei 9.296, de 24.07.96. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. 278 p.

GOMES, Luiz Flávio. **Os poderes das CPIs.** Artigo publicado no jornal Correio Braziliense em 17 mai. 1999, coluna Direito e Justiça. Disponível em: http://www.infojus.com.br/webnews/noticia.php?id_noticia=1194&>. Acesso em: 17 jun.

2006.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Poderes de investigação das Comissões Parlamentares de Inquérito**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001. 200 p.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. 327 p.

GRINOVER, Ada Pelegrini. **A instrução processual penal em ibero-américa. O processo em evolução**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. 510 p.

_____. Investigações pelo Ministério Público. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, v. 12, n. 145, dez./2004.

_____. Influência do código de processo penal modelo para ibero américa na legislação latino-americana: convergências e dissonâncias com os sistemas italiano e brasileiro. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 1, jan. a mar./1993

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance, e GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades do processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. 388 p.

HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales em la ley fundamental de Bonn**. Madri: Editorial Dykinson, 2003. 240 p.

HENDLER, Edmundo S. (director). **Sistemas procesales comparados**. Buenos Aires: AD-HOC, 1999. 540 p.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal** (atualizado por Heleno Cláudio Fragoso). 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, v. 1, t. 2. 533 p.

ITÁLIA. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.camerapenale-bologna.org/codice_procedura_penale/codice_di_procedura_penale_index.htm>. Acesso em: 30 jun. 2006.

JARDIM, Afrânio Silva. **Ação penal pública**: princípio da obrigatoriedade. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 159 p.

KAC, Marcos. **O Ministério Público na investigação penal preliminar**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2004. 232 p.

LAGO, Cristiano Álvares Valadares do. Sistemas Processuais Penais. **Jurisprudência Mineira**. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça de Minas Gerais, n.º 149, jul. a set. /1999.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**, 3. ed.. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. 727 p.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Ministério Público do Trabalho**: doutrina, jurisprudência e prática. 3. ed. São Paulo: Ltr, 2006, 574 p.

LIMA, Marcellus Polastri. **Curso de processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, v. 2. 342 p.

_____. **O Ministério Público e persecução criminal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. 341 p.

LOPES Jr., Aury. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 298 p.

_____. **Sistemas de investigação preliminar no processo**

penal. 3. ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. 384 p.

MAIA, Alexandre da. O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli: notas preliminares. **Revista de Informação Legislativa**, ano 37, n.º 145, jan. a mar./2000.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Campinas: LZN Editora, 2003. 713 p.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed. Campinas: Millenium, 2000, v. 1. 520 p.

_____. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed. Campinas: Millenium, 2000, v. 4. 532 p.

MARSHALL, John. **Decisões Constitucionais de Marshall**, Traduzidas por Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. 432 p.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime Jurídico do Ministério Público**. 5. ed. rev. ampl. e atual.. São Paulo: Saraiva, 2001, 800 p.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. 798 p.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. 1032 p.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Curso de investigação criminal**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. 344 p.

_____. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. 192 p.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo:

Atlas, 2006. 818 p.

_____. **Juizados especiais criminais:** comentários, jurisprudência, legislação. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002. 546 p.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, t. 4. 563 p.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 19, ed. São Paulo: Atlas, 2006. 948 p.

_____. **Direitos humanos fundamentais:** teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da república Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. 320 p.

_____. **Limitações constitucionais às comissões parlamentares de inquérito.** Texto publicado na Revista Travelnet Jurídica em 06 jul. 2000. Disponível em: <http://www.juridica.com.br/Apres_Artigo.asp?CodArtigo=114>. Acesso em: 05 jun 2006.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública,** 2. ed.. São Paulo: Dialética, 2004, 240 p.

NORONHA, Magalhães, **Curso de Processo Penal,** São Paulo: Saraiva, 1999, 654 p.

NOVO DICIONÁRIO ELETRÔNICO AURÉLIO, versão 5.0, Positivo Informática Ltda., 2004.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. 991 p.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal.** 5. ed. rev. e ampl..

Belo Horizonte, Del Rey, 2005. 768 p.

PAES, José Eduardo Sabo. **O Ministério Público na construção do Estado Democrático de Direito**. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. 376 p.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa. Disponível em: <<http://www.cidadevirtual.pt/asjp/leis/crp.html>>. Acesso em: 30 jun. 2006.

_____. Código de Processo Penal (Decreto-Lei n.º 78/87, atualizado até o Decreto-Lei n.º 324, de 27 de dezembro de 2003). Disponível em: <http://www.verbojuridico.net/download/cpp_2004.zip>. Acesso em: 30 jun. 2006.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. 274 p.

_____. **A interceptação das comunicações telefônicas e o sigilo constitucional de dados operados em sistemas informáticos e telemáticos**. Disponível em: <http://www.direitosfundamentais.com.br/html/artigo_ant_interceptacao.asp>. Acesso em: 10 mai. 2006.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo**. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. 150 p.

RAMÍREZ, Sergio García. Panorama sobre los sistemas de enjuiciamiento penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n.º 50, set./out. 2004.

RANGEL, Paulo. **Investigação criminal direta pelo Ministério Público: visão crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 274 p.

_____. Breves considerações sobre a Lei 9296/96 (interceptação

telefônica). **Jus Navigandi**, Teresina, a. 4, n. 41, mai. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=195>>. Acesso em: 13 abr. 2006.

REVISTA Trimestral de Jurisprudência: Supremo Tribunal Federal, Serviço de Divulgação, out. 1997. v. 162. 400 p.

RIBEIRO, Diaulas Costa. A prerrogativa constitucional do Ministério Público para exercer o controle externo da atividade policial. **Revista Jurídica Consulex**, ano VIII, n.º 184, 15 set. 2004.

ROCHA, Luis Carlos. **Manual do delegado de polícia**: procedimentos policiais. Bauru/SP: Edipro, 2002. 494 p.

ROTHERBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2003. 96 p.

SANGUINÉ, Odone. **Notas sobre a investigação criminal pelo Ministério Público no direito comparado**. Publicação da Associação Nacional de Justiça Terapêutica. Disponível em: <<http://www.anjt.org.br/index.php?id=99&n=92>>. Acesso em: 04 mai. 2006.

SANTIN, Valter Foletto. **O Ministério Público na investigação criminal**. São Paulo: Edipro, 2001. 320 p.

SANTOS, Célio Jacinto. **Respeito às regras**. Artigo publicado no site Consultor Jurídico. Disponível em <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/24199,1>>. Acesso em: 12 mai. 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002, p. 370.

SÃO PAULO, Brasil. Ministério Público do Estado de São Paulo. Ato normativo n.º 168/98-PGJ-CGMP, de 21 de dezembro de 1998. Aprova o "Manual de

Atuação Funcional dos Promotores de Justiça do Estado de São Paulo". Procurador-Geral de Justiça e Corregedor-Geral do Ministério Público do Estado de São Paulo. Disponível em: <http://www.esmp.sp.gov.br/estagiarios/material_apoio/manual_atuacao_func.doc>. Acesso em: 30 jun. 2006.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. As razões do direito penal segundo o modelo garantista. **Revista da AJURIS** (Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul), ano XXVI, n.º 75, set./1999.

SCHOLZ, Leônidas Ribeiro. Sistemas processuais penais e processo penal brasileiro. **Revista do Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, jun./1999, v. 764.

SEABRA, Silvia Cives. Sistemas processuais. **Revista do Ministério Público**. Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n.º 15, jan. a jun./2002.

SOUZA, Percival de. **Narcoditadura**: o caso Tim Lopes, crime organizado e jornalismo investigativo no Brasil. São Paulo: Labortexto Editorial, 2002. 272 p.

STRECK, Lenio Luiz; FELDENS, Luciano. **Crime e Constituição**: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 122 p.

TASSE, Adel El. **Investigação preparatória**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2001. 141 p.

THEODORO Júnior, Humberto. **Processo cautelar**. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2004. 596 p.

TRES, Celso Antônio. **Teoria geral do delito pelo colarinho branco**. Curitiba: Imprensa Oficial, 2006. 256 p. Também disponível em:

<<http://www.crimesdocolarinhobranco.adv.br/livro/livro.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2006.

TORNAGHI, Hélio. **Instituições de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 1. 481 p.

TOURINHO Filho, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. 916 p.

TUCCI, Rogério Lauria. **Ministério Público e investigação criminal**. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2004. 166 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, e PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. 847 p.