

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Curso de Especialização em Processo Penal

**O SIGILO DA INVESTIGAÇÃO E O PRINCÍPIO DA
PUBLICIDADE**

THELMA REGINA BRAGA DAMASCENO

Fortaleza-Ceará
2003

THELMA REGINA BRAGA DAMASCENO

**O SIGILO DA INVESTIGAÇÃO E O PRINCÍPIO DA
PUBLICIDADE**

Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Processo Penal, da Escola Superior do Ministério Público, como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista, sob a orientação da Professora Mestre Maria Magnólia Barbosa da Silva.

**Fortaleza-Ceará
2003**

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Curso de Especialização em Processo Penal

O SIGILO DA INVESTIGAÇÃO E O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

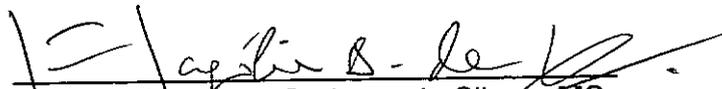
Monografia submetida à apreciação, como parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Especialista em Processo Penal, concedido pela Universidade Federal do Ceará/Escola Superior do Ministério Público.

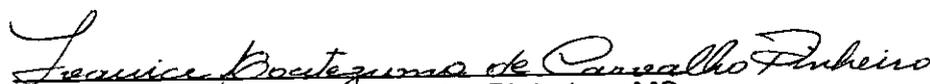
AUTORA: Thelma Regina Braga Damasceno

Monografia aprovada em 30 de julho de 2003

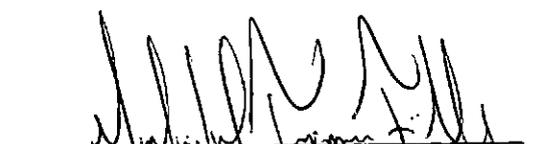
Nota 10,0 (dez) / 

BANCA EXAMINADORA:


Maria Magnólia Barbosa da Silva - MS
Orientadora


Ivanice Montézuma de Carvalho Pinheiro - MS
1º Examinador


Machidovel Trigueiro de Oliveira Filho - MS
2º Examinador


Machidovel Trigueiro de O. Filho - MS
Coordenador do Curso


Maria Magnólia Barbosa da Silva - MS
Diretora da EMP

*Não aguardes do mundo a segurança
que tão somente poderá ser construída
por ti mesmo, dentro de ti.*

Emmanuel.

À minha mãe, Cleonice e à minha filha,
Chelsea, pelo estímulo e empenho no
sentido de minha realização profissional e
pessoal,

dedico.

Agradeço a Deus, pelas oportunidades de crescimento que me tem concedido;

à Dra Maria Magnólia Barbosa da Silva, minha orientadora e Diretora da EMP, pelo apoio e disponibilidade para o desenvolvimento deste trabalho;

ao Professor Machidovel Trigueiro Filho, grande incentivador no sentido da ampliação de meus conhecimentos na área do Direito;

à professora Ivanice Montezuma, pela revisão final deste trabalho.

SUMÁRIO

RESUMO.....	8
INTRODUÇÃO.....	9
1 O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE ANTE O SIGILO DAS INVESTIGAÇÕES CRIMINAIS.....	11
1.1. O Princípio da Publicidade, regendo os agentes públicos.....	11
1.2. A investigação criminal, como atividade administrativa. O contraditório na fase do inquérito policial.....	13
1.3. A publicidade (ampla) das investigações e a imagem do investigado.....	15
1.3.1. Vedar, incondicionalmente, a publicidade dos atos investigatórios? Haveria segurança para a sociedade? Não seria um reforço para os casos de corrupção, engavetamento, destruição de evidências, pela autoridade corrupta?.....	17
1.3.2. A necessidade de instituição de um procedimento formal (inquérito) para que se possa proceder a qualquer ato investigatório, como condição de manter a publicidade desses atos. Ou permitir, em regra, o acesso a tais informações?.....	18
1.3.3. A necessidade de instituição de regime disciplinar rígido, com punições severas para eventuais abusos, que levem a constrangimentos do investigado?.....	25
1.4. O sigilo das investigações no interesse do investigado e da vítima.....	31
1.4.1. Dispositivos Constitucionais.....	32
1.4.2. Os casos de medidas investigatórias com reserva de jurisdição.....	35
1.4.3. Os dados sigilosos contidos no inquérito (sigilo bancário, fiscal).....	38
1.5. O sigilo das investigações no interesse da coletividade, como condição para a própria eficácia. Questão: Assegurar ao investigado o direito de constituir advogado e acompanhar <i>pari passu</i> o desenrolar do inquérito é, em muitos casos, enfraquecer de sobremaneira a eficácia da persecução? Tal garantia vai de encontro aos interesses da sociedade?.....	40
1.6. A possibilidade de oposição de sigilo até mesmo ao próprio investigado.....	42
1.7. O juiz na investigação criminal.....	44
1.8. O Ministério Público nas investigações criminais.....	46
1.8.1. O sistema atual e o distanciamento do Ministério Público.....	46
1.8.2. Possibilidade Jurídica da Investigação Criminal por parte do Ministério Público.....	48
1.8.3. Vantagens e desvantagens da maior participação do Ministério Público nas investigações criminais.....	50
1.8.4. Mecanismos e instrumentos de atuação do Ministério Público na fase preliminar.....	50
1.9. Crime Organizado.....	53
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	55
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	58

RESUMO

DAMASCENO, Thelma Regina Braga. *O sigilo da investigação e o princípio da publicidade*. Universidade Federal do Ceará/ Escola Superior do Ministério Público. Fortaleza. – CE, julho de 2003. Professora Orientadora Maria Magnólia Barbosa da Silva - MS (Diretora da Escola Superior do Ministério Público-EMP). Coordenador do Curso de Especialização em Processo Penal: Machidovel Trigueiro de Oliveira Filho – MS.

O trabalho aqui apresentado resultou de uma reflexão acerca do princípio da publicidade ante o sigilo das investigações criminais, procurando fazer um confronto entre a publicidade que se deve dar aos atos administrativos e o sigilo que se impõe, em benefício da sociedade, da vítima e até mesmo do próprio indiciado. A metodologia utilizada se limitou a uma descrição do assunto, à luz da legislação vigente, da jurisprudência e da doutrina expressa por estudiosos do direito, dentre os quais podemos citar Carnelutti (1957), Fernandes (2002), Garcia (2002), Lavorenti (2000), Mazzilli (1998), Mirabete (1999), Santin (2001), Silva (1996) e Tourinho Filho (2000). Ao final do estudo, concluiu-se que o sigilo das investigações criminais, no tocante à criminalidade organizada, configura-se como uma medida imprescindível à garantia da eficácia da colheita de provas suficientes para embasar a persecução criminal em juízo, incumbindo ao Ministério Público e ao Poder Judiciário o controle sobre a legalidade dos atos praticados, coibindo eventuais abusos de poder e vilipêndios aos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.

INTRODUÇÃO.

Investigação Criminal é a atividade destinada a apurar as infrações penais, com a identificação da autoria, documentação da materialidade e esclarecimento dos motivos, circunstâncias, causas e conseqüências do delito, para proporcionar elementos probatórios necessários à formação da *opinio delicti* do Ministério Público e embasamento da ação penal. Representa a primeira fase da persecução penal estatal; a ação penal corresponde à segunda fase de referida persecução.

Os elementos colhidos na investigação criminal devem ser documentados, para análise pelo Ministério Público, na formação da *opinio delicti*, a fim de que acompanhem a denúncia ou queixa-crime, para apreciação inicial do juiz, no ato de recebimento da acusação e iniciação da ação penal, se presente justa causa para tanto.

Em face do aumento da criminalidade, mormente no que tange ao crime organizado e suas novas formas de organização, o aperfeiçoamento dos métodos de combate ao crime torna-se uma necessidade imperiosa constante.

A formalização da investigação policial é feita por meio de inquérito policial, observando-se as normas do Código de Processo Penal e demais legislação vigente, dentro dos limites assinalados pela Constituição Federal.

Ressalte-se, por oportuno, que a investigação e o inquérito policial não se confundem. Enquanto aquela é uma pesquisa sobre pessoas, objetos e fatos, o inquérito policial é a formalização da investigação policial, uma atividade estatal de persecução criminal, de caráter informativo, destinada a preparar a ação penal.

A investigação possibilita a obtenção de elementos que darão uma exata visão de conjunto dos fatos, nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas, constituindo uma das funções da Polícia de Segurança, tendo por objetivo apurar uma infração penal e sua autoria.

O presente trabalho destina-se a uma análise reflexiva sobre a problemática do princípio da publicidade ante o sigilo das investigações criminais, uma dicotomia presente no dia-a-dia de muitos operadores do direito, os quais se deparam com o confronto entre a publicidade que se deve dar aos atos administrativos e o sigilo que, por vezes, se deve impor em benefício da sociedade, da vítima e até mesmo do próprio indiciado.

O tema em apreço ganha relevo diante da realidade que se instaurou com o aumento crescente do crime organizado, o qual constitui verdadeira ameaça ao Estado de Direito e à paz social, fazendo-se mister a união do Ministério Público e da Polícia no combate efetivo à criminalidade transfronteiriça.

Tal estudo, todavia, jamais poderia se descuidar da necessidade de se assegurar os direitos fundamentais do indivíduo, mormente a dignidade da pessoa humana e as facetas dela decorrentes, garantias expressas no texto de nossa Carta Política, resultando na necessidade de se sopesar tais princípios, a fim de que as liberdades individuais não representem instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.

É nesse contexto que o Ministério Público surge como defensor da sociedade em juízo, ora desempenhando papel fiscalizador do cumprimento dos direitos constitucionalmente assegurados, ora exercendo o controle da investigação policial, incumbência decorrente da privatividade do exercício da ação penal.

CAPÍTULO I

O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE ANTE O SIGILO DAS INVESTIGAÇÕES CRIMINAIS

1.1 O Princípio da Publicidade, regendo os agentes públicos

A atuação administrativa é marcada pela publicidade, um dos princípios básicos da Administração Pública (art. 37, *caput*, CF), constituindo direito fundamental do cidadão receber dos órgãos públicos as informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral, no prazo legal, sob pena de responsabilidade (art. 5º, XXXIII, CF). Dentro desse ponto de vista, a publicidade dos atos e informações públicos é a regra geral. O sigilo das informações e dos atos administrativos é a exceção, aplicável quando *imprescindível à segurança da sociedade e do Estado* (art. 5º, XXXIII, CF).

Consoante assevera Fernandes (2002: 62),

... a inserção da garantia na Constituição teve o condão de alterar situações em que a regra era o julgamento em sigilo, como sucedia, por exemplo, nos julgamentos militares, os quais, depois, passaram a ser feitos com maior publicidade, assegurando-se a participação das partes.¹

Dessa forma, o inquérito policial e outros procedimentos investigativos são públicos, com acesso de todos aos atos e informes. Entretanto, o acesso amplo poderá ser restringido para a preservação da segurança da sociedade e do Estado, tomando a investigação criminal o caráter sigiloso. A lei processual prevê o sigilo quando necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade (art. 20, *caput*, CPP). O sigilo também é possível para a preservação da intimidade, vida

¹ FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 2. ed., São Paulo: RT: 62.

privada, honra e imagem das pessoas (art. 5º, X, CF).

A autoridade investigante para manter o procedimento investigatório em sigilo deverá decidir a respeito, justificando os motivos para a restrição do princípio da publicidade, baseando-se em hipótese que caracterize a ameaça à segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII, CF). A decisão administrativa que decretar sigilo poderá ser questionada judicialmente, por meio de mandado de segurança e, até mesmo, por *habeas corpus*, dependendo das conseqüências decorrentes da falta de acesso às informações e a sua repercussão no âmbito da liberdade de ir e vir do cidadão.

O sigilo poderá ser oposto ao suspeito ou indiciado, porque o conhecimento do teor do procedimento e do andamento das investigações criminais poderá inviabilizar a descoberta da autoria e da materialidade do delito, hipótese de ameaça à segurança do Estado e da sociedade, com interesse na apuração do fato e no julgamento do crime.

No tocante ao Ministério Público, destinatário das investigações criminais, ressalte-se que o órgão do *parquet*

... não poderá ter a atuação restringida pelo sigilo, porque representante do Estado e da sociedade para a completa persecução criminal, por deter a privatividade da ação penal (art. 129, I, CF). É implícito o poder de inexigibilidade de sigilo em relação ao Ministério Público, detentor do mecanismo constitucional de informações e documentos para instrução de procedimentos administrativos (art. 129, VI, CF).²

² SANTIN, Valter Foletto, *O Ministério Público na Investigação Criminal*. 1. ed., São Paulo: Edirpo, 2001: 154-155.

1.2 A investigação criminal, como atividade administrativa. O contraditório na fase do inquérito policial. Questão: realmente a Constituição Federal garantiu ao investigado o direito ao acompanhamento da atividade inquisitorial?

A natureza jurídica de procedimento administrativo inquisitório restringe, em princípio, o exercício dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Nessa etapa, não há processo, apenas um procedimento administrativo investigatório. Ainda não vige a obrigatoriedade de submissão aos princípios constitucionais previstos no art. 5º, LV, da Constituição Federal, garantias dos acusados nos processos judiciais e administrativos.

As dúvidas sobre a participação da defesa nas investigações criminais preliminares, os limites adequados e o exercício do contraditório e da ampla defesa são marcantes e ainda não pacificados na doutrina, com posições divergentes de eminentes juristas.

Em contrapartida, a jurisprudência é pacífica e segura em relação à inexigência do contraditório e ampla defesa no inquérito policial e outros procedimentos investigatórios estatais.

O E. STF tem esboçado o seguinte entendimento:

*a investigação policial – que tem no inquérito o instrumento de sua concretização – não se processa, em função de sua própria natureza, sob o crivo do contraditório, eis que é somente em juízo que se torna plenamente exigível o dever estatal de observância ao postulado da bilateralidade e da instrução criminal contraditória.*³

Entretanto, se porventura o indiciado estiver preso em flagrante ou por prisão temporária ou preventiva, é aceitável a assunção da condição de litigante ou

³ RECR 136.239/SP, Rel. Celso de Mello, DJ 14.8.1992, p. 12.227, Ementário, vol. 1.670-02, p. 391, RTJ vol. 143-01, p. 306.

acusado – numa acepção ampla, porque processualmente ainda não seria acusado, mas sim indiciado – com a possibilidade de início do exercício do contraditório e ampla defesa, no mínimo em relação às medidas restritivas do seu direito de liberdade.

Note-se que, com a remessa do auto de prisão em flagrante pela autoridade que formalizou o ato restritivo da liberdade ao juiz competente, comunicando-lhe a prisão, há uma processualização, por uma judicialização anômala (ainda não há o exercício do direito de ação), obrigando o juiz a analisar a situação da prisão e detecção da sua regularidade formal e legalidade, permitindo o relaxamento da prisão ilegal ou concessão de liberdade provisória, de ofício ou a pedido da defesa ou do próprio Ministério Público, em atendimento às garantias constitucionais (art. 5º, LXII, LXV e LXVI, CF).

Da mesma forma, no pedido de decretação de prisão temporária ou preventiva ocorre a formação de processo judicial, de natureza cautelar, por submissão da restrição do direito de liberdade ao crivo judicial. O preso e a defesa podem insurgir-se para a sua revogação, seja por pedidos ao próprio Juízo ou recursos ao Tribunal, inclusive pelo remédio heróico do *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII, CF). Há inegável exercício do contraditório e da ampla defesa, sendo possível requerimento e produção de provas adequadas aos processos respectivos.

Nas ações cautelares de produção antecipada de provas, o processo é judicial, sendo exercidas todas as garantias constitucionais e processuais, especialmente, o contraditório e ampla defesa. Assim também, nas medidas cautelares limitativas da liberdade ou dos bens (prisão cautelar, arresto, seqüestro).

Faz-se mister analisar as conseqüências da falta de contraditório, a qual pode provocar a fragilização dos elementos colhidos para a formação do convencimento do juiz. O seu aproveitamento será reduzido e insuficiente para embasar a acusação, dependendo de provas colhida em juízo.

Em contrapartida à falta de exercício do contraditório no inquérito policial, o E. STF reconhece a ausência de justa causa para condenação fundada exclusivamente em inquérito, por força do princípio constitucional do contraditório.

1.3 A publicidade (ampla) das investigações e a imagem do investigado

A imprensa e os meios de comunicação, rotineiramente, elaboram matérias jornalísticas contendo informações sobre crimes, muitas vezes, ainda desconhecidos das autoridades públicas.

Evidentemente, a imprensa (em sentido amplo) não é órgão público encarregado de trabalho investigatório. A função jornalística é um trabalho destinado à sociedade e deve ser considerado e aproveitado pelo Estado para a melhoria da persecução penal.

Quais são os limites, a importância e a possibilidade de aceitação das reportagens e matérias jornalísticas, radiofônicas e televisivas, para fins de desencadeamento da ação penal?

A importância do 'jornalismo investigativo' é grande, tendo em vista que ele provoca o aumento das atenções da sociedade sobre os fatos e os seus desdobramentos, com o conseqüente crescimento do interesse das autoridades públicas no sentido de esclarecerem e apurarem os fatos, para verificação das infrações civis e penais, especialmente quando os fatos envolvam servidores públicos e agentes políticos, para as sanções políticas, administrativas, civis e criminais. A expressão jornalismo investigativo traduz todas as atividades dos meios de comunicação (jornal, revista, rádio e televisão).

A vantagem da cobertura jornalística e do trabalho investigativo da imprensa é o estímulo à colaboração popular, que se sente convidada a participar, surgindo inegavelmente outros fatos semelhantes.

Por outro lado, é visível que a imprensa (sentido amplo) às vezes exagera no seu trabalho; interpreta equivocada ou apressadamente os dados ou divulga as informações de forma deturpada. É o sensacionalismo da imprensa.

Certamente, quando o veículo de comunicação for sério e idôneo terá o devido cuidado na divulgação dos fatos que não tiverem elementos idôneos de

comprovação.

Fernandes (2000: 64) assevera que

*... deve-se evitar a publicidade desnecessária e sensacionalista, como as transmissões de julgamentos por rádio ou televisão. Expõe demasiadamente os protagonistas da cena processual ao público em geral e causa constrangimento ao acusado, à vítima e às testemunhas*⁴.

O preso tem direito de permanecer calado (art. 5º, LXIII, CF). O direito ao silêncio é oponível ao Estado, que tem obrigação de respeitá-lo, sob pena de inconstitucionalidade e invalidação dessas informações, para efeitos de prova penal.

A pessoa presa deve ser protegida pelo Estado, para preservação de sua imagem e honra, por constituir o respeito à dignidade da pessoa humana um dos princípios fundamentais republicanos e do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, CF). Também é direito dos presos o respeito à integridade física e moral (art. 5º, XLIX), porque são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e imagem das pessoas, com direito de indenização pelo dano material ou moral (art. 5º, X). A Lei de Execução Penal também faz referência à proteção da pessoa e a imagem do preso contra sensacionalismo e exposição de sua dignidade (art. 198 da Lei nº 7210/84).

A autoridade policial não pode permitir a filmagem ou a entrevista de preso sem antes avisá-lo do seu direito ao silêncio e indagá-lo sobre a vontade de participar dos trabalhos jornalísticos. Se o preso não permitir, a autoridade policial deverá impedir as fotografias, filmagens ou perguntas ao preso, sob pena de infração funcional, civil e penal.

O jornalista que invadir a privacidade do preso, sem autorização, também poderá sofrer sanção civil e penal. Caso o preso consinta em participar do trabalho jornalístico, a cautela recomenda que o jornalista capte formalmente o seu

⁴ FERNANDES, Antônio Scarance, *Processo Penal Constitucional*. 2ª.ed., São Paulo: RT, 2002: p. 64.

assentimento e a ciência sobre o direito ao silêncio.

Na hipótese de indiciado solto, a relação para a entrevista será entre o indiciado e o jornalista, sem intervenção da autoridade policial. Se o indiciado, voluntariamente, aceita dar informações ao jornalista, assume as conseqüências, uma vez que não ele se encontra em posição de submissão à autoridade pública, razão pela qual pode recusar participar de entrevista, não responder às perguntas ou responder parcialmente, sem constrangimento e coerção estatal, de forma indireta.

Pondere-se, por outro lado, o embaraço que o sigilo pode causar à ação da Autoridade Policial. Há casos em que se torna essencial a publicação da fotografia do criminoso em jornais e até mesmo sua retransmissão pela televisão, com a divulgação do fato. Os jornais, rádio e televisão passam, então, a contar o que houve e quem teria sido o autor do crime, permitindo, assim, que os bons cidadãos possam, de qualquer modo, colaborar com as autoridades. Sem embargo disso, a regra ainda é a sigilação. É claro que tal sigilação não é exigida em todo e qualquer inquérito. Apenas naquelas hipóteses apontadas no art. 20, do Código de Processo Penal.

1.3.1 Vedar, incondicionalmente, a publicidade dos atos investigatórios. Haveria segurança para a sociedade? Não seria um reforço para os casos de corrupção, engavetamento, destruição de evidências, pela autoridade corrupta?

A inserção da garantia do princípio da publicidade na Constituição Federal teve o condão de alterar situações em que a regra era o julgamento em sigilo, como sucedia, por exemplo, nos julgamentos militares, os quais, depois, passaram a ser feitos com maior publicidade, assegurando-se a participação das partes.

Trata-se de garantia relevante, uma vez que assegura a transparência da própria atividade jurisdicional, permitindo ser fiscalizada pelas partes e pela própria comunidade. Com ela são evitados excessos ou arbitriedades no desenrolar da

causa, surgindo, por isso, a garantia como reação aos processos secretos, proporcionando aos cidadãos a oportunidade de fiscalizar a distribuição da justiça.

A publicidade pode ser plena ou restrita. É plena, popular ou geral, quando os atos do processo estão abertos ao público em geral. Há publicidade restrita, especial, mediata, ou para as partes, quando o acesso aos atos do processo fica assegurado somente aos sujeitos da relação jurídica processual.

A regra, no sistema constitucional e processual é a publicidade plena, ficando expressas as hipóteses em que se permite a publicidade restrita: defesa da intimidade e interesse social (art. 5º, LX, da CF) e escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem (art. 792, § 1º, do CPP).

Portanto, permito-me concluir que não seria de boa prudência vedar incondicionalmente, a publicidade dos atos investigatórios, sendo melhor limitar tais vedações para as hipóteses que ensejem-nas, haja vista um melhor resultado da investigação.

1.3.2 Haveria a necessidade de instituição de um procedimento formal (inquérito) para que se possa proceder a qualquer ato investigatório, como condição de manter a publicidade desses atos. Ou deveria permitir-se, em regra, o acesso a tais informações, sem a instituição de tais procedimentos formais?

A definição das características jurídico-processuais do inquérito policial e dos demais procedimentos investigatórios é importante para a aplicação das normas constitucionais relativas à participação dos interessados no desenvolvimento das fases da investigação, tendo em vista que o constituinte determinou o exercício dos princípios da ampla defesa e do contraditório nos processos judiciais e administrativos (art. 5º, LV, da Carta Magna), além da submissão do devido processo legal (LIV).

Todo processo possui um procedimento para determinar a ordem da sucessão dos atos, encadeados uns aos outros, destinados à decisão final, em que

é obrigatório o exercício do contraditório pelas partes. No processo, a atuação estatal desemboca em algum provimento final, que necessita do desenvolvimento dos atos em procedimento, com a participação dos interessados e oportunidade de exercício do contraditório, para compatibilização com o Estado de Direito e sua legitimação.

Em regra, o desempenho da função estatal de investigação criminal não se enquadra nas hipóteses para a sua configuração como processo administrativo, porque ainda não há controvérsia ou conflito de interesses entre o Estado-Administração e o indiciado, em virtude da não iniciação da Ação Penal. Não há litigantes nem acusados, requisitos preconizados na garantia constitucional para a obrigatoriedade do contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV, CF). O conflito de interesses, a condição de 'litigantes' ou acusados são incertos, potenciais, podem ou não se concretizar.

O inquérito policial e demais procedimentos investigatórios, em regra, não podem ser considerados processos judiciais, porque não são conduzidos por autoridade judiciária no exercício da função jurisdicional, nem em relação jurídica processual marcada por ônus, direitos e obrigações das partes. Não há exercício do contraditório, da ampla defesa e demais garantias constitucionais.

Acerca da finalidade do inquérito policial, Tourinho Filho (2000: 208) expõe que *outra não é senão prestar as devidas informações ao titular da ação penal, e informações que irão dar-lhe arrimo, não se concebe a existência de inquérito policial oral*⁵.

Por outro lado, assumem categoria de processos judiciais as medidas e ações cautelares relacionadas à restrição de um direito individual protegido constitucionalmente (liberdade, inviolabilidade da casa e sigilo das comunicações telefônicas) ou pela legislação infraconstitucional (sigilo bancário ou fiscal) ou à produção antecipada de provas (inquirição de testemunhas sob o crivo do contraditório), necessárias durante a fase das investigações criminais.

Os procedimentos contraditórios investigatórios são informativos, para a pesquisa do crime, colheita de dados e fornecimento de elementos para a

⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, vol. 1, 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000: 208.

apreciação do Ministério Público. Não se trata de processo administrativo, porque ainda não há acusado, litigante ou conflito de interesses, nem há imposição de sanção ou decisão sobre um direito do investigado.

Não é todo procedimento que pode ser considerado processo, judicial ou administrativo. Se faltar o contraditório, não é processo, mas simples procedimento. O inquérito policial termina sem provimento da autoridade policial, seu ato final é o relatório, resumindo os elementos colhidos, para facilitar a compreensão e localização dos atos investigatórios pelo Ministério Público no trabalho do seu convencimento sobre a iniciação ou não da ação penal.

A sindicância, por sua vez, é meio de apuração sumária, prévia ao processo administrativo. Nessa qualidade, não são exigíveis a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal. O inquérito administrativo, por seu turno, é utilizado como sinônimo de processo administrativo punitivo e a sindicância pode levar à aplicação de penalidade.

Quando o inquérito administrativo e a sindicância possibilitarem a aplicação de penalidade, deverão ser encarados como processos administrativos, com a obrigatoriedade da ampla defesa, contraditório e devido processo legal.

Inquérito policial, portanto, é o procedimento administrativo, preparatório ou preliminar da ação penal, conduzido por autoridade policial, destinado à apuração das infrações penais e da sua autoria pela autoridade policial (art. 4º, *caput*, Código de Processo Penal), para servir de base ao oferecimento da denúncia pelo órgão de acusação (Ministério Público) ou arquivamento do caso. Outras autoridades administrativas podem desempenhar função de investigação (art. 4º, parágrafo único, CPP).

O inquérito policial é o principal instrumento de investigação das polícias federal e civil, na função constitucional de investigar e apurar os crimes (art. 144, § 1º, I e §4º, Constituição Federal); atividade disciplinada nos arts. 4º a 23, do Código de Processo Penal. Em regra, o procedimento é escrito, público, inquisitório e unilateral. O sigilo e a participação da vítima e do indiciado são exceções.

O início da investigação pode ser voluntário ou provocado. É voluntário

quando a autoridade policial age de ofício; provocado, nas hipóteses de requerimento, representação, requisição ou outra forma de recebimento da notícia-crime, verbal ou escrita.

Os requerimentos de instauração, efetuados pela vítima ou qualquer representante do povo, serão apreciados pela autoridade policial e em caso de indeferimento de abertura de inquérito caberá recurso ao chefe de polícia (art. 5º, § 2º, CPP). Poderá, a vítima ou interessado, representar ao Ministério Público pedindo a requisição do inquérito policial. Se o Ministério Público requisitar a instauração do inquérito policial, a autoridade policial deverá proceder aos trabalhos de investigação, mesmo que tenha indeferido anteriormente o pedido do interessado, por se cuidar de requisição.

A Lei n.º 9.099/95 e a Lei 10.259/2001 previram procedimentos para os crimes de menor potencial ofensivo (contravenções penais e crimes com pena máxima não superior a dois anos), em que a polícia remete a Juízo o Termo Circunstanciado com as peças essenciais para caracterização do delito. As investigações são efetuadas pela polícia, de forma simples e direta, e pelo próprio Ministério Público, que pode tomar declarações e juntar documentos.

O Termo Circunstanciado assemelha-se a um boletim de ocorrência, um pouco mais detalhado, e cumpre a função do inquérito policial, dando respaldo mínimo para a formação da *opinio delicti* e eventual desencadeamento da ação penal.

As partes envolvidas (autor do fato e vítima) são apresentadas em Juízo e realizada audiência preliminar, oportunidade em que são proporcionadas condições para a reparação dos danos, oferecimento de representação nos crimes de ação pública condicionada e arquivamento do procedimento ou proposta de aplicação imediata da pena ou apresentação de denúncia oral (art. 72, da Lei n.º 9.099/95).

Durante as audiências preliminares, após as tentativas infrutíferas do juiz de composição dos danos ou conciliação das partes, é perfeitamente possível que o promotor de justiça criminal contate direta e informalmente os envolvidos, para colher dados suplementares, que possam ajudar na formação da convicção sobre a melhor medida a adotar no caso concreto (arquivamento, aplicação imediata da

pena ou denúncia), nos moldes da necessária informalidade do procedimento por crime de menor potencial ofensivo.

A excessiva e desnecessária intervenção do juiz no diálogo das partes, sem deixar que elas conversem diretamente e pretendendo que o façam através dele, por triangulação, como se fosse audiência de instrução processual e de produção de provas, pode provocar o comprometimento da imparcialidade e desencadear a interposição de exceção de suspeição e impedimento. Esse monopólio da palavra pelo juiz é contra o dinamismo do ato, a liberdade de expressão e de participação das partes e afronta os princípios da informalidade, oralidade, celeridade e eficiência do ato.

O juiz sensato e moderado, certamente, não dificultará o trabalho do Ministério Público para a formação da *opinio delicti*, positiva ou negativa, e para que a audiência seja frutífera para o desfecho do caso em atenção ao princípio da celeridade, de modo a evitar o retorno à delegacia de polícia para novas diligências e esclarecimentos. Um membro do Ministério Público, hábil e interessado, pode conseguir informal e oralmente os dados complementares necessários para a definição da sua posição sobre o caso em destaque, desde logo, sem necessidade de novas diligências policiais para tanto. Se não for possível, os autos podem ser encaminhados à polícia e ao Juízo comum.

As autoridades administrativas são encarregadas da apuração de condutas ilícitas de funcionários, de contribuintes e infratores de normas administrativas e penais, em inquéritos, sindicâncias, procedimentos e processos administrativos. O trabalho de apuração das autoridades administrativas pode ser interpretado como investigação criminal em sentido amplo. Os autos, papéis e documentos constantes das sindicâncias ou procedimentos ou processos administrativos podem configurar material de investigação criminal e são peças informativas suficientes para embasarem a denúncia criminal.

O próprio Código de Processo Penal prevê a apuração das infrações penais e da sua autoria por outras autoridades administrativas, além das polícias (art. 4º, parágrafo único), sendo que as autoridades públicas são obrigadas a remeter cópia ao Ministério Público de fatos delituosos apurados em procedimento administrativo.

(art. 154, parágrafo único, da Lei N.º 8.112/1990). Os informes e documentos podem ser utilizados como peças de informação para instruir a ação penal, mesmo que o objetivo direto não seja a apuração de crimes.

A atuação dos funcionários sanitários, florestais, ambientais e administrativos e a documentação das infrações sanitárias, ambientais, fiscais e contra a administração são inegáveis investigações criminais, devendo ser aproveitadas pelo Ministério Público para a formação da *opinio delicti* e embasar a competente ação penal, dentro da noção de autoridade administrativa constante do parágrafo único, art. 4º, do Código de Processo Penal, e da inexigibilidade de inquérito policial para a ação penal.

Para a propositura de ação penal, o Ministério Público poderá se valer do inquérito policial, peças de informação ou procedimentos administrativos, representação de qualquer do povo ou documentos encaminhados por juízes ou tribunais, desde que contenham elementos para tanto. A jurisprudência segue essa linha, ao decidir que os atos investigatórios destinados à apuração de crimes não são exclusivos da polícia judiciária, porque as investigações referentes à fauna e à flora podem ser procedidas pela Polícia Florestal, em fato delituoso relacionado à Lei n.º 5.197/1967⁶.

O Ministério Público, principal órgão estatal da persecução penal e encarregado privativamente do exercício da ação penal, pode investigar crimes praticados por populares, servidores públicos ou por seus membros, em função de investigação criminal típica extrapolicial.

A investigação de crimes dos seus membros é autorizada expressamente pelos arts. 18, parágrafo único, da Lei Complementar Federal N.º 75/1993 (Ministério Público da União) e 41, parágrafo único, da Lei N.º 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público dos Estados), em continuidade do inquérito policial eventualmente instaurado pela polícia ou por procedimento administrativo instaurado pelo próprio Ministério Público.

⁶ TRF/DF, 1ª Região, HC 1998.01.00.001726/MG, Juiz Tourinho Neto, 3ª T., DJ de 17.4.1998: 298; www.trf1.gov.br.

A possibilidade de investigação de delitos envolvendo populares ou servidores públicos decorre do sistema constitucional, que instituiu a privatividade do Ministério Público promover a ação penal, o seu poder de requisição de investigações e diligências, de notificação e realização de procedimentos de sua atribuição, instrumentalizados em inquérito civil (art. 129, III, Constituição Federal) ou outros procedimentos administrativos (VI), função explicitada pelo ordenamento estatutário (art. 26, I e II, da Lei Federal N.º 8.625/1993). As diligências investigatórias podem ser requisitadas ou procedidas pelo próprio Ministério Público.

As peças de informações produzidas pelas Comissões Parlamentares de Inquérito consubstanciam investigação criminal atípica, porque o objetivo primordial desses entes parlamentares é legislar. Mas para o ato legislativo ou detecção de falhas governamentais ou apuração de atos delituosos dos seus membros ou envolvimento de governantes são criadas as comissões, que produzem elementos probatórios e podem ser aproveitados pelo Ministério Público para promoção das responsabilidades penais e civis (art. 58, § 3º, CF).

Caracteriza a investigação criminal os documentos e elementos probatórios apresentados pela vítima ou qualquer do povo em representação, requerimento ou outra forma de notícia, informando a ocorrência do crime. Também, a imprensa e os meios de comunicação podem produzir matérias jornalísticas contendo dados e informações suficientes para permitir embasamento à ação penal.

O inquérito policial, por conseguinte, é mera peça informativa, sendo dispensável se o titular da ação penal (Ministério Público ou ofendido) possuir informações necessárias para embasar o oferecimento da competente queixa ou denúncia.

O que não se compreende, na sistemática processual penal brasileira, é a propositura de ação penal sem o indispensável suporte fático, estando em jogo a liberdade individual, será rematada violência a instauração de processo-crime contra alguém sem que a peça acusatória esteja amparada, arrimada em elementos sérios, indicando ter havido a infração e que o acusado foi o seu autor⁷.

⁷ TOURINHO FILHO, *op. cit.*: 206

Concluindo, o acesso a qualquer diligência em sede de investigação policial deve ser garantido, desde que não esteja em jogo a eficácia da atividade de pesquisa de indícios de crime, a proteção à vítima ou à testemunha, ou mesmo os direitos fundamentais do investigado, uma vez que a publicidade desses atos fortalece seu teor probatório, na medida em que o controle de sua legalidade pode ser exercido pela sociedade e pela defesa.

1.3.3 A necessidade de instituição de regime disciplinar rígido, com punições severas para eventuais abusos, que levem a constrangimentos do investigado.

O controle sobre alguma instituição, órgão, função ou atividade pode ser interno ou externo. Controle interno é a fiscalização exercida dentro do próprio órgão, pelas autoridades superiores hierarquicamente. Controle externo é a vigilância exercida por outro órgão público e pela sociedade. O Ministério Público e o Judiciário exercem controle externo das atividades policiais, dentro da noção da teoria dos freios e contrapesos das instituições estatais; também a sociedade exerce o controle externo da polícia.

Acerca da controvertida matéria, Santin (2001: 70) constatou que

O controle externo normalmente é encarado pela instituição controlada e seus membros como uma diminuição institucional, uma expressão de desconfiança, um procedimento de suspeita. Não se trata propriamente de diminuição da instituição nem de desconfiança ou suspeita. Ao contrário, o controle externo deve ser encarado como um reconhecimento do seu valor institucional e do seu poder social e principalmente um estímulo ao cumprimento dos princípios da legalidade, moralidade, impessoalidade e igualdade para a melhoria e até um fortalecimento institucional, porque favorece o aumento da liberdade da polícia de negar-se a atender aos eventuais 'pedidos' e 'jeitinhos' de pessoas poderosas política ou economicamente, livrando os seus membros dos riscos funcionais e políticos do desatendimento de pretensões ilegais ou imorais⁸.

⁸ SANTIN. *Op. cit.*: 70.

O Judiciário exerce rotineiro poder de controle sobre as atividades policiais de apuração de crimes e de polícia judiciária, através dos Juízos das Corregedorias da Polícia Judiciária e pelos juízes criminais, nas visitas e inspeções de livros e documentos e das unidades policiais e prisionais, na tramitação dos inquéritos policiais, na concessão de prazos para a continuidade das investigações e nos autos de prisão em flagrante.

Inicialmente, as atividades de controle do Judiciário sobre a polícia são adequadas, porque constituem uma salutar multiplicação de controle sobre as atividades policiais, ao lado do controle externo do Ministério Público e da sociedade. A atribuição do Ministério Público de controle das atividades policiais não exclui nem impede o controle do Judiciário, porque incide a concorrência de atribuições entre os órgãos públicos, que melhor atende ao interesse público e da sociedade.

O Juízo da Corregedoria de Polícia Judiciária e dos Presídios, quando toma conhecimento de alguma infração praticada por policial, inicia um procedimento investigatório, para apuração dos fatos, sem prejuízo das providências adotadas pela autoridade policial através do inquérito policial. Estas informações produzidas pelo Juízo podem ser aproveitadas para instruir ação penal ou processo administrativo. É uma forma de controle externo da polícia pelo Judiciário.

Durante a tramitação do inquérito policial, a autoridade policial envia o procedimento relatado ao juiz competente (art. 10, §1º, CPP) e solicita este a devolução dos autos e prazo para outras diligências (art. 10, §3º, CPP), situação que caracteriza inegável controle judicial sobre a polícia.

A comunicação imediata da prisão de qualquer pessoa ao juiz competente (art. 5º, LXII, da Constituição Federal) tem característica de controle judicial e não administrativo, para garantia do cidadão, a fim de possibilitar o imediato relaxamento da prisão ilegal pela autoridade judiciária (art. 5º, LXV) ou a concessão da liberdade provisória com ou sem fiança (LXVI). Trata-se de uma medida cautelar constitucional, em que o Estado-Administração impulsiona compulsoriamente o Estado-Juiz, por meio da remessa da cópia do auto de prisão em flagrante (art. 307, do Código de Processo Penal), para obter decisão judicial sobre a legalidade ou

ilegalidade da prisão do cidadão e se cabível liberdade provisória (art. 310, CPP). A providência viabiliza a atuação do Judiciário na apreciação de lesão ou ameaça a direito do cidadão (art. 5º, XXXV, CF), exercida pela autoridade competente (LIII), mediante o devido processo legal (LIV), assegurados o contraditório e a ampla defesa (LV), com a obrigatoriedade de fundamentação da decisão, sob pena de nulidade (art. 93, IX, da CF), sujeitando-se a decisão a recurso à instância judicial superior (recurso em sentido estrito, art. 581, V, CPP), por parte do Ministério Público ou do indiciado.

A comunicação da prisão em flagrante à família ou à pessoa por ele indicada (art. 5º, LXII, CF) tem característica de controle externo da polícia pela sociedade, atendendo à publicidade do ato administrativo e permitindo que os familiares e qualquer cidadão tomem alguma providência para reparar eventual abuso ou excesso de poder e ilegalidade, inclusive por meio do *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII, CF).

O controle popular também é feito pelo direito de petição e representação às autoridades policiais superiores ou ao Ministério Público sobre abusos e irregularidades administrativas.

O Ministério Público foi incumbido constitucionalmente de exercer o controle externo da atividade policial. A incumbência constitucional é coerente com o perfil institucional do Ministério Público, desenhado na Carta Magna, que lhe conferiu a promoção privativa da ação penal pública (art. 129, I), o zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados constitucionalmente, promovendo as medidas necessárias à sua garantia (inciso II), a promoção do inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (inciso III), a instrução de procedimentos administrativos, com requisição de informações e documentos (IV), a requisição de diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (VIII) e outras funções compatíveis com sua finalidade (IX), na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, da Constituição Federal).

Inegavelmente, a polícia é instituição poderosa, representante da força estatal

e encarregada da investigação criminal, que se mostrava totalmente independente e não sujeita a controle externo adequado. O Ministério Público é talhado para exercer o controle externo da polícia, porque o trabalho policial tem ligação direta com a sua função de exercer a ação penal pública. Se a atividade policial não funcionar adequadamente, há prejuízo para a atuação do Ministério Público.

Numa tentativa de sistematização doutrinária, propõe-se a divisão das finalidades de controle do Ministério Público sobre a polícia em cinco espécies 1) respeito à democracia e princípios constitucionais; 2) segurança pública; 3) correcional; 4) indisponibilidade da ação penal; 5) preservação da competência dos órgãos de segurança pública.

A finalidade do controle externo é aumentar a possibilidade de vigilância das atividades policiais, por um órgão estatal alheio à estrutura policial e encarregado da ação penal e da defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Mazilli (1988: 118) salienta que o constituinte de 1988 intentou criar um sistema de vigilância e verificação administrativa, teleologicamente dirigido á melhor coleta dos elementos de convicção que se destinam a formar a *opinio delictis* do promotor de justiça, fim último do inquérito policial⁹.

O controle externo da polícia pelo Ministério Público destina-se à fiscalização do trabalho policial, para a melhoria do trabalho investigatório e para evitar ou minorar eventuais omissões, abusos e irregularidades nos registros de ocorrências policiais, na movimentação de inquéritos policiais e na atividade de investigação.

O constituinte previu o poder de controle do Ministério Público sobre a atividade policial, remetendo a disposição para regulamentação por lei complementar (art. 129, VII).

A referida norma constitucional (art. 129, VII, CF), é considerada programática, mas de efeitos imediatos, impeditivos e revocatórios. Impedimentos para coibir a ação de norma nova que impeça ou inviabilize o exercício do controle externo da atividade policial. Revocatórios para tornar revogadas as normas existentes que atentem contra o controle externo da atividade policial pelo Ministério

⁹ MAZILLI, Hugo Nigro. *O Ministério Público na Constituição de 1988*. RT, São Paulo: 1998: 118.

O mecanismo tem as suas vantagens quando permite ao juiz fiscalizar a legalidade do desenvolvimento das investigações policiais e o eventual ferimento a direito constitucional do indiciado, permitindo-lhe a emissão de decisão eficiente para evitar o prosseguimento da lesão a garantia constitucional. Por exemplo, se na tramitação do inquérito o juiz constatar que a polícia esteja fazendo interceptação telefônica sem autorização ou fora das hipóteses legais ou decididas judicialmente, poderá decidir sua paralisação.

O tema do controle externo é polêmico. A imprensa, o parlamento e a sociedade discutem e exigem algum controle externo do Judiciário e do Ministério Público. A tramitação judicial do inquérito policial pode ser interpretada como uma forma de controle externo da polícia e do Ministério Público pelo Judiciário, pelo sistema já vigente. Por outro lado, o Ministério Público efetua controle externo do Judiciário pela via recursal.

No tocante ao encaminhamento dos autos diretamente ao Ministério Público, o ideal seria que os autos do inquérito policial fossem diretamente enviados ao órgão do *parquet*, mesmo que passassem pelo cartório judicial, independente de qualquer despacho judicial nesse sentido, evitando retardamento na tramitação e influência sobre a imparcialidade do juiz, uma vez que este toma conhecimento dos fatos previamente antes da denúncia ou de qualquer medida cautelar, situação que deveria ser evitada.

Por outro lado, por coerência com os argumentos expendidos a respeito do controle da legalidade e externo, por parte do juiz, das atividades policiais e eventuais omissões do Ministério Público, em relação ao exercício da ação penal, a tramitação do inquérito policial deveria ser feita diretamente entre a polícia e o Ministério Público, passando pelo cartório judicial, o qual encaminharia ao juiz, somente nas hipóteses de representação policial ou requerimento do Ministério Público, para as medidas cautelares que exigissem decisão judicial e nas hipóteses de antevisão de ferimento de alguma garantia constitucional (liberdade, inviolabilidade do domicílio e sigilo telefônico, bancário e fiscal) ou proximidade da prescrição. Esta sistemática seria positiva porque manteria o controle pelo juiz, o qual atuaria somente se houvesse necessidade e não, de forma burocrática como na concessão de prazo.

Ademais, seria necessária a criação de estrutura material e pessoal do Ministério Público em número semelhante ao Judiciário, na esfera penal, com graves repercussões orçamentárias e inchaço administrativo da instituição, o que poderia comprometer a sua eficiência. O ideal é que o Ministério Público aumente a sua atuação na investigação criminal, em fases que melhorem a sua eficiência e contato com a informação criminal, mas não com mero peso burocrático inútil e de graves reflexos institucionais negativos.

Para concluir, creio ser desnecessária a criação de um regime disciplinar rígido, sendo suficiente que seja aplicado severa e adequadamente o controle social e o controle externo da atividade policial pelo Ministério Público.

1.4 O sigilo das investigações no interesse do investigado e da vítima

Na fase do inquérito policial, deve a autoridade policial assegurar o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade (art. 20 CPP). No tocante à vítima, saliente-se a necessidade de cuidado nas divulgações de fatos e dados a ela relativos na fase de investigação policial. Muito comum, entre nós, que, instaurado o inquérito, iniciada a investigação, os meios de comunicação passem a veicular fatos graves, sem a mínima preocupação com a vítima: seu nome é noticiado, é ela qualificada, seu endereço é mencionado, são relatados fatos desagradáveis de intensa repercussão em sua vida pessoal, familiar, social. Exemplo gritante é o dos crimes sexuais violentos em que a divulgação expõe a mulher ofendida à curiosidade pública, impondo-lhe, após o sofrimento do crime, novos dissabores e impedindo que possa retornar logo à sua vida particular, com a sua privacidade resguardada, protegida, amparada.

Também, em certos crimes, cometidos por grupos organizados ou pessoas perigosas, a divulgação do nome da vítima, de seu endereço residencial, de seu local de trabalho, de seus hábitos, só contribui para aumentar o risco de ser novamente atingida e atrapalhar a investigação; por isso, norma relevante para acautelar os interesses da vítima seria a de não constar seu endereço nos autos.

quando há perigo de vingança ou, por outro motivo, não seja conveniente, sendo o endereço fornecido diretamente ao Ministério Público ou ao Poder Judiciário em folha avulsa, a fim de poder a pessoa ser chamada a prestar declarações na fase processual.

Consoante destaca Lavorenti e Silva (2000: 62), no tocante à proteção à testemunha ou à vítima no universo do crime organizado:

A constatação de que as organizações criminosas se impõem pelo poder de intimidação, utilizando violência de qualquer ordem, como uma das formas de garantir sua impunidade leva à conclusão que a testemunha ou a vítima pode preferir o silêncio à morte ou outra seqüela¹².

1.4.1 Dispositivos Constitucionais

Em face da legalidade, a atuação processualizada não é livre. O processo administrativo representa uma das garantias do princípio da legalidade, porque significa atuação parametrada da autoridade administrativa, em contraposição à atuação livre, suscetível de arbítrio. A processualidade, mesmo com alguma parcela de discricionariedade na fase processual, possibilita o direcionamento às verdadeiras finalidades da atuação. O processo administrativo estende a legalidade, ensejando uma 'nova legalidade', entre o cidadão e a Administração, com um padrão de coerência sistemática, segundo as linhas do Estado de Direito.

O contraditório é meio para a garantia da imparcialidade do órgão julgador, opção de civilidade, legitimação da decisão e contribuição para busca da verdade dos fatos, possuindo dois momentos: informação e possibilidade de reação, ao passo que a ampla defesa engloba a autodefesa e a defesa técnica.

Ada Pellerini Grinover (apud Santin, 2001: 147), salienta que é do

¹² Wilson Lavorenti e José Geraldo da Silva, *Crime Organizado*, 1. ed., Campinas: Bookseller, 2000. p. 62.

'contraditório que brota a própria defesa' e o 'conhecimento ínsito no contraditório, é pressuposto para o exercício da defesa', mas é a defesa que garante o contraditório, conquanto nele se manifeste. Ela enfatiza:

Defesa, pois, que garante o contraditório, e que por ele se manifesta e é garantida: porque a defesa, que o garante, se faz possível graças a um de seus momentos constitutivos. – a informação – e vive e se exprime por intermédio de seu segundo momento - a reação. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório¹³.

Ao analisar a função administrativa e o processo, entende-se possível a participação do interessado, principal ou não, para tutela de seu interesse, observando que a colaboração é processo, garantia de justiça da decisão, bem máximo de cada administração pública junto a cada cidadão. A colaboração do cidadão à função administrativa é o reconhecimento da sua responsabilidade individual e da dignidade da sociedade.

Se a administração não estiver no mesmo plano de direitos, ônus, ações e reações em relação ao sujeito, inexistirá o contraditório, responsável pela ampliação da transparência administrativa, pela diminuição dos segredos estatais, na busca da democracia administrativa.

O contraditório desdobra-se nos princípios da Informação Geral, segundo o qual os sujeitos têm o direito de obter conhecimento adequado dos fatos, dados, documentos e provas do processo; da ouvida dos sujeitos, que se trata da possibilidade de manifestar o próprio ponto de vista e propor provas e, por fim, o da motivação, consistente na influência dos argumentos ou provas na decisão, reforçando a transparência administrativa e o respeito à dignidade.

O direito de defesa ou garantia de defesa expressa o princípio de que ninguém pode ser condenado sem ser ouvido, indispensável para a segurança individual e para o Estado de Direito, porque o poder público se sujeita à lei e à

¹³ *Novas Tendências do Direito Processual*, Forense Universitária, Rio, 1990, p. 4-6, *apud* SANTIN, *op. cit.*: 147.

observância dos direitos fundamentais. O conhecimento completo dos fatos possibilita decisões administrativas justas (ângulo objetivo). A ampla defesa é uma evolução do simples direito de defesa.

A ampla defesa é caracterizada por ser prévia, englobando a defesa técnica, a autodefesa e o direito de recurso, o qual independe de previsão legal, decorrendo do direito de petição, consoante com a ampla defesa.

O devido processo legal vinculou-se, originariamente, ao processo penal, como fonte do contraditório e da defesa, sendo depois estendido ao processo civil e mais amplamente, numa idéia de acusação, ao processo administrativo, consoante continua a entender a doutrina atual.

O argumento principal é de que o art. 5º, LIV, da CF, tem sentido amplo. No campo administrativo, o devido processo legal, além da possibilidade de privação da liberdade e bens, abrange as hipóteses de controvérsia ou conflito de interesses e de existência de acusados, desdobrando-se no contraditório e ampla defesa, já analisados.

A garantia da publicidade dos atos processuais está enunciada no art. 5º, LX, da Constituição Federal: *A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem.*

Todavia, o princípio da publicidade, que domina o processo, não se harmoniza com o inquérito policial. É justamente para atender ao interesse social que o inquérito deve ser sigiloso. Se o inquérito policial visa à elucidação, à descoberta das infrações penais e das respectivas autorias, pouco ou quase nada valeria a ação da Polícia se não pudesse ser guardado o necessário sigilo durante sua realização.

Até mesmo em sede judicial, a lei permite o sigilo em determinadas situações, como dispõe, por exemplo, o art. 486, do Código de Processo Penal, ao assegurar o sigilo da votação.

Ora, se em juízo o princípio da publicidade sofre restrições, não é de se estranhar que deva haver sigilo na fase inquisitorial, na qual se colhem as primeiras informações, os primeiros elementos de convicção a respeito da existência da

infração penal e de sua autoria.

Far-se-á mister o sigilo, mormente quando a divulgação das diligências venha a causar embaraços ao desvendamento do fato que esteja em investigação, bem como das suas circunstâncias, por dar azo a que os responsáveis por seus parentes, desfaçam vestígios da infração principal, ocultem instrumentos, destruam papéis, removam valores, afastem ou subornem testemunhas, ou, por outra forma, antepõem barreiras aos trabalhos de elucidação. A localização do indigitado criminoso tornar-se-ia mais difícil, sem dúvida, se ele viesse a ter ciência, por qualquer via, das diligências projetadas ou em curso, visando à sua captura. Ademais, o próprio interesse da sociedade exige a sigilação no tocante aos crimes cuja repercussão no meio social pode causar sérios danos à tranquilidade pública.

1.4.2 Os casos de medidas investigatórias com reserva de jurisdição

A busca e a apreensão dos instrumentos do crime e de outros objetos que interessarem à prova poderão ser levadas a efeito no próprio local do delito, ou em domicílio, ou até mesmo na própria pessoa. Quanto à busca e apreensão no *locus delicti*, não haverá maior dificuldade para o encarregado dessa tarefa. Tratando-se de busca domiciliar ou mesmo pessoal, o assunto merece maior exame.

Em se tratando de busca domiciliar, a Constituição Federal, no art. 5º, XI, prescreve ser a casa o 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*.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que, mesmo sendo a casa asilo inviolável do indivíduo, não pode ser transformada em garantia para a impunidade de crimes que em seu interior se pratiquem¹⁴.

No que diz respeito à possibilidade de violação de domicílio por decisão administrativa, incluída a de natureza policial, pacífico também é o entendimento da corte constitucional:

¹⁴ RTJ, 74/88 E.84/302.

A essencialidade da ordem judicial para efeito de realização de medidas de busca e apreensão domiciliar nada mais representa, dentro do novo contexto normativo emergente da Carta Política de 1988, senão a plena concretização da garantia constitucional pertinente à inviolabilidade de domicílio.

Forçoso reconhecer, portanto, ter deixado de existir a possibilidade de invasão por decisão de autoridade administrativa, de natureza policial ou não. Perdeu, portanto, a Administração, a possibilidade de auto-executoriedade administrativa neste aspecto.

A garantia de inviolabilidade também foi assegurada ao sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e formas que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. Apesar da exceção constitucional expressa referir-se somente à interceptação telefônica, entende-se que nenhuma liberdade individual é absoluta, sendo possível, respeitados certos parâmetros, a interceptação das correspondências e comunicações telegráficas e de dados, sempre que as liberdades públicas estiverem sendo utilizadas como instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.

A lei 9.296, de 24 de julho de 1996, foi editada para regulamentar o disposto no inciso XII, parte final, do art. 5º, da Constituição Federal, rezando que a interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova de investigação criminal e instrução processual penal dependerá de ordem do juiz competente da ação criminal, sob segredo de justiça, sendo vedada a sua realização quando não houver indícios razoáveis de autoria ou participação na infração penal ou a prova puder ser feita por outros meios disponíveis, consagrando-se a necessidade da presença do *fumus boni iuris*, pressuposto exigível para todas as medidas de caráter cautelar.

A exclusividade deste meio de prova deve ser perquirida diante da forma de execução do crime, da urgência de sua apuração ou, ainda, da gravidade excepcional da conduta investigada, a fim de que reste justificada a intromissão.

A interceptação telefônica somente será autorizada quando o fato investigado

constituir infração penal punida com reclusão, podendo ser determinada pelo juiz, de ofício, ou a requerimento da autoridade policial (na investigação criminal), ou do representante do Ministério Público (tanto na investigação criminal como na instrução processual penal), sempre se descrevendo com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

O juiz, após o recebimento do pedido, decidirá no prazo de 24 horas, indicando a forma de execução da diligência, que não excederá o prazo de 15 dias, prorrogável uma vez por igual período, uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova.

Haverá, por conseguinte, autuação em autos apartados, preservando-se o sigilo das diligências, as quais somente serão disponibilizadas ao defensor para análise, caso já haja ação penal, em respeito aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. O conhecimento anterior do investigado, obviamente, acabaria por frustrar a finalidade a ser atingida com a utilização da prova, uma vez que o mesmo nunca efetuará qualquer comunicação comprometedora.

O ordenamento jurídico nacional optou pelo controle anterior da legalidade da interceptação mediante autorização judicial. Todavia, melhor seria se o legislador pátrio tivesse escolhido o sistema de verificação posterior da legalidade, cabendo a livre iniciativa à autoridade policial e ao representante do Ministério Público, sendo encaminhados os autos ao magistrado somente após a conclusão da diligência. Caso não houvesse vício a macular a diligência, seria ela anexada aos autos, caso contrário, destruir-se-ia a malsinada prova. No direito comparado, o Código de Processo Penal Italiano assim dispõe. Tal disciplina tem razão de ser, posto que o crime não tem hora marcada, acontecendo a qualquer momento, mesmo fora do expediente judiciário. A prova caracteriza um fato, por vezes passageiro, perdendo sua importância diante da inércia para se tomar medida imediata.

1.4.3 Os dados sigilosos contidos no inquérito (sigilo bancário, fiscal)

O sigilo bancário está regulado, atualmente, pela Lei Complementar Federal nº 105, de 10 de janeiro de 2001, que dispõe sobre o sigilo das operações das instituições financeiras. O seu art. 13 revogou expressamente o art. 38, da Lei nº 4.595/1964, que previa a quebra do sigilo bancário mediante requisição judicial (§ 1º) e em atendimento de requisição do legislativo (§§ 3º e 5º). A LC nº 105 prevê sanção penal pela quebra ilícita de sigilo bancário (art. 10). A nova legislação previu várias hipóteses que não constituem violação do dever de sigilo, por instituições financeiras (art. 1º, § 3º, I a VI), dentre as quais é prevista a *comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais e administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa* (IV).

O § 4º, do art 1º, da LC nº 105 prevê a possibilidade de decretação da quebra do sigilo, quando necessária para apuração de ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, referindo-se especialmente aos crimes de terrorismo, tráfico de drogas, contrabando ou tráfico de armas e munições, extorsão mediante seqüestro, contra o sistema financeiro nacional, contra a Administração Pública, contra a ordem tributária e a previdência social, lavagem de dinheiro e praticado por organização criminosa (I a IX). Estas hipóteses de crimes são meramente exemplificativas, não taxativas, sendo possível a quebra de sigilo em crimes graves ou se houver necessidade da medida para prova dos fatos.

Nessa linha, o art. 8º, §§ 1º e 2º, da Lei Complementar Federal nº 75/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), aplicável subsidiariamente ao Ministério Público dos Estados (art. 80, Lei 8.625/1993), prevê que nenhuma autoridade poderá opor exceção pelo sigilo, sob qualquer pretexto, ao fornecimento de qualquer informação ao Ministério Público, que importa em autorizar o órgão do *parquet* o direito de requisitar todas as informações (fiscais, bancárias e eleitorais). O poder de requisição bancária era contestado anteriormente, na vigência do art. 38, da Lei nº 4.595/1964, sob o argumento de que dependeria de lei complementar para a regulamentação do sistema financeiro, esquecendo-se os defensores da restrição

que a LC nº 75/1993 é lei complementar, superando o entrave constitucional (art. 192, *caput*, CF).

As informações fiscais do contribuinte são sigilosas, sendo vedado ao fisco divulgá-las. A quebra do sigilo, em regra, procede-se também por ordem judicial. Há possibilidade de o Ministério Público requisitar os informes fiscais sobre idêntico combate, sendo semelhantes os argumentos favoráveis.

Os sigilos bancário e fiscal são relativos e apresentam limites, podendo ser devassados pela Justiça Penal ou Civil, pelas Comissões Parlamentares de Inquérito e pelo Ministério Público, uma vez que a proteção constitucional do sigilo não deve servir para que detentores de negócios não transparentes tirem proveito dele para não honrar seus compromissos.

Em respeito ao princípio do juiz natural, somente a autoridade judiciária competente poderá decretar a quebra de sigilo bancário ou fiscal do investigado, restando impossível a quebra do sigilo bancário por requisição fiscal de informações bancárias. Desta feita, presentes os requisitos para sua decretação, a quebra do sigilo bancário não afronta o art. 5º, X e XII, da Constituição Federal, não prevalecendo o princípio do contraditório na fase inquisitorial, permitindo-se a quebra do sigilo sem oitiva do investigado.

No tocante ao crime organizado, a lei 9.034, todavia, retrocedeu ao condicionar a

possibilidade de violação do sigilo à diligência realizada pessoalmente pelo juiz, com absoluto segredo de justiça, dificultando e retardando totalmente o andamento da persecução e dando ensejo à estranha figura do juiz inquisidor, que preside a investigação e, por consequência, quebra o sistema acusatório e a imparcialidade do magistrado. Portanto, um determinado crime, sem as características de organização criminosa, pode ser apurado com maior celeridade que a lei feita para favorecer os meios operacionais e de prova para com as referidas organizações¹⁵.

¹⁵ Lavorenti e Silva, *op. cit.*: 112.

1.5 O sigilo das investigações no interesse da coletividade, como condição para a própria eficácia. Questão: Assegurar ao investigado o direito de constituir advogado e acompanhar *pari passu* o desenrolar do inquérito é, em muitos casos, enfraquecer de sobremaneira a eficácia da persecução? Tal garantia vai de encontro aos interesses da sociedade?

A principal atuação nas investigações criminais é por parte da polícia, em procedimento inquisitório, unilateral, secreto e escrito, levando-se em consideração que a polícia procede à colheita de elementos para a apuração da autoria e materialidade.

As atividades da vítima, do cidadão e da defesa nas investigações prévias encontram alguma resistência, tendo em vista as restrições decorrentes da sua unilateralidade e corriqueiro sigilo, apesar da regra ser a publicidade, e o segredo, a exceção. A atuação do indiciado e sua defesa é mais rejeitada pela doutrina e jurisprudência. As divergências doutrinárias são enormes, mas a jurisprudência restringe o direito de defesa e contraditório na fase antecedente da ação penal.

As investigações criminais não devem ser consideradas processo judicial nem processo administrativo, não havendo nelas a figura de 'litigantes' ou 'acusados', por ausência de conflito de interesses, de relação jurídica processual e do início da ação penal. A fase é considerada como procedimento administrativo, de cunho inquisitório.

No nosso sistema processual, os testemunhos colhidos no inquérito policial ou outro procedimento investigatório são repetidos em Juízo, para permitir o contato direto do julgador com a prova e a sua submissão ao princípio do contraditório e da ampla defesa. As provas periciais são irrepetíveis, em regra.

O direito de informação é um direito individual do cidadão (art. 5º, XXXIII, CF), devendo o órgão público prestar informações de interesse particular ou coletivo em geral no prazo legal, com ressalva em caso de imprescindibilidade do sigilo à segurança da sociedade e do Estado. É uma garantia a mais do cidadão, no caso o indiciado, de ter acesso às informações do inquérito policial ou outro procedimento investigatório, exceto se necessário o sigilo na hipótese, por conter informação que

abale a segurança da sociedade e do Estado.

Por outro lado, pode ser negado ao indiciado a notícia ou o conhecimento atual de uma diligência policial que exija segredo (escuta telefônica, outra modalidade de interceptação ou busca e apreensão de objeto) sem ferimento ao direito constitucional, por incluir-se na ressalva do direito de informação e na situação de possibilidade de sigilo constitucional de informações que abalem a segurança da sociedade e do Estado.

Inicialmente, é bom destacar ser inadequada a possibilidade de completo contraditório na investigação criminal, com ampla participação do indiciado ou suspeito, sob pena de fracasso ou demora das investigações criminais, principalmente, pelo provável tumulto com a interferência do indiciado e a sua defesa.

Não é racional alongar e burocratizar a fase processual antecedente à ação penal, cujos dados probatórios possuem relativa e diminuta importância na decisão judicial da causa penal, quase todos repetidos perante o Juízo. O bom senso recomenda que a fase investigatória seja breve e desde logo se inicie o processo judicial, para permitir a atividade acusatória e defensiva, a propositura da acusação pelo órgão acusador, o conhecimento dos seus termos pela defesa, a iniciação da proposição e colheita de provas e argumentos das partes, destinados à formação do convencimento do juiz, com o livre exercício do contraditório, ampla defesa e atendimento do devido processo legal.

Por outro lado, conforme já exposto, é indispensável que o preso ou indiciado tenha algum direito de participação nas investigações antecedentes à ação penal, numa espécie de contraditório mitigado, parcial ou incompleto.

Mormente, para o réu preso, deve ser ainda mais flexível a possibilidade de aplicação do contraditório na fase preliminar, abrandando-se o entendimento jurisprudencial sobre a sua inexigibilidade, posto que, ao mesmo tempo em que o constituinte estabeleceu o direito do Ministério Público exercer a ação penal, instruir procedimento administrativo e requisitar diligências investigatórias e à polícia de investigar os crimes (art. 144, CF), em contrapartida previu direitos e garantias ao preso (comunicação da sua prisão ao juiz e à família do preso ou à pessoa por ele

indicada, ser informado dos seus direitos, direito ao silêncio, assistência da família, de advogado, conhecimento e identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial, relaxamento da prisão ilegal, liberdade provisória e *habeas corpus*, conforme art. 5º, LXII, LXIII, LXIV, LXV, LXVI e LXVIII, CF).

1.6 A possibilidade de oposição de sigilo até mesmo ao próprio investigado

A participação da defesa na investigação criminal é limitada, sendo possível o acompanhamento dos atos de investigação e uma atuação ativa. A própria lei processual penal abrandou o sistema inquisitório do inquérito policial, permitindo ao indiciado 'requerer qualquer diligência', mas condicionou a sua realização ao 'juízo da autoridade' investigante, segundo prevê o art. 14, do Código de Processo Penal. O sigilo é a exceção, porque a publicidade é um dos norteamentos da Administração Pública.

Se não houver prejuízo às investigações e ao rápido desfecho da apuração, a autoridade policial pode permitir a atuação ativa da defesa, numa participação efetiva, com o acompanhamento regular dos trabalhos e até mesmo com a realização de reperguntas às testemunhas ouvidas pela autoridade policial, elaboração de quesitos periciais e pedidos de esclarecimentos e críticas aos trabalhos, em verdadeiro contraditório.

Como outro lado da moeda, essa ativa participação e exercício da ampla defesa e do contraditório na fase investigatória pela defesa possibilitariam a maior e mais forte utilização judicial desses elementos para o julgamento da ação penal e um aumento da credibilidade desses dados para a formação do livre convencimento do juiz. A defesa não poderia alegar racionalmente a falta de exercício dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

É bom que se destaque que o direito de participação da defesa deve ser limitado aos atos processuais em que o seu conhecimento não inviabilize o ato investigatório nem torne inócua a medida. Por exemplo, se a defesa tivesse

conhecimento prévio de escuta telefônica ou outra interceptação de comunicação do indiciado, certamente, a medida seria malsucedida, porque nada seria captado de útil para a investigação. Se a defesa soubesse, antecipadamente, da busca e apreensão de material delituoso na casa do indiciado ou outro lugar, poderia providenciar a retirada dos objetos ou a mudança de local, tornando inócua a providência.

Portanto, o procedimento de investigação deve ser inquisitivo e sigiloso, quando necessário, para o atendimento da finalidade do procedimento, sendo facultativo o exercício da defesa.

Não se pode esquecer que a excessiva participação da defesa pode transformar o inquérito ou procedimento investigatório num verdadeiro processo, com graves conseqüências na sua tramitação, especialmente, a lentidão. Incumbe à autoridade policial disciplinar legal e regularmente a atuação defensiva na investigação criminal individual, indeferindo o pedido desnecessário e protelatório.

Na fase antecedente à ação penal, podem ser necessárias medidas cautelares e ações cautelares para provimentos que interfiram nos direitos individuais do indiciado. As buscas e apreensões domiciliares e as prisões temporárias ou preventivas são determinadas apenas pelo juiz e as colheitas de provas *ad perpetuam rei memoriam* realizam-se em Juízo, com o exercício da ampla defesa e contraditório, atual ou diferido.

Há, nessas situações, um exercício do modelo acusatório, porque apenas o juiz é competente para os provimentos cautelares, reais ou pessoais, e para a produção antecipada de provas urgentes, permitindo o contraditório pleno. O juiz atua num papel garantidor, em incidentes jurisdicionalizados dentro da investigação, nos moldes das legislações de Itália, Portugal e Alemanha e do Código Modelo.

As provas periciais produzidas na investigação prévia, normalmente, são definitivas e utilizadas, posteriormente, pelo juiz, para análise dos fatos delituosos como prova material.

O exercício do contraditório é posterior, na fase da ação penal. Nada impede que o indiciado, já na fase policial, acompanhe os trabalhos periciais e forneça

quesitos, em concomitante exercício do contraditório e da ampla defesa, para que na fase judicial sejam desnecessários novos esclarecimentos periciais. É até recomendável tal providência nas perícias, cuidando a autoridade investigante de evitar comportamentos inadequados da defesa para postergar o término do procedimento de investigação.

Todavia, no que pertine às provas de inquérito que não podem ser repetidas em juízo, a participação da defesa fortalece os elementos colhidos para a formação do convencimento do juiz. O E. STF já decidiu que *o princípio do contraditório não impõe ao Juízo desprezo absoluto às provas do inquérito, exigindo-se apenas que as mesmas sejam de alguma forma corroboradas em Juízo, na presença da acusação e da defesa*¹⁶, sendo que o

*... dogma derivado do princípio do contraditório de que a força dos elementos informativos colhidos no inquérito policial se esgota com a formulação da denúncia tem exceções inafastáveis nas provas, começando no exame de corpo de delito, que são 'irrepetíveis na instrução do processo', devendo observar com rigor as formalidades legais tendentes a emprestar-lhe maior segurança, sob pena de completa desqualificação de sua idoneidade probatória*¹⁷.

1.7 O juiz na investigação criminal

A função do juiz no sistema acusatório é julgar as medidas e ações cautelares e a ação penal principal. Exercido o direito de ação pelo Ministério Público, o juiz aprecia a procedência ou improcedência da acusação, absolvendo ou condenando o réu. Nessa fase, o juiz pode e deve ser ativo, na colheita de provas, não deixando apenas que as partes exerçam o seu encargo, para facilitar a busca da verdade.

¹⁶ STF, RECR 190.702/CE, Min. Moreira Alves, 1ª T., v.u., j. em 4.8.1995, DJ 18.8.1995, p. 25.026, *Ementário*, vol. 1.796-29, p. 6.008.

¹⁷ STF, HC 74.751/RJ, Rel. M. Sepúlveda Pertence, 1ª T., J. em 4.11.1997, DJ 3.4.1998, P. 3, *Ementário*, vol. 1.905-03, p. 405).

Incumbe-lhe o papel de estimular o contraditório, para que se torne efetivo e concreto, suprimindo as deficiências dos litigantes no intuito de superar as desigualdades e favorecer a *par condicio*. A aproximação do provimento jurisdicional à vontade do direito substancial permite a paz social. A função social do processo, dependente da efetividade, demanda o desenvolvimento de todos os esforços para alcançar o objetivo da manutenção da integridade do ordenamento jurídico.

As investigações judiciais por crimes falimentares, eleitorais e crime organizado antes do início da ação penal ou de medida ou ação cautelar padecem de algumas falhas, que não se amoldam completamente ao sistema constitucional vigente, principalmente ao modelo acusatório, em virtude do magistrado concentrar em suas mãos os poderes de investigar e julgar, incompatíveis entre si e por ferirem a imparcialidade do julgador, indispensáveis para o devido processo legal.

O juiz não pode investigar na fase antecedente à ação penal, apenas garantir a proteção aos direitos constitucionais do investigado, que dependem de análise judicial nas hipóteses constitucionais e legais. A atuação pessoal quebra a imparcialidade e invade a atribuição da parte. O juiz não é parte, é imparcial e inerte, devendo aguardar o pedido da parte acusatória.

A atuação investigatória preliminar do juiz no sistema criado pela Lei nº 9.034/1995 ou outro similar é inconstitucional, por afrontar o sistema acusatório e a titularidade da ação penal pelo Ministério Público (art. 129, I, Constituição Federal) e não se enquadrar em hipótese de jurisdição para apreciação de lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, CF).

A investigação judicial prevista na Lei nº 9.034/1995 é o sistema mais absurdo e dissonante do regime jurídico nacional e contraria à tendência internacional de colocação do Ministério Público na vanguarda das investigações e da colheita de elementos antecedentes à ação penal, pela adoção do modelo acusatório, idealmente o melhor.

A distorção do modelo criado pela retrocitada lei merece crítica, haja vista a inconstitucionalidade consistente em transformar o juiz brasileiro em inquisidor, encarregando-o de colher provas, em afronta ao modelo constitucional acusatório, de processo de partes, e por ferir a imparcialidade do magistrado, garantia mais

importante do devido processo legal.

As demais investigações judiciais (falimentares e eleitorais) sofrem os mesmos entraves e resistências relativos à constitucionalidade, apesar de menos radicais e afrontosas ao sistema.

1.8 O Ministério Público nas investigações criminais

1.8.1 O sistema atual e o distanciamento do Ministério Público

No sistema brasileiro, o delegado de polícia é quem preside as investigações policiais, colhendo e coordenando todos os trabalhos de colheita de elementos investigatórios, com o apoio de policiais e investigadores. Depois de concluído, o trabalho é encaminhado a Juízo, no qual o Promotor de Justiça tem acesso e analisa os autos e o material da investigação para a formação da *opinio delicti*. Se a opinião for positiva, desencadeia o oferecimento de denúncia, para início da ação penal. Durante o processo judicial, os atos de investigação e elementos colhidos são repetidos na fase judicial, exceto as perícias, para permitir o exercício do contraditório e da ampla defesa na ação penal.

O trabalho policial investigatório é direcionado à análise do Ministério Público e depois, para servir de base à apreciação perfunctória da autoridade judiciária, por ocasião do recebimento da denúncia ou sua rejeição.

A sistemática falha pela duplicidade de colheita dos elementos, distanciamento do Ministério Público dos trabalhos de investigação, no papel de mero repassador de provas e, principalmente, pela excessiva autonomia policial.

O relacionamento institucional entre o Ministério Público e a Polícia é formal e distante, sendo normalmente pequena a integração e cooperação entre os órgãos. São raras as trocas de experiências e idéias entre polícia e Ministério Público sobre o andamento das investigações e, principalmente, em relação aos rumos a serem

tomados para o desfecho do trabalho de pesquisa da autoria e materialidade, para uma rápida apresentação dos elementos para a *opinio delicti* ou para o arquivamento do feito, por ausência dos pressupostos legais para a movimentação da máquina judiciária na apreciação da ação penal. Cada instituição trabalha isolada e independentemente, com pouca integração e pequeno intercâmbio de informação.

A maior prejudicada com a distância entre as duas instituições encarregadas da investigação da ação penal é a sociedade, que critica a falha e demorada investigação policial, sofrendo os efeitos da deficiente movimentação da máquina de repressão estatal aos crimes.

O Ministério Público possui o juízo político de promover a ação penal, próprio da atividade de formação da *opinio delicti*, e da discricionariedade regrada, submetida a controle judicial, mas a polícia não ostenta o poder discricionário de optar pela instauração ou não de inquérito policial, porque se submete ao princípio da legalidade.

O modelo atual de investigação criminal, conduzido pela polícia e com o distanciamento do Ministério Público, é visivelmente inadequado, arcaico e dissonante da tendência internacional de aproximação do *parquet* com os trabalhos da fase preliminar, até mesmo para a sua direção e condução, auxiliado pela polícia.

O Ministério Público brasileiro, normalmente, toma conhecimento dos fatos criminosos apenas meses depois da ocorrência, quando a polícia encaminha os autos do inquérito policial a Juízo, relatados ou para pedido de prazo. O prazo para conclusão do inquérito policial é de 30 dias, mas, na prática do foro, percebe-se que não é instaurado imediatamente e sim, meses depois, sendo rara a conclusão em 30 dias, inclusive pelos rotineiros e sucessivos pedidos de prazo para a sua conclusão. Por outro lado, no caso de prisão em flagrante o conhecimento do crime é imediato, dada à obrigatoriedade constitucional de comunicação ao Juízo (art. 5º, LXII, CF), com normal ciência ao Ministério Público.

Cabe destacar que muitos fatos criminosos registrados como boletins de ocorrências não são objetos de inquéritos policiais, principalmente de autoria desconhecida, permanecendo as informações definitivamente nas delegacias de polícias no aguardo da identificação da autoria, situação em que o Ministério Público

sequer toma conhecimento dos crimes e permanece sem possibilidades de tomar providências adequadas.

1.8.2 Possibilidade Jurídica da Investigação Criminal por parte do Ministério Público

O respaldo constitucional do poder investigatório do Ministério Público encontra-se principalmente nos arts. 127, *caput*, e 129, da Carta Magna, enquadrando-se harmoniosamente no sistema constitucional vigente. A finalidade do Ministério Público é a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*).

A função de investigar do Ministério Público afina-se com a defesa dos interesses sociais, porque a prática criminosa ofende à sociedade e constitui inegável interesse social a reparação dos seus efeitos, para reposição da ordem jurídica lesionada pelo delito.

O constituinte concedeu a privatividade da ação penal ao Ministério Público (art. 129, I). A interpretação da 'ação penal' deve englobar a ação penal propriamente dita e as providências antecedentes para permitir o seu desencadeamento, os atos de investigação criminal.

Se as investigações criminais forem insuficientes para embasar a denúncia penal, o encargo constitucional será inócuo. É um grande contra-senso garantir privativamente o exercício da ação penal e impedir o desempenho dos atos investigatórios. A investigação prévia é acessória; a ação penal, principal. Quem pode o mais (promover a ação penal), pode o menos (fazer investigações criminais).

A eventual falha da investigação pode dificultar ao Ministério Público o acesso ao Judiciário, para apreciação de lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV), inviabilizando o exercício privativo da ação penal. O acesso à justiça não pode ficar prejudicado pela ineficiência ou demora de outro órgão público na investigação do crime.

Ressalte-se que o constituinte autorizou o Ministério Público a *exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade* (art. 129, IX, CF). É norma constitucional aberta, que se amolda perfeitamente à finalidade institucional de defesa dos interesses sociais individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, CF), inclusive para maior eficiência do exercício da ação penal (arts. 37, *caput*, e 129, I, CF).

Com muito mais razão, o Ministério Público pode colher dados complementares para alicerçar melhor a ação penal ou até mesmo para eventual convicção da inocorrência dos fatos ou da participação do indiciado. Os interesses do indiciado e da sociedade estarão mais bem protegidos, porque a atividade acusatória do Ministério Público poderá ser exercida de forma mais segura, adequada, embasada e de acordo com os fatos e a realidade.

Portanto, o Ministério Público tem o direito de efetuar investigações criminais autônomas, seja por ampliação da privatividade da ação penal, pelo princípio da universalização das investigações ou do acesso à Justiça ou direito humano da pessoa ser cientificada e julgada em tempo razoável (arts. 7º e 8º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, Pacto de San José), ou até por força do princípio do poder implícito, tudo em consonância com o ordenamento constitucional, o Estado Democrático de Direito, os fundamentos e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Atualmente, o poder investigatório, próprio do Ministério Público, vem sendo questionado sem sucesso, na maioria das vezes, em recursos e ações diretas de inconstitucionalidade, nas instâncias superiores, por indiciados e entidades associativas policiais, ao passo que, na doutrina, é maciça a aceitação da atuação investigatória do Ministério Público.

1.8.3 Vantagens e desvantagens da maior participação do Ministério Público nas investigações criminais

O problema da participação do Ministério Público nas investigações é tormentoso, porque afronta a estrutura atual de domínio absoluto da polícia na investigação, o tradicional afastamento do Ministério Público e os entraves corporativos, uma instituição não interessada em 'perder poder' e a outra, tímida em assumir mais uma atribuição.

Por outro lado, são necessários investimentos públicos para dotar o Ministério Público de estrutura material e pessoal para permitir o seu trabalho na investigação criminal, preferencialmente em conjunto com a estrutura policial.

Evidentemente, devem ser aproveitadas as experiências institucionais e técnico-científicas da polícia e a tradição do sistema brasileiro, não constituindo atitude sã a dispensa do trabalho investigatório policial.

São várias as razões que justificam o aumento da participação do Ministério Público na investigação criminal: celeridade, imediação, universalização das investigações, prevenção e correção de falhas no trabalho policial e melhoria da qualidade dos elementos investigatórios.

1.8.4 Mecanismos e instrumentos de atuação do Ministério Público na fase preliminar

Na fase antecedente à ação penal, o Ministério Público pode atuar utilizando os mecanismos jurídicos da requisição (de diligências investigatórias e da instauração de inquérito policial), acompanhamento (das investigações policiais, administrativas e judiciais) e promoção do inquérito civil ou outros procedimentos administrativos. Também, através de atos e procedimentos variados para o exercício do controle externo.

Nos casos em que seja recomendável a participação ou condução das

investigações criminais pelo Ministério Público, dependendo do caso concreto, são possíveis as seguintes opções: 1) a instauração de inquérito policial pela polícia, no seu trabalho de investigação criminal, com o acompanhamento do Ministério Público; 2) a instauração de inquérito policial, pela polícia de investigação criminal, e a concomitante e separada iniciação de procedimento investigatório pelo Ministério Público, com entreajudas recíprocas; 3) a instauração de dois procedimentos (um pela polícia e outro pelo Ministério Público), cada um buscando os meios à disposição para a colheita de provas; 4) a instauração de dois procedimentos, com o acompanhamento das atividades policiais pelo Ministério Público.

O Ministério Público pode investigar delitos com a utilização dos autos do inquérito policial ou por procedimento investigatório do próprio Ministério Público, dependendo da situação, do andamento das investigações do caso concreto e da necessidade de intervenção.

O procedimento administrativo do Ministério Público deve ter características semelhantes às do inquérito policial ou do inquérito civil, aproveitando os melhores caracteres de um e de outro, consoantes com a atividade de investigação criminal. Deve-se atender aos princípios administrativos da discricionariedade, legalidade, publicidade, moralidade, eficiência e impessoalidade.

As investigações criminais conduzidas pelo Ministério Público deveriam ser fiscalizadas administrativa e judicialmente. Administrativamente, a instauração do procedimento pelo membro do Ministério Público deve ser comunicada aos órgãos superiores, para conhecimento e notícias do andamento.

Durante a tramitação, o juiz deveria ter acesso aos autos, com a remessa rotineira ao Juízo para análise do material investigatório e do comunicado de prorrogação do prazo para término da investigação ou ao menos um ofício dando ciência da existência do procedimento e das diligências empreendidas. Essa providência de caráter administrativo proporcionaria ao Juízo a verificação da regularidade e legalidade dos atos de colheita de elementos de prova, podendo o juiz emitir decisões jurisdicionais para reparar eventuais ferimentos a direitos constitucionais do investigado, como normalmente age em relação ao inquérito policial. É recomendável ao Ministério Público o encaminhamento dos autos a juízo,

para aferição da legalidade dos atos e da indisponibilidade da ação penal.

O controle também pode ser feito pelo investigado por meio de *habeas corpus* e mandado de segurança, com atividade jurisdicional típica do judiciário. O temor de que o Ministério Público não sofreria controle na investigação é improcedente. O procedimento investigatório conduzido pelo Ministério Público deveria sofrer idênticos controles aos exercidos sobre o inquérito policial. Para interferir em direitos constitucionais do cidadão depende-se, necessariamente, de decisão judicial, pra busca e apreensão domiciliar, interceptação telefônica, prisão temporária ou preventiva. A quebra de sigilo bancário, eleitoral e fiscal pode ser autorizada judicialmente ou por deliberação do Ministério Público.

O prazo adequado à conclusão do procedimento investigatório deve ser de 10 dias (indiciado preso) ou 30 dias (indiciado solto), período do inquérito policial (art. 10, *caput*, CPP).

Não incumbe ao juiz deferir ou indeferir prazo suplementar, porque na hipótese de 'indeferimento' estaria diretamente obrigando o Ministério Público a exercer a ação penal, o que não se coaduna com o sistema normativo vigente. No máximo o juiz pode encaminhar os autos ao Procurador-Geral para as providências cabíveis, por analogia ao art. 28, do Código de Processo Penal, se entender que as informações sejam suficientes para a ação penal e mostrem-se desnecessárias novas diligências. Nessa oportunidade, o juiz pode emitir decisão adequada para reparar eventual ferimento a direito constitucional do indiciado.

Na hipótese do Ministério Público propor a ação penal, todos os atos e termos dos autos devem acompanhar a denúncia, sejam favoráveis ou desfavoráveis ao denunciado.

1.9 Crime Organizado

*A criminalidade organizada é menos visível que a criminalidade comum. Geralmente, possui um programa delinqüencial, dentro de uma hierarquia estrutural, além de organizar-se como uma *societas sceleris*. Possui um campo de atuação disforme e variado e atua de forma a intimidar eventuais testemunhas que possam compor um *adminículo probatório*, além de praticar infrações cujo bem jurídico tutelado é atingido de forma imediata pelo Estado e imediatamente pelo titular do bem (como nos casos de tráfico de psicotrópicos, corrupção, crimes contra o sistema financeiro etc.)¹⁸.*

O crime organizado é a delinqüência de grupo constituído e desenvolvido com uma estrutura orgânica, por indivíduos que formam, entre si, estáveis associações para o crime, entregando-se, mediante auxílio mútuo, a todos os tipos de negócios escusos.

O crime organizado tem como características; 1) a unidade de ação, funcionando a entidade sob o comando de um chefe; 2) morte como técnica de negócios, através de ameaça, chantagem e temor para intimidar as vítimas e testemunhas, 3) método de expansão, por meio de grupos regionais; e 4) prática de corrupção, operando livremente a organização corrompendo os agentes dos órgãos oficiais.

O crime organizado atua em rede, no plano internacional, nacional, estadual e local, cometendo os crimes chamados do 'colarinho branco' e toda espécie de crime comum, nas seguintes áreas: político-partidária, financeira, em concorrências públicas de obras e serviços, edificações, sonegação fiscal, falência fraudulenta, falsificação e defraudação de moeda e de papéis, de ações e debêntures de empresa, na contrafação de máquinas e aparelhos, contrabando e descaminho, armas e munições, tráfico de mulheres, crianças e de órgãos de transplantes, narcóticos, jogo, prostituição, lavagem de dinheiro, assalto a banco, assalto a carro-

¹⁸ Lavorenti e Silva, *op. cit.*: 11.

forte, seqüestro, gangue de rua e extorsão de todo o tipo.

Por ter muitas faces, a apuração dos ilícitos se defronta com problema de ordem legal, não se sabendo onde vai chegar ou quando vai terminar a investigação que se inicia.

No plano nacional, a estratégia para identificar os grupos empresariais e as pessoas que operam no crime organizado é a criação de um órgão de apoio operacional, junto ao Ministério da Justiça, dotado de sofisticados mecanismos, o qual faria a troca de informações com os órgãos nacionais e internacionais, e articularia as ações conjuntas fazendárias e policiais de investigação, fiscalização e busca e apreensão.

O órgão de inteligência da Polícia local, por sua vez, deveria coletar, analisar e cadastrar as informações incomuns sobre pessoas, empresas, eventos e pontos de drogas, jogo e prostituição. Assim sendo, os órgãos da Polícia estruturarão setores e equipes de policias especializados no combate à ação praticada por organizações criminosas.

Segundo a legislação pátria, em qualquer fase da persecução criminal que verse sobre ação praticada por organizações criminosas, são permitidos, além dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação: a) ação controlada, que 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; b) acesso a dados, documentos e informações fiscais, bancárias, financeiras e eleitorais.

A diligência será realizada pessoalmente pelo juiz, adotando o mais rigoroso segredo de justiça, quando ocorrer possibilidade de violação do sigilo preservado pela Constituição. Nesse caso, o juiz poderá requisitar o auxílio de pessoas que, pela natureza da função ou profissão, tenham ou possam ter acesso aos objetos do sigilo.

O juiz, pessoalmente, fará lavrar auto circunstanciado da diligência, relatando as informações colhidas oralmente e anexando cópias autênticas de documentos

que tiveram relevância probatória, podendo, para esse efeito, designar uma das pessoas acima referidas como escrivão *ad-hoc*.

Por fim, a Lei n. 9.304/95, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, deu tratamento diferenciado à identificação criminal das pessoas envolvidas com essas entidades, de modo que tal identificação será realizada independentemente da identificação civil. Além disso, não será concedida liberdade provisória, com ou sem fiança, aos indivíduos que tenham tido intensa e efetiva participação nos crimes dessa natureza.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da publicidade rege os agentes públicos, representando garantia de transparência dos atos administrativos, o que permite um melhor controle pelos demais poderes (legislativo e judiciário), bem como pelo Ministério Público e pela sociedade de forma geral.

Tal princípio, todavia, deve ser sopesado diante da necessidade de se garantir uma investigação policial efetiva, com a colheita de elementos probatórios suficientes para a formação da *opinio delicti* pelo órgão do *parquet* e para o recebimento da denúncia pelo juiz, o qual não pode fazê-lo diante da completa ausência de justa causa para o início da ação criminal.

Some-se a essa necessidade o fato de que inquérito policial é apenas procedimento administrativo, do qual não resulta sanção, razão pela qual resta indubitosa a desnecessidade de garantia plena e ilimitada do 'devido processo legal' e seus consectários: 'ampla defesa e contraditório'.

Assim sendo, a participação do indiciado fica assegurada sempre que medidas cautelares forem determinadas no curso da investigação criminal, como, por exemplo, nas prisões preventivas e temporárias, em que há ameaça à liberdade de locomoção do indivíduo e nas decretações de interceptação telefônica, em que restam violadas a intimidade e a vida privada do investigado.

O contraditório, nessa fase, aparece de forma mitigada, posto que tais medidas, ante a sua urgência, não podem ser precedidas de comunicação ao investigado, levando-se, ainda, em conta que o indiciado, certamente, acabaria por frustrar os objetivos perquiridos com a realização dos atos investigatórios.

Ressalte-se, por oportuno, que vedar incondicionalmente a publicidade dos atos investigatórios pode representar ameaça à sociedade, reforçando a corrupção, o engavetamento e a destruição de evidências pela autoridade corrupta. Como já foi afirmado no presente trabalho, somente um sopesamento de princípios pode

garantir a equidade da investigação criminal, por vezes sendo restringida sua publicidade e garantindo-se o sigilo em benefício de sua própria eficácia e, em outros casos, permitindo o livre acesso às diligências e colheitas de provas, assegurando à sociedade e demais poderes o controle da atividade policial.

Nesse contexto, o Ministério Público surge como instituição à qual não se pode vedar o acesso aos atos investigatórios, posto que a titularidade da ação penal que lhe foi conferida pelo legislador constituinte configura garantia de controle da investigação, podendo, até mesmo, realizá-la pessoalmente, como já analisado anteriormente.

O papel desempenhado pelo *parquet* é essencial no combate ao crime organizado, exigindo-se ação conjunta da polícia e do Ministério Público, haja vista a dimensão e complexidade das organizações transfronteiriças, as quais, na contramão da paz social, desenvolvem-se de forma avassaladora, massacrando as bases do Estado Democrático de Direito, freqüentemente contaminando o próprio aparelho policial, mormente diante da precariedade de sua instituição, preterida pelos governantes de forma reiterada.

Desta feita, o sigilo das investigações criminais, no tocante à criminalidade organizada, configura-se medida imprescindível na garantia da eficácia da colheita de provas suficientes para embasar a persecução criminal em juízo, incumbindo ao Ministério Público e ao Poder Judiciário o controle sobre a legalidade dos atos praticados, coibindo eventuais abusos de poder e vilipêndios aos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CARNELUTTI, Francesco. *As Misérias do Processo Penal*. Trad. José Antônio Cardinali: Edizione Radio Italiana, 1957

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FRANCO, Paulo Alves. *Inquérito Policial*. São Paulo: Agá Júris, 1999. Vols. I e II.

GARCIA, Ismar Estuliano. *Procedimento Policial Inquérito*. Goiânia: AB, 2002.

LAVORENTI, Wilson, SILVA, José Geraldo da. *Crime Organizado na Atualidade*. Campinas: Bookseller, 2000.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Ministério Público e Constituição de 1988* Revista dos Tribunais, São Paulo: 1998.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 1999.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2001.

ROCHA, Luiz Carlos. *Investigação Policial*. São Paulo: Saraiva, 1998.

SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. *Inquérito Policial e Ação Penal*. São Paulo: Saraiva, 1992.

SANTIN, Valter Foletto. *O Ministério Público na Investigação Criminal*. São Paulo: Edipro, 2001.

SILVA, José Geraldo da. *O inquérito Policial e a Polícia Judiciária*. São Paulo: LED, 1996.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, *Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2000. 1º volume.