

## **SEM REVISÃO**

# **A investigação criminal e o acesso à Justiça**

Valter Foletto Santin<sup>(\*)</sup>

Promotor de Justiça – SP

---

**RESUMO:** O artigo cuida da investigação criminal e do acesso à justiça. Aborda a universalização da investigação, a possibilidade de investigação por todas as polícias, pelo Ministério Público, vítima e defesa. Também sobre a limitação do contraditório e da ampla defesa.

**Palavras-chaves:** acesso à justiça; investigação criminal; universalização da investigação; polícia; Ministério Público; contraditório.

**SUMÁRIO:** I – Introdução. II – Acesso à justiça penal. III – Investigação criminal. IV – Conclusão.

## **I. Introdução**

O movimento de acesso à justiça é mundial na busca incessante de facilitar a utilização do Judiciário para a solução das lides, por meio da superação dos entraves econômicos, com isenção de custas e fornecimento de assistência judiciária integral, do aumento das pessoas legitimadas a pleitear em Juízo por interesses difusos e das camadas pobres e de consumidores, da criação de procedimentos mais céleres e informais, da proliferação de juizados especiais e de Juízos para a aproximação ao povo e de métodos alternativos de solução dos litígios, como juízo arbitral e conciliação.<sup>(1)</sup>

Os avanços mais significativos nas ondas de acesso à justiça sempre foram conseguidos na esfera civil, em constante evolução processual.

Na área penal, os movimentos sempre foram mais tímidos, provavelmente porque a maioria dos crimes é de ação pública, de exercício privativo do Ministério Público (art. 129, I, da Constituição Federal), sendo minoria a movimentação privada, por ação privada do ofendido (art. 30, CPP).

O acesso à justiça é tema bastante discutido nos últimos tempos, para melhorar e facilitar os mecanismos de ingresso em Juízo para obtenção de

---

(\*) Mestre em Processo pela FADUSP.

**Obs.:** Notas explicativas no final do artigo.

prestação jurisdicional, sendo priorizado neste trabalho o ângulo da esfera penal, especialmente a fase de investigação criminal.

## **II. Acesso à Justiça Penal**

Na esfera penal, o acesso à justiça pode ser analisado pelo aspecto econômico, da legitimidade processual, da simplificação processual e da investigação criminal.

Na ótica econômica, já era tradicional a assistência judiciária ao réu, custeada pelo Estado. A Constituição Federal ampliou o seu significado, ao prever a assistência jurídica integral e gratuita aos hipossuficientes econômicos (art. 5º, LXXXIII, CF), que em relação ao acusado vai além da assistência jurídica do profissional, passando pela colocação de intérpretes e tradutores à disposição do réu, conforme preconizado pela Convenção Interamericana de Direitos Humanos, Pacto de San José (art. 8, § 1º), em vigor no Brasil, tudo para facilitar a defesa do réu.

Sob o ângulo da legitimidade processual, já existia a ação penal pública subsidiária promovida pelo ofendido por inércia do Ministério Público (art. 5º, LIX, da Constituição Federal e art. 29, do Código de Processo Penal), um mecanismo tradicional de ampliação de legitimidade de acusação e acesso à justiça. Na ampliação das pessoas autorizadas a acusar (Ministério Público e ofendido) surgiu a legitimidade das entidades, órgãos e associações de proteção ao consumidor para o exercício da ação subsidiária ou intervenção como assistentes por crimes contra as relações de consumo (art. 80, do Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90), abrindo ainda mais o leque de legitimados para a ação penal pública, também por inércia do Ministério Público.

Na simplificação processual, a Lei nº 9.099/95 normatizou sobre o procedimento dos crimes de menor potencial ofensivo (pena de até 1 ano), criando o termo circunstanciado, que concentra as informações sobre os fatos numa única peça – fazendo com sucesso o papel do burocrático inquérito policial –, que remetido imediatamente a Juízo proporciona a realização de audiência preliminar, em procedimento marcado pela informalidade, celeridade e oralidade, para proporcionar oportunidade de reparação dos danos, representação, aplicação imediata de pena, arquivamento ou oferecimento de denúncia, agilizando e facilitando a decisão sobre pequenos delitos, inclusive em procedimento sumaríssimo (art. 69 e seguintes). Na Reforma Processual Penal em andamento, a Comissão do Ministério da Justiça pretendia inicialmente propor alterações no Código de Processo Penal, como a criação de novo instrumento de investigação, a apuração sumária, destinada aos demais crimes (art. 4º, II, CPP), cujas informações deveriam ser enviadas ao Ministério Público, no prazo de 10 dias (art. 5º, § 2º, CPP), que poderiam servir de base à

formação de convencimento do Ministério Público para o início da ação penal (art. 7º). Essa medida consistiria em mecanismo de simplificação procedimental e agilização do acesso à justiça. Entretanto, o Anteprojeto em andamento não previu a apuração sumária, infelizmente.

A investigação criminal comporta alguns problemas que começam pela atuação policial, passando pela intervenção do Ministério Público até a participação da vítima, do indiciado e de outros entes estatais, que se relacionam à atribuição de realização de investigação, ao monopólio policial e o valor das investigações, porque para o ingresso de ação penal exige-se um mínimo de elementos sobre a autoria e materialidade fornecidos pela investigação criminal, para acompanhar a denúncia ou queixa-crime para o seu recebimento pelo juiz. Também o exercício do contraditório e da ampla defesa na fase de investigação.<sup>(2)</sup>

### III. Investigação criminal

A atividade de investigação criminal destina-se ao fornecimento de elementos mínimos sobre a autoria e a materialidade do delito, para a formação da *opinio delicti* do Ministério Público, o desencadeamento ou não da ação penal pública e o embasamento para o recebimento da denúncia e concessão de medidas cautelares pelo juiz. Também serve para embasar a queixa-crime da vítima nos crimes de ação privada ou ação penal subsidiária. A atribuição para a realização de investigação criminal é das polícias, especialmente a Polícia Federal, as Polícias Civis e as Polícias Militares, por crimes federais, estaduais e militares, respectivamente.

O principal obstáculo do acesso à justiça na esfera criminal relaciona-se à investigação criminal, pelo sistema burocrático e demorado com que realizada tradicionalmente pela polícia, quase de forma exclusiva, sendo necessária a análise da exclusividade da polícia na investigação criminal, se as demais polícias podem investigar delitos fora da sua área de atuação normal, se outros entes estatais extrapoliciais podem investigar e a atuação da vítima, do indiciado e do cidadão.

A investigação criminal em sentido amplo pode ser pública ou privada. Pública quando elaborada pelos entes estatais; privada, providenciada pela vítima, pelo cidadão e por entes privados. Normalmente, ela é desempenhada por entes públicos, principalmente policiais, mas não são descartados os esforços particulares.

É preciso destacar que os serviços de segurança pública são obrigação do Estado, com a participação de todos, para a preservação da ordem pública e incolumidade e patrimônio do cidadão (art. 144, *caput*, CF). Esses serviços destinam-se à prevenção, repressão, investigação de delitos, vigilância e polí-

cia de fronteiras e polícia judiciária. Esses serviços são encarados como funções para a segurança pública. A prevenção destina-se a evitar a ocorrência de crimes; a repressão é a pronta providência para a prisão do infrator; a investigação é para fornecer elementos de prova para o desencadeamento da pretensão punitiva estatal; a polícia de fronteiras é para controlar o ingresso e saída de pessoas e mercadorias no país; a polícia judiciária é para auxiliar e cooperar com as atividades do Judiciário e do Ministério Público, no cumprimento de mandados e diligências.

A polícia federal e as polícias civis e militares não têm exclusividade na realização de investigação criminal, mesmo em relação aos outros organismos policiais como a outros entes públicos. O princípio é da universalização da investigação, em consonância com a democracia participativa, a maior transparência dos atos administrativos, a ampliação dos órgãos habilitados a investigar e a facilitação e ampliação de acesso ao Judiciário, princípios decorrentes do sistema constitucional atual. O reconhecimento do monopólio investigatório da polícia não se coaduna com o sistema constitucional vigente, que prevê o poder investigatório das comissões parlamentares de inquérito (art. 58, § 3º) e do Senado Federal para o processamento e julgamento do Presidente e do Vice-Presidente da República, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, do Procurador-Geral da República e do Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade (art. 52, I e II), o exercício da ação penal e o poder de investigar do Ministério Público (art. 129, I, III e VI), o direito do povo de participar dos serviços de segurança pública (art. 144, *caput*), função na qual a investigação criminal se inclui (art. 144, § 1º, I e § 4º), o acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV) e o princípio da igualdade (art. 5º, *caput* e I).<sup>(3)</sup>

Note-se que não há “privatividade” ou “exclusividade” absoluta no exercício de poder de maior relevância, a ação penal, inerente à soberania estatal, em face da possibilidade da ação privada subsidiária, não é razoável que haja no poder estatal de menor relevância, a investigação criminal, especialmente porque a fase de investigação é facultativa para o exercício da ação penal e acesso ao Judiciário se a acusação possuir elementos suficientes da autoria e materialidade do crime para embasar a denúncia penal (arts. 39, § 5º e 40, do CPP). A Constituição Federal não condiciona o exercício da ação penal à realização de investigação policial.

Em relação ao Ministério Público a Constituição Federal previu a sua função de promover privativamente a ação penal (art. 129, I), instaurar o inquérito civil e promover a ação civil pública (III), expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los (VI), requisitar diligências investigatórias e a instaura-

ção de inquérito policial (VIII) e exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade (IX), dispositivos que evidenciam a possibilidade de empreender todo o tipo de investigação (administrativa, civil ou criminal). O poder de investigação do Ministério Público visa facilitar e estimular o acesso à Justiça.<sup>(4)</sup>

A atribuição da Polícia Federal não chega a ponto de impedir o trabalho investigatório do Ministério Público Federal, titular da ação penal por crimes federais, e de outros órgãos públicos (o Senado, as comissões parlamentares de inquérito, o Judiciário e autoridades administrativas). Se o Ministério Público não pudesse investigar crimes em relação a indiciados sem foro especial pela aplicação da “exclusividade” de polícia judiciária e pela função constitucional da polícia na apuração de crimes também não poderia investigar os delitos dos seus membros. O mesmo raciocínio seria aplicável à investigação por órgão judicial pelos crimes praticados por juizes, bem assim às investigações parlamentares.

A atuação do Ministério Público na investigação ainda gera debates jurídicos e não está pacificada.

Atualmente, o poder investigatório próprio do Ministério Público vem sendo questionado em recursos e ações diretas de inconstitucionalidade, nas instâncias superiores, por indiciados e entidade associativa policial. A ADEPOL (Associação dos Delegados de Polícia) promoveu várias ações diretas de inconstitucionalidade, sem êxito. A E. Suprema Corte brasileira não concedeu nenhuma medida liminar, mantendo eficazes as normas da Lei nº 6.825/93 e Lei Complementar Federal nº 75/93 (ADIN 1.142) e resoluções da Procuradoria Geral de Justiça do Rio de Janeiro, referentes à Promotoria de Investigação Penal (ADIN 1.138-3 RJ) e da Procuradoria Geral de Justiça do Paraná, na instituição de Promotoria de Investigação Criminal (ADIN 1.336-PR.).

Apesar disso, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, não está pacificada a possibilidade ou não de investigação criminal pelo Ministério Público.

Em 1997, a E. 1ª Turma decidiu ser “regular a participação do Ministério Público em fase investigatória”,<sup>(5)</sup> sinal da possibilidade de investigação criminal pelo Ministério Público.

Por outro lado, a E. 2ª Turma, em dezembro de 1998, decidiu de forma restritiva, entendendo que “não cabe ao membro do Ministério Público realizar, diretamente, tais investigações, mas requisitá-las à autoridade policial, competente para tal (CF art. 144, 1º e 4º)“ (RECR 205473-AL, Rel. Min. Carlos Velloso, v.u., j. em 15.12.1998, DJ 19.3.1999, pág. 19, Ement. vol. 1943-02, pág. 348.). Em maio de 1999, no RE 233072/RJ, por maioria de votos, sendo relator originário o Min. Néri da Silveira e para o acórdão o Min. Nelson

Jobim, não conheceu de recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público contra decisão do TRF da 2ª Região (RJ) que anulava o processo, iniciado com base em investigações do Ministério Público (Boletim Informativo do STF n°s143, 148 e 150, [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)).

Por seu turno, no E. Superior Tribunal de Justiça, a situação é diferente, com confirmação pacífica da atuação do Ministério Público na fase investigatória, conforme se depreende de inúmeras decisões, das 5ª e 6ª Turmas.

Em 1994, a 6ª Turma, Rel. o Min. Pedro Acioli, chancelou a possibilidade do Ministério Público atuar na fase antecedente à ação penal, assentando: “Não causa nulidade o fato do promotor, para formação da *opinio delicti*, colher preliminarmente as provas necessárias para ação penal”. (RHC 3.586-2/PA, v.u., j. em 9.5.1994, DJU de 30.5.1994). Em 1998, a 6ª Turma, Rel. o Min. Vicente Leal, entendeu que o Ministério Público possui competência para investigar (RHC 7.063/PR, DJ 14.12.1998, pág. 302.) e pode efetuar diligências, colher depoimentos e investigar os fatos, para o “fim de poder oferecer denúncia pelo verdadeiramente ocorrido” (RHC 8.025/PR, v.u., DJ 18.12.1998, pág. 416).

A 5ª Turma tem seguido a mesma linha e expressado seguramente a possibilidade da participação do Ministério Público na fase pré-processual para apuração de crime, com inúmeras decisões recentes (RHC 7.445/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 1º.2.1999, pág. 218; RHC 8.732/RJ, Rel. Min. Felix Fischer, v.u., DJ 4.10.1999, pág. 64; HC 10725/PB, Rel. Min. Gilson Dipp, v.u., DJ 8.3.2000, pág. 137; HC 10605/PB, Rel. Min. Félix Fischer, v.u., DJ 13.12.1999, pág. 167).

O E. STJ também considerou inexistente impedimento para oferecimento de denúncia por promotor que atuou na fase investigatória, tendo em vista a possibilidade para formação da “*opinio delicti*” de colher preliminarmente as provas necessárias para a ação penal (RHC 3.586-2/PA, 6ª T., Rel. Min. Pedro Acioli, v.u., j. 9.5.1994, DJU 30.5.1994). Em sentido semelhante: HC 9.023/SC, 5ª T., Rel. Min. Felix Fischer, j. em 6.6.1999, in Informativo Jurídico nº 22, [www.stj.gov.br/stj/instituc/Injur22.htm](http://www.stj.gov.br/stj/instituc/Injur22.htm). O assunto foi convertido na Súmula nº 234: “A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia” (Informativo Jurídico 44, [www.stj.gov.br](http://www.stj.gov.br), jurisprudência; DJ 7.2.2000, pág. 185).

O E. Tribunal Regional Federal, da 1ª Região (DF), reconheceu o poder do Ministério Público de instaurar inquérito civil ou procedimento investigatório, para apuração de crimes contra a ordem tributária (Juiz Cândido Ribeiro), em que quebrado judicialmente o sigilo bancário do investigado, mas assegurado a

este o acesso às movimentações bancárias (MS 1998.01.00.027824-6/PA, DJ 15.3.1999, pág. 17 e HC 1998.01.00.048293-0/PA, DJ 12.3.1999, pág. 99), facilitando o exercício da ampla defesa e do contraditório.

O E. Tribunal Regional Federal, da 2ª Região (RJ), entendeu que, nos termos do artigo 129, VI, da Constituição Federal, “pode o Ministério Público proceder às investigações cabíveis, requisitando informações e documentos para instruir seus procedimentos administrativos preparatórios da ação penal” (98/0032251-5). A posição não é pacífica, por entendimento contrário (HC 96.02.35446-1, 2ª T., Rel. Des. Fed. Silvério Cabral, v.m., j. em 11.12.96, e 97.02.09315-5, 1ª T., Rel. Des. Fed. Nei Fonseca, v.u., j. em 19.9.1997, DJU de 9.10.1997).

O E. Tribunal Regional Federal, da 4ª Região (RS), reconheceu a possibilidade de denúncia com base em “investigações precedidas pelo Ministério Público”, que “pode investigar fatos, poder que se inclui no mais amplo de fiscalizar a correta execução da lei”, de modo que tal “poder do Órgão Ministerial mais avulta quando os envolvidos na infração penal são autoridades policiais, submetidas ao controle externo do Ministério Público” (HC 97.04.26750-9/PR, Rel. Juiz Fábio Bittencourt da Rosa, 1ª T., v.u., j. 24.6.1997, DJU 16.7.1997).

O E. Tribunal de Justiça de São Paulo, no HC 95852/SP, sendo relator o Des. Nelson Fonseca, em virtude de atuação de membro do Ministério Público na fase do inquérito policial, decidiu sobre a admissibilidade do “promotor de justiça, designado para a fase investigatória, promover a ação penal”, porque “acompanhamento dos atos de investigação ou realização direta de diligências relevantes que não se erigem em impedimento à sua atuação” (6ª Câmara, j. em 15.8.1990, RT 660/288).

O E. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul admitiu investigação pelo Ministério Público para a colheita de provas para servir de base à denúncia ou à ação penal (RT 651/313). O juiz gaúcho Vladimir Giacomuzzi, em julgamento de *habeas corpus*, HC 291071702, afirmou que “a CF, ao conferir ao MP a faculdade de requisitar e de notificar, defere-lhe o poder de investigar, no qual aquelas funções se subsumem” (CCrim. de Férias, j. em 25.7.1991, Julgados do TARS nº 79/128).

Na doutrina, é maciça a aceitação da atuação investigatória do Ministério Público. Essa participação na apuração de crimes já era defendida anteriormente por Alckmin, Frederico Marques, Hélio Bicudo, Marcio Antonio Inacarato, Ubirajara do Mont’Serrat Faria Salgado e outros, sendo atualmente seguida a posição por Mirabete, Marcellus Polastri de Lima, Hugo Mazzilli e outros.

Julio Fabbrini Mirabete salienta que tem o Ministério Público “legitimidade para proceder a investigações e diligências”.<sup>(6)</sup>

Hugo Nigro Mazzilli entende que nos procedimentos administrativos do Ministério Público (art. 129, VI) “também se incluem investigações destinadas à coleta direta de elementos de convicção para a *opinio delicti*”, porque se destinados apenas à área cível bastaria o inquérito civil (inciso III) e o “poder de requisitar informações e diligências não se exaure na esfera cível, atingindo também a área destinada a investigações criminais”.<sup>(7)</sup>

Marcellus Polastri de Lima entende que a polícia judiciária não detém a exclusividade na apuração de infrações penais e que “nada obsta que o Ministério Público promova diretamente investigações próprias para elucidação de delitos”, porque exerce “parcela de autoridade” e “pode proceder às investigações penais diretas na forma da legislação em vigor”.<sup>(8)</sup>

Marcio Luís Chila Freyesleben considera que a “investigação criminal presidida pelo Promotor é absolutamente normal e amparada em lei”,<sup>(9)</sup> através de procedimento administrativo.

A universalização da investigação foi reconhecida em hipótese originária de representação por crime eleitoral enviada pelo juiz ao órgão do Ministério Público, o qual “por não dispor de elementos suficientes, realizou a inquirição das testemunhas na sala da promotoria” para a ação penal, sendo considerada a inexistência de irregularidade jurídica (TSE, RHC/SP 54, Acórdão nº 4985, Rel. Raphael de Barros Monteiro, j. em 18.5.1972, BEL vol. 250, tomo 1, pág. 558, [www.tse.gov.br](http://www.tse.gov.br)).

O Ministério Público pode proceder aos atos de investigação criminal, com a utilização de procedimento administrativo autônomo ou do próprio inquérito policial.

As atribuições de investigação do crime não são exclusivas dos organismos policiais e muitos menos da Polícia Federal, Polícias Cíveis e Polícias Militares. As demais polícias podem investigar os crimes. Todas as polícias têm a obrigação constitucional de prestar serviços de segurança pública, para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (art. 144, *caput*), vale dizer funções de polícia de segurança, para a prevenção e repressão aos crimes, por polícias ostensivas e não ostensivas. Na função de investigação podem atuar as polícias com destinação específica (polícia federal e polícias cíveis e militares, art. 144, §§ 1º, I e 4º, CF). e os órgãos policiais com destinação geral (demais polícias, corpos de bombeiros e guardas municipais). A divisão de funções é artificial, porque todas as polícias são encarregadas da prestação de serviços de segurança pública, em que se inclui a investigação criminal. No máximo as referidas polícias (Federal, Civil e Militar) ostentam a condição de especialmente encarregadas dessa atividade, não exclusivamente. A fixação de monopólio das três insti-



tuições não se coaduna com o interesse público em receber os serviços públicos de segurança pública de forma eficiente e integral.

No tocante aos delitos federais, uma interpretação apressada e inadequada do art. 144, § 1º, IV, da Carta Magna, poderia indicar que somente a polícia federal estaria autorizada a investigar os crimes federais, com exclusão de qualquer outra instituição, em virtude da destinação de “exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União”. Essa não pode ser a interpretação adequada. Não há exclusividade investigatória, mas sim universalização da investigação. É bem verdade que o constituinte previu que a polícia federal teria exclusividade no trabalho de polícia judiciária (art. 144, § 1º, IV), mas não da apuração de infrações penais (I), porque não mencionado nenhum termo ou expressão equivalente. No sistema constitucional atual as funções de investigação e cooperação são distintas, uma (investigação) caracteriza o trabalho de polícia de investigação criminal e a outra (cooperação), o trabalho de polícia judiciária. Dessa forma, o trabalho de investigação não se inclui mais dentro da noção funcional de polícia judiciária no sistema brasileiro; apenas a cooperação e auxílio ao Judiciário e ao Ministério Público (art. 13, I a III, CPP). Investigação criminal não é trabalho de polícia judiciária! A Constituição Federal foi clara em separar as funções, tanto em relação à polícia federal (art. 144, § 1º, I e IV) quanto às polícias civis e militares (art. 144, § 4º). As funções da polícia federal de investigar crimes e de polícia judiciária estão em dois incisos diferentes (I e IV), indicando que se tratam de duas funções diferentes, duas finalidades diversas: uma de investigação e a outra de cooperação. Em relação às polícias estaduais (civis e militares) o constituinte programou que lhes incumbem as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais (§ 4º), evidenciando que se tratam de duas atividades policiais (“funções” está no plural) diferentes (de polícia judiciária e de apuração de infrações penais) e com duas finalidades diversas (cooperação e investigação).

O E. STJ confirmou a possibilidade de investigação de crime ocorrido em outra circunscrição ou esfera. No HC 9958/GO, decidiu que “não há impedimento que a autoridade policial de determinada unidade federativa promova investigações, mediante instauração de inquérito, acerca de fatos ocorridos em outra circunscrição, mas que tenham repercutido naquela de sua competência” (6ª T., Rel. Min. Fernando Gonçalves, j. em 16.9.1999, DJ 4.10.1999, pág. 115). No HC 9797/PE, na apuração de tráfico de drogas, em que o auto de prisão em flagrante foi lavrado por delegado de polícia federal, assentou que a “Carta Magna explicita que a repressão ao tráfico de drogas realizado pela autoridade federal será realizada ‘sem o prejuízo’ da atuação de outros órgãos públicos.” (5ª, T., Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. em 2.9.1999, DJ

4.10.1999, pág. 69). No HC 9.704/GO, em que os fatos foram rotulados inicialmente como configuradores de crime contra o sistema financeiro nacional, de alçada federal, em desfavor da Caixa Econômica do Estado de Goiás quando esta não mais era instituição financeira, depois foi reconhecida a competência da Justiça Estadual, com a anulação da denúncia, do seu recebimento e dos atos posteriores, mas “mantidos os atos investigatórios anteriores” (5ª T., Rel. Min. Edson Vidigal, j. em 10.8.1999, DJ 11.10.1999, pág. 78).

A vítima, o cidadão e o indiciado têm direito de participar da investigação criminal.<sup>(10)</sup>

A possibilidade de participação da vítima e do cidadão decorre do sistema constitucional, ao prever a ação penal pública subsidiária (art. 5º, LIX, Carta Magna), ao considerar a segurança direito social (art. 6º), prever a função policial de apuração de crimes (art. 144, § 1º e § 4º), fixar a segurança pública como obrigação estatal, mas direito e responsabilidade de todos (art. 144, *caput*), princípio que estimula a participação popular na prestação de serviços de segurança pública, função geral que inclui a prevenção, a repressão e a investigação de crimes (art. 144), em consonância com o Estado Democrático de Direito, os fundamentos da cidadania e dignidade da pessoa humana (art. 1º, II e III) e os objetivos da República Federativa do Brasil de construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I).

Os elementos investigatórios podem ser colhidos pela polícia, em inquérito policial, ou pela própria vítima, em investigação particular. A vítima pode auxiliar a polícia ou colher diretamente os dados sobre os fatos delituosos.

No trabalho de auxiliar, a vítima pode fornecer à autoridade policial ou ao Ministério Público documentos, informações e elementos de convicção, para instruir o inquérito policial (art. 5º, § 1º) ou a representação (art. 27), inclusive requerendo diligências policiais (art. 14, do Código de Processo Penal). Ela tem direito de coadjuvar os trabalhos e que os seus informes sejam analisados pelos órgãos de persecução penal e acompanhem os autos da investigação.

Em relação à investigação diretamente pela vítima, não se vê nenhum empecilho ou impedimento de que o ofendido faça diligências e produza elementos informativos, através de perícia particular, documentos e declarações privadas de testemunhas dos fatos, para corroborar o delito, tudo anexando à representação ou à peça acusatória (queixa-crime). Essa atividade complementa o trabalho de investigação estatal.

Na hipótese de crime de ação privada (contra os costumes, contra a honra, contra a propriedade industrial, dano etc.) é visível o interesse e o direito da vítima investigar por meios próprios, porque a acusação é sua incumbência e

possui interesse em produzir elementos de provas mais robustos para alicerçar a sua atuação no processo e melhorar as chances de sucesso da ação penal.

Nos delitos de iniciativa pública, legítima a sua vontade de melhorar a qualidade dos informes sobre os fatos e até mesmo produzir elementos suficientes para o desencadeamento da ação penal pelo Ministério Público. Como exemplo, podem ser vislumbrados casos de furto, apropriação indébita e outros crimes contra o patrimônio, sofridos por um banco, praticado por seu funcionário, em que a instituição financeira disponha de prova documental sobre o ilícito, produza perícia contábil e grafotécnica necessária e ouça clientes e funcionários sobre os fatos, formando um conjunto de elementos para acompanhamento da representação, muitas vezes suficiente para a formação da *opinio delicti* do Ministério Público.<sup>(11)</sup> É viável que uma empresa, vítima de seu funcionário, possa amearhar elementos de provas, documental, pericial e declarações de testemunhas, para encaminhar ao Ministério Público na representação e que possam ser suficientes para desencadeamento da ação penal. O sistema permite que a vítima ou o cidadão represente diretamente ao Ministério Público noticiando a prática criminosa e que este ofereça a denúncia criminal se suficientes os elementos, sendo razoável que possa o interessado (vítima ou cidadão) efetuar prévias investigações sobre os fatos, inclusive para evitar incorrer em delito por acusação falsa ou infundada.

A vítima – outrora esquecida – tende a ser prestigiada no campo do processo penal. Essa tendência acentuou-se na Lei nº 9.099/95 que aumentou o leque de delitos de ação pública condicionada à representação, ao incluir nesse rol as lesões culposas e dolosas leves (art. 88). Na audiência preliminar (art. 72), orientada pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade (art. 62), a vítima poderá fornecer subsídios fáticos e probatórios para auxiliar na formação da *opinio delicti* pelo Ministério Público. Para o aperfeiçoamento da participação da vítima, Antonio Scarance Fernandes propõe seja a vítima informada sobre a instauração e encerramento do inquérito, o andamento das investigações e receba proteção estatal nos crimes graves. Sugere a restrição de notícias sobre crimes graves e dados das vítimas.<sup>(12)</sup>

A valorização da vítima é uma tendência mundial, refletindo o reconhecimento aos direitos da pessoa mais prejudicada pelo crime.

Sobre a participação do cidadão, prevê o artigo 27, do CPP, que qualquer pessoa do povo poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, nos casos de ação pública, fornecendo-lhe informações escritas sobre o fato e a autoria, com indicação de tempo, o lugar e os elementos de convicção. Evidentemente, o cidadão poderá produzir documentos particulares e elementos de prova para corroborar a notícia-crime, de forma similar à vítima.

A participação do cidadão no campo do processo penal é importante para a melhoria da qualidade da Justiça Criminal. O Estado terá ao seu lado o povo no difícil trabalho investigatório e persecutório, com maiores chances de eficiência no combate ao crime e punição dos delinquentes.

A doutrina tem despertado para a conveniência da participação popular na investigação criminal e no processo penal, começando pela notícia dos fatos criminosos, o fornecimento de informações sobre nomes de testemunhas, o levantamento de provas periciais e até indicações de ordem técnica, além do encargo de servir como testemunha.<sup>(13)</sup>

Não constitui delito de usurpação de função pública a atividade de investigação particular, por parte da vítima, do cidadão ou até de investigador particular contratado, sendo lícito o trabalho de detetive particular, que se submete à legislação própria para a atividade profissional de prestação de serviço de investigação (Lei nº 3.099, de 24 de fevereiro de 1957).<sup>(14)</sup> Pode caracterizar o delito de usurpação de função pública se o particular identificar-se como policial ou agir como se fosse servidor público. Exemplos de desvio e usurpação podem ser o cumprimento por particular de mandado e requisições endereçadas aos organismos públicos (busca e apreensão, prisão temporária e preventiva, interceptação telefônica, quebra de sigilo bancário e fiscal), funções públicas.

O investigador particular, a vítima, o cidadão e o indiciado não detêm poder de polícia e têm as suas atividades restritas às condições de entes privados. Evidentemente, o investigador particular não poderá invocar a condição de servidor público. Deve agir na condição de particular e obter a colaboração espontânea de terceiros na colheita de dados e documentos, sem direito ao exercício de coerção, respeitando as garantias constitucionais do investigado, sob pena de sanção penal.

Na participação popular do cidadão os organismos policiais deverão cuidar para que a atividade particular não afete o trabalho normal da polícia, que deve ser minimizado na situação de sigilo, apesar da regra ser a publicidade. A experiência demonstra que podem ocorrer excessos e desvios nesse relacionamento, em que os informantes, os “gansos” no jargão policial, passam a agir como se policiais fossem, participando de operações policiais e obtendo vantagens pessoais ilícitas, em desvirtuamento do intuito do legislador de parceria desinteressada do Estado com o cidadão. Nessa hipótese, poderá ocorrer a tipificação do delito de usurpação de função pública. Os gansos podem servir de intermediários entre os policiais e criminosos para a obtenção de vantagens indevidas por funcionários públicos (corrupção e extorsão), situação a ser reprimida penalmente.

A participação da defesa na investigação criminal poderá ser autônoma e como auxiliar da polícia. Na investigação autônoma poderá agir de forma semelhante à vítima.

A sua atuação na investigação estatal é limitada, sendo possível requerimento de diligência (art. 14, do CPP), o acompanhamento dos atos de investigação e uma atuação ativa, caso não causar prejuízo à investigação e ao procedimento ou tratar-se de hipótese de sigilo.<sup>(15)</sup>

Não me parece haver restrição ao acompanhamento do inquérito policial por parte da defesa. Na prática, a defesa já acompanha o andamento das investigações, participando da colheita de depoimentos, do interrogatório do indiciado, perícias e outros atos, inclusive extraindo cópias dos atos processuais. O Estatuto da OAB permite ao advogado o ingresso nas salas e dependências de audiências, repartições cartorárias, judiciais, delegacias e prisões (art. 7º, VI, “a”, Lei nº 8.906, de 1994), a cópia de peças e a tomada de apontamentos de autos de flagrante e de inquérito (art. 7º, XIV, EOAB), evidentemente em situação em que não haja necessidade de sigilo, para a defesa da intimidade ou exigência do interesse social, hipóteses de restrição da publicidade dos atos processuais (art. 5º, LX, da Carta Magna).

De modo geral, a participação da defesa nessa fase é passiva, sem interferência no andamento dos trabalhos de investigação feitos pela autoridade policial,<sup>(16)</sup> num mero acompanhamento como espectador, para dificultar o cometimento de irregularidades e ilegalidades. Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz e Tucci criticam a participação do advogado como mero espectador, pretendendo a defesa técnica ampla.<sup>(17)</sup>

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.<sup>(18)</sup> Seria um contraditório mitigado.

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 local poderia providenciar a retirada dos objetos ou a mudança de local tornando inócua a providência.

A participação da defesa na investigação criminal (procedimento inquisitório) não pode ser considerada um direito absoluto e obrigatório, porque não incluída no direito individual do acusado que determina o contraditório e ampla defesa no processo judicial ou administrativo (art. 5º, LV, CF), mas mera faculdade – dependente de deferimento da autoridade investigante –, exercitável por empenho próprio da defesa e sem os rigores e vícios típicos dos atos processuais judiciais que exigem a efetiva participação da defesa, sob pena de nulidade. Com ou sem a participação da defesa, os atos de investigação seguem normalmente.

Anote-se que a jurisprudência dos tribunais superiores é pacífica e segura em relação à inexigibilidade do contraditório e ampla defesa no inquérito policial e outros procedimentos investigatórios estatais.

O E. STF tem entendido que “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” (RECR 136.239/SP, Rel. Celso de Mello, DJ 14.8.1992, pág. 12.227, Ement. vol. 1.670-02, pág. 391, RTJ vol. 143-01, pág. 306)<sup>(19)</sup> ou no que “respeita ao inquérito policial, não estando a ação penal ainda instaurada, não há invocar o princípio do contraditório a legitimar o procedimento penal” (HC 71.438-RJ, Rel. Min. Néri da Silveira, 2ª T., j. em 7.6.1994, DJ 6.6.1997, pág. 24.868, Ement. vol. 1.872-04, pág. 663).

Sobre a ampla defesa, tem-se entendido que “a prerrogativa inafastável da ampla defesa traduz elemento essencial e exclusivo da persecução penal em juízo” (Rel. Celso de Mello, HC 69.372/SP. Precedente: RE 136.239/SP).

O E. Superior Tribunal de Justiça segue a mesma linha, decidindo que não cabe o contraditório no inquérito policial, mas apenas na ação penal (RHC 3.923, Min. Pedro Aciole; RHC 3.893, Min. Edson Vidigal; RHC 2.360, Min. José Dantas), por ser o inquérito peça informativa (RHC 1.875 e 1.492, Min. Edson Vidigal; RHC 1.703, Min. José Dantas), inclusive dispensável (RHC 1.393, Min. Assis Toledo).

Portanto, o procedimento de investigação deve ser inquisitivo e sigiloso quando necessário para o atingimento da finalidade do procedimento, sendo o exercício da defesa facultativo, porque ainda não há obrigatoriedade de contraditório e de ampla defesa na fase antecedente à ação penal.

A investigação criminal deve ser desburocratizada e instrumentalizada de forma simples e célere, sendo adequada a apuração sumária, em fase de criação legislativa, para permitir a imediata análise do Ministério Público e a formação do seu convencimento sobre o desencadeamento da ação penal ou o arquivamento do caso.

#### IV. Conclusão

Tendo em vista tais fundamentos jurídicos, concluo:

1) O principal obstáculo do acesso à justiça na esfera criminal relaciona-se à investigação criminal, que pode ser minimizado pela ampliação dos entes legitimados a investigar;

2) A investigação criminal não é monopólio estatal nem das polícias federal, civil e militar, em consonância com o princípio da universalização da investigação criminal e da prestação integral e eficiente de segurança pública.

3) O Ministério Público pode proceder aos atos de investigação criminal, com a utilização de procedimento administrativo autônomo ou do próprio inquérito policial.

4) A vítima, o indiciado e a defesa têm possibilidades de elaboração de atos de investigação criminal e de participação dos atos não sigilosos promovidos pelos órgãos estatais.

5) O contraditório e a ampla defesa não são obrigatórios no procedimento de investigação, mas podem ser permitidos quando não prejudicarem o andamento das investigações ou não seja necessário o sigilo.

6) A investigação criminal deve ser desburocratizada e instrumentalizada de forma simples e célere, para permitir a imediata análise do Ministério Público e a formação do convencimento sobre o desencadeamento da ação penal ou o arquivamento do caso.

E-mail: santin@mp.sp.gov.br

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

**Cappelletti**, Mauro; Garth, Bryant. "Acesso à justiça". Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

**Cogan**, Arthur. Investigação particular, in "*Justitia*" n° 130, 3° trimestre de 1985.

**Fernandes**, Antonio Scarance. Necessidade da participação popular para a efetividade da Justiça Criminal. In: **Grinover**, Ada Pellegrini; **Dinamarco**, Candido Rangel & **Watanabe**, Kazuo (coords.). "Participação e Processo". São Paulo: RT, 1988, p. 346-359.

\_\_\_\_\_. "O papel da vítima no processo criminal". São Paulo: Malheiros, 1995.

- Freitas**, Silvana de. Supremo tende a reconhecer apreensões. *Folha de S. Paulo*, caderno 1, pág. 8, ed. 22.04.99.
- Freyesleben**, Marcio Luís Chila. “O Ministério Público e a polícia judiciária: controle externo da atividade policial”. 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- Lima**, Marcellus Polastris de. “Ministério Público e persecução criminal”. Rio: Lumen Juris, 1997.
- Marques**, José Frederico. “Tratado de Direito Processual Penal”. São Paulo: Saraiva, 1980, v. 1.
- Mazzilli**, Hugo Nigro. “Manual do Promotor de Justiça”. São Paulo: Saraiva, 1991.
- Mirabete**, Júlio Fabbrini. “Processo Penal”. 4ª ed., São Paulo: Atlas, 1995.
- Santim**, Valter Foleto. “O Ministério Público na investigação criminal. Dissertação de mestrado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo”, 1999.
- Tonini**, Wagner Adilson. “Defensorias e contraditório informal nos procedimentos iniciais de polícia judiciária”. In: *Boletim IBCCrim* n° 61, dezembro/1997, pág. 16.
- Tucci**, Rogério Lauria Tucci & **Tucci**, José Rogério Cruz e. “Devido processo legal e tutela jurisdicional”. São Paulo: RT, 1993.

#### NOTAS EXPLICATIVAS

- (1) MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH, “Acesso à justiça”, *passim*.
- (2) Sobre a participação na investigação criminal vide VALTER FOLETO SANTIN, “O Ministério Público na investigação criminal”, *passim*.
- (3) “Sobre a universalidade da investigação e inexistência de monopólio da polícia na investigação” vide SANTIN, *op. cit.*, *passim*.
- (4) SANTIN, *op. cit.*, *passim*.
- (5) SILVANA DE FREITAS, Supremo tende a reconhecer apreensões, *Folha de S. Paulo*, caderno 1, pág. 8, ed. 22.04.99. Vide também ADIN 1571-1, Rel. Min. Néri da Silveira.
- (6) “Processo Penal”, pág. 77.
- (7) “Manual do Promotor de Justiça”, pág. 121.
- (8) “Ministério Público e persecução criminal”, pág. 84 e 87.
- (9) “O Ministério Público e a polícia judiciária: controle externo da atividade policial”, pág. 90.
- (10) SANTIN, *op. cit.*, *passim*.
- (11) FREDERICO MARQUES aceita esse tipo de investigação pelo banco (“Tratado de Direito Processual Penal”, pág. 183).
- (12) “O papel da vítima no processo criminal”, págs. 81-83.
- (13) ANTONIO SCARANCA FERNANDES, “Necessidade da participação popular para a efetividade da Justiça Criminal”, págs. 346-359.
- (14) ARTHUR COGAN entende que o detetive particular pratica o delito de usurpação de função pública (“Investigação particular”, *Justitia* n° 130).
- (15) Em relação à participação da defesa, contraditório e ampla defesa vide SANTIN, *op. cit.*, *passim*.
- (16) Inadmissível que a interferência da defesa seja excessivamente ativa, ativíssima, a ponto de ser concedido ao advogado o poder de ditar ao escrivão o interrogatório do investigado ou o depoimento de testemunha na eventual ausência ou omissão da autoridade policial. Essas distorções podem se concretizar na realidade, mas merecem combate constante.
- (17) “Devido processo legal e tutela jurisdicional”, pág. 26.
- (18) O delegado de polícia paulista Wagner Adilson Tonini, ao propor a criação de defensorias públicas junto às delegacias, noticia a existência na prática de “contraditório informal” no inquérito, permitido por algumas autoridades policiais em certos casos (Defensorias e contraditório informal nos procedimentos iniciais de polícia judiciária, *Boletim IBCCrim* n° 61, pág. 16).
- (19) No mesmo sentido: HC 69.372/SP, Rel. Celso de Mello, 1ª T., j. em 22.9.1992, DJ 7.5.1993, pág. 8.328, Ement. v. 1.702-03, pág. 386.