Franklyn Roger Alves Silva

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DIRETA PELA DEFESA

6ª edição
Revista, atualizada e ampliada

2025

EDITORA JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

Capítulo 4

OS DIVERSOS GÊNEROS DE INVESTIGAÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

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

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

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

Aury Lopes Jr. e Ricardo Gloeckner trazem interessantes considerações sobre a chamada "instrução preliminar", uma adjetivação reputada pelos autores como a mais adequada para a designação da atividade prévia à relação processual penal[1].

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

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

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

A contrario sensu da leitura do art. 1º da lei mencionada, seria possível encontrarmos investigações criminais conduzidas por outros sujeitos, a exemplo da investigação direta conduzida pelo Ministério Público, da investigação criminal defensiva e da investigação derivada de procedimentos administrativos sancionadores, como ocorre nas Comissões Parlamentares de Inquérito e Agências Reguladoras.

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

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

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

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

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

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

André Augusto Mendes Machado, em sua obra sobre investigação criminal defensiva, considera a investigação criminal como "procedimento preliminar e preparatório à ação penal, formado por um conjunto de atos

encadeados, que podem ser praticados pelos sujeitos envolvidos e diretamente interessados na persecução penal, com a finalidade de reunir elementos materiais relacionados ao possível ilícito penal"[2].

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

Em nossa visão, a investigação criminal corresponde a um conceito amplo que compreende uma atividade procedimentalizada, um conjunto de atos desempenhados para busca de elementos de formação do convencimento – ou fontes de prova[4] – a respeito de fatos delituosos, dentro ou fora de uma relação processual e que não possui um único sujeito determinado para a sua condução. Constitui-se, assim, como uma atividade plural ao que veremos mais adiante nas suas diversas espécies.

Inegavelmente, a investigação criminal pode acontecer ao amparo de relação judicial, bastando se pensar em casos nos quais se desenvolvam diligências que dependam de autorização judicial (medidas cautelares) ou nas hipóteses de foro por prerrogativa de função cuja instauração de investigação criminal depende de autorização judicial, o que nos leva a divergir da opinião de André Mendes Machado[5].

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

---

2 (MACHADO, 2010, p. 36).

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

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

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

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

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

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

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

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

Enquanto a atribuição de uma natureza pública ou privada à investigação criminal pode variar a partir do enfoque em quem a desempenha (advogado, por exemplo), ela não terá aptidão para alterar a qualidade e a utilizabilidade dos atos praticados[6].

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

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

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

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

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

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

Não cabe ao juiz realizar atos de investigação, mas tão somente participar da investigação realizada pelos demais sujeitos, fornecendo amparo e controle judicial dos atos praticados na apuração de fatos criminosos[7].

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

nele;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[...]

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

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

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

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

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

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

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

Superado o aspecto da publicidade, o segundo ponto de análise entre as diversas investigações criminais consiste em verificar a incidência das garantias da ampla defesa e do contraditório. Apesar de não haver uma relação bilateral, já que o ato de investigação nem sempre é conduzido por um sujeito processual (inquérito policial, por exemplo), isso não quer dizer que a defesa não possa auxiliar na construção dos rumos da investigação[10].

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Na sequência de nossa reflexão, o terceiro aspecto a ser abordado compreende a finalidade da investigação criminal e o seu modo de desenvolvimento, ou seja, a sua inquisitividade[11].

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

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

O Código de Processo Penal descreve as principais diligências cabíveis no inquérito policial (art. 6º), em modo meramente exemplificativo. Entretanto, o legislador opta por não estabelecer a ritualística – sequência de atos – a ser observada pela autoridade policial na condução de sua investigação. Isso representa a total liberdade concedida à autoridade policial na forma como desenvolve os atos do inquérito[12], diante da cadeia de informações que são coletadas.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Não por outra razão tivemos quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ns. 6298, 6299, 6300 e 6305) ajuizadas, respectivamente pela Associação dos Magistrados Brasileiros, Partidos Podemos e Cidadania, Partido Social Liberal e CONAMP, questionando a constitucionalidade das novas disposições sobre o instituto, com um julgamento um tanto quanto frustrante por parte do Supremo Tribunal Federal.

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

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

A nova disposição procurou estabelecer, legislativamente, dois paradigmas sempre advertidos pela doutrina: a opção de um modelo acusatório com

divisão clara de funções e a decorrência de que em sistemas dessa natureza o juiz deve procurar manter-se em uma posição de distância e neutralidade das partes.

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

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

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

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

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

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

Quando a norma veda que o juiz se substitua à atividade probatória do órgão de acusação, parece-me claro que o legislador não quer que o juiz

de instrução e julgamento determine durante a fase probatória ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. Havendo dúvida, o resultado natural é a absolvição pautada no art. 386, VII do CPP.

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

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

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

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

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

Importante notar, entretanto, que, ao julgar as ações diretas, o Supremo Tribunal Federal fez prevalecer entendimento em sentido contrário, conservando a iniciativa probatória do juiz, ao consignar no acórdão:

> Nestes termos, o novo artigo 3º-A do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei 13.964/2019, deve ser interpretado de modo a vedar a substituição da atuação de qualquer das partes pelo juiz, sem impedir que o magistrado, pontualmente, nos limites legalmente autorizados, determine a realização de diligências voltadas a dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Na sequência do art. 3º, encontramos outra grande novidade da lei, por meio da criação da figura de um Juiz das Garantias, cujo papel é o de exercer

o "controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário", como preconizado pelo seu art. 3º-B[13].

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

Embora haja essa consolidação normativa, o projeto merece destaque em relação às atividades descritas nos incisos III, IV, VIII e X do art. 3º-B[14], por representarem novidades ao sistema processual, pois se referem ao dever de o juiz:

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

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

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

---

13 Schünemann destaca que a criação de um sistema inquisitório com participação judicial possui aspectos favoráveis e desfavoráveis, principalmente sob a ótica da prevalência do ambiente policial: *"Concluyo con algunas observaciones breves sobre la preocupación ya mencionada al comienzo, que existe hoy em Alemania y que consiste en que justamente a través de los métodos modernos de investigación del servicio secreto, se ha tornado intolerable la preponderancia de la policía, de modo tal que el 'predominio policial' en el procedimiento de investigación comienza a destruir el tradicional carácter judicial del procedimiento."* (SCHÜNEMANN, 2009, p. 480).

14 No julgamento da ADI 6305 o STF conferiu interpretação conforme aos incisos IV, VIII e IX do art. 3º-B do CPP, para que todos os atos praticados pelo Ministério Público como condutor de investigação penal se submetam ao controle judicial e fixar o prazo de até 90 (noventa) dias, contados da publicação da ata do julgamento, para os representantes do Ministério Público encaminharem, sob pena de nulidade, todos os PIC e outros procedimentos de investigação criminal, mesmo que tenham outra denominação, ao respectivo juiz natural, independentemente de o juiz das garantias já ter sido implementado na respectiva jurisdição.

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

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

Isto não quer dizer que o juiz das garantias seja parte integrante da investigação criminal. Essa atividade se desenvolverá pelos seus respectivos protagonistas e quando houver a necessidade, intervirá o juiz das garantias, na forma de algum dos incisos do art. 3º-B do CPP. Há, então, a existência de duas funções processuais a serem exercidas pelo magistrado: a de juiz das garantias e a de juiz da instrução e julgamento.

Assim, são atos de competência do juiz das garantias: receber a comunicação imediata da prisão; receber o auto da prisão em flagrante para o controle da legalidade da prisão; zelar pela observância dos direitos do preso, podendo determinar que este seja conduzido à sua presença, a qualquer tempo; ser informado sobre a instauração de qualquer investigação criminal; decidir sobre o requerimento de prisão provisória ou outra medida cautelar; prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las, assegurado, no primeiro caso, o exercício do contraditório[15] em audiência pública e oral; decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral[16]; prorrogar o prazo de duração do inquérito, estando o investigado preso; determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento; requisitar documentos, laudos e informações ao delegado de polícia sobre o andamento da investigação; decidir sobre os requerimentos de: a) interceptação telefônica, do fluxo de comunicações em sistemas de informática e

15. A decisão na ADI 6305 pelo STF consignou a atribuição de interpretação conforme ao inciso VI do art. 3º-B do CPP, para prever que o exercício do contraditório será preferencialmente em audiência pública e oral.

16 Ao julgar a ADI 6305, o STF decidiu atribuir interpretação conforme ao inciso VII do art. 3º-B do CPP, para estabelecer que o juiz pode deixar de realizar a audiência quando houver risco para o processo, ou diferi-la em caso de necessidade.

telemática ou de outras formas de comunicação; b) afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico; c) busca e apreensão domiciliar; d) acesso a informações sigilosas; e) outros meios de obtenção da prova que restrinjam direitos fundamentais do investigado; julgar o *habeas corpus* impetrado antes do oferecimento da denúncia; determinar a instauração de incidente de insanidade mental; decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código[17]; assegurar prontamente, quando se fizer necessário, o direito outorgado ao investigado e ao seu defensor de acesso a todos os elementos informativos e provas produzidos no âmbito da investigação criminal, salvo no que concerne, estritamente, às diligências em andamento; deferir pedido de admissão de assistente técnico para acompanhar a produção da perícia; decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação; outras matérias inerentes às atribuições definidas no *caput* do art. 3º-B do CPP.

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

No art. 3º-F, por exemplo, há uma outra função atribuída ao juiz das garantias referente à necessidade de salvaguardar o cumprimento das regras para o tratamento dos presos, impedindo o acordo ou ajuste de qualquer autoridade com órgãos da imprensa para explorar a imagem da pessoa submetida à prisão, sob pena de responsabilidade civil, administrativa e penal, dispositivo esse que se compatibiliza com a infração penal prevista no art. 13 da Lei n. 13.869/2019 (abuso de autoridade)[18].

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

Entre pontos de coesão e diferenças, conclui-se que a atividade de investigação criminal se destina à apuração de fatos. A finalidade dessa apuração variará conforme o sujeito que a desempenha. É por essa razão que passaremos

17 No julgamento da ADI 6305, o STF declarou a inconstitucionalidade do inciso XIV do art. 3º-B do CPP e atribuiu interpretação conforme para assentar que a competência do juiz das garantias cessa com o oferecimento da denúncia.

18 No julgamento do mérito da ADI n. 6305, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade do art. 3º-F do CPP.