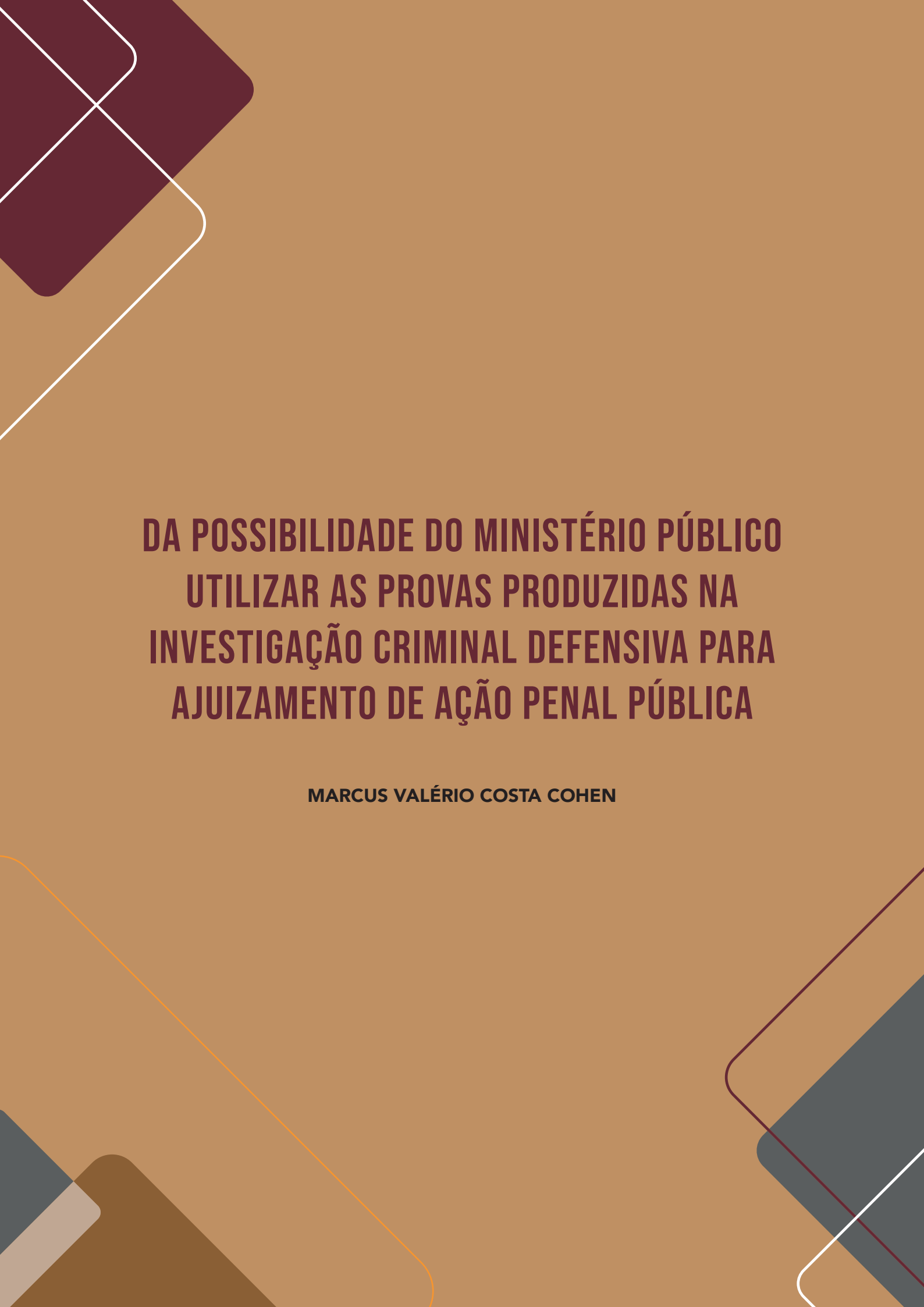




DA POSSIBILIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO UTILIZAR AS PROVAS PRODUZIDAS NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA PARA AJUIZAMENTO DE AÇÃO PENAL PÚBLICA

MARCUS VALÉRIO COSTA COHEN

DA POSSIBILIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO UTILIZAR AS PROVAS PRODUZIDAS NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA PARA AJUIZAMENTO DE AÇÃO PENAL PÚBLICA

MARCUS VALÉRIO COSTA COHEN

PROFESSOR ORIENTADOR: ADILSON DE OLIVEIRA NASCIMENTO.

RESUMO: A presente pesquisa científica tem por objetivo apresentar proposições reflexivas a respeito da possibilidade, legalidade e viabilidade do Ministério Público utilizar – no todo ou em parte - o material probatório produzido no bojo da investigação criminal defensiva instaurada e conduzida pelo advogado do ofendido. Reforçará a prescindibilidade do inquérito policial como modelo de investigação criminal antecessora da denúncia ou queixa, e que a excessiva demora na sua tramitação - por deficiência estrutural da polícia judiciária - prejudica a efetividade da defesa da ordem jurídica e a consequente promoção da ação penal. Para tanto abordará alguns modelos de investigações de natureza criminal realizados por outros órgãos públicos, cujos elementos probatórios também poderão ser utilizados para viabilizar a persecução penal. O estudo também apresentará sucintamente o instituto da investigação defensiva normatizada pelo Provimento CFOAB nº 188/2018, que regulamenta a investigação criminal de natureza privada, demonstrando a legalidade e veracidade dos atos praticados por advogado como instrumento de prova lícita, bem como a legitimidade do ofendido – por intermédio de seu advogado - para diretamente investigar o delito que o vitimou visando ao ajuizamento de ação civil *ex delicto*. O artigo, embora critique o inquérito policial como modelo de investigação criminal ordinário, não pretende contrapô-lo, mas apresentar uma nova possibilidade de investigação criminal a ser aproveitada pelo Ministério Público.

PALAVRAS-CHAVE: investigação defensiva; ministério público; denúncia; possibilidade; CFOAB

ABSTRACT: The present scientific research aims to present reflective propositions regarding the possibility, legality and viability of the Public Prosecutor's Office using - in whole or in part - the evidentiary material produced in the context of the defensive criminal investigation initiated and conducted by the offended party's lawyer. It will reinforce the indispensability of the police investigation as a model of criminal investigation preceding the accusation or complaint, and that the excessive delay in its processing - due to structural deficiency of the judicial police - harms the effectiveness of the defense of the legal order and the consequent promotion of criminal action. To this end, it will address some models of criminal investigations carried out by other public bodies, whose evidence can also be used to facilitate criminal prosecution. The study will also briefly present the institute of defensive investigation standardized by CFOAB Provision No. 188/2018, regulating criminal investigation of a private nature, demonstrating the legality and veracity of acts performed by lawyers as an instrument of lawful evidence, as well as the legitimacy of the offended party - through his lawyer - to directly investigate the crime that victimized them with a view to filing a civil action *ex delicto*. The article, although it criticizes the police investigation as a model of ordinary criminal investigation, does not intend to oppose it, but to present a new possibility of criminal investigation to be taken advantage of by the Public Prosecutor's Office.

KEY WORDS: defensive investigation; public prosecutor's office; denunciation; possibility; CFOAB.

SUMÁRIO

1 - INTRODUÇÃO	301
2 - INVESTIGAÇÃO CRIMINAL	301
2.1 - INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PÚBLICA.....	302
2.2 - INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PRIVADA	303
2.3 - PLAUSIVIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO LASTREAR A AÇÃO PENAL	305
COM BASE NO MATERIAL PROBATÓRIO AMEALHADO	
NOS AUTOS DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA	
3 - CONCLUSÃO.....	307
REFERÊNCIAS	308

1- INTRODUÇÃO

A investigação criminal tem por finalidade “subsidiar o oferecimento da denúncia ou da queixa pelo titular da ação penal”, fornecendo ao Ministério Público ou ao querelante elementos mínimos atinentes ao fato delituoso (materialidade e autoria), colhendo material probatório e informações atinentes às circunstâncias em que o delito foi praticado, bem como a identificação do seu autor, visando, ao final, possibilitar a eventual deflagração de ação penal, sendo o inquérito policial a investigação mais usual.

Não obstante haver previsão legal para a regular tramitação do inquérito policial, a prática forense demonstra que os prazos para sua conclusão dificilmente são cumpridos, principalmente em se tratando de inquérito policial com investigado solto, podendo o prazo ordinário de 30 dias ser indefinidamente prorrogado, mediante pedido de dilação formulado pelo delegado de polícia, contando quase sempre com a anuência do promotor de justiça e a chancela do juiz de direito. Contudo, essa “eternização” na tramitação do inquérito policial pode causar sérios prejuízos de natureza processual e material, como a impunidade de autores de delitos beneficiados pela extinção da punibilidade diante da prescrição da pretensão punitiva, bem como inviabilizar que o ofendido possa pleitear o ressarcimento do prejuízo material e/ou moral suportado mediante o instituto da ação civil *ex delicto*.

Porém, a polícia judiciária não detém o monopólio para a promoção de investigação criminal. Outras autoridades públicas também podem instaurar e conduzir investigações criminais, como o próprio Ministério Público mediante o procedimento investigatório criminal.

Nesse sentido, a Ordem dos Advogados do Brasil editou o Provimento CFOAB nº 188, de 11/12/2018, normatizando e regulamentando a possibilidade do próprio advogado privado instaurar e conduzir procedimento investigatório de natureza criminal em favor de seu constituinte (investigação defensiva). Embora a lógica da investigação defensiva seja voltada para a defesa do investigado/processado pelos órgãos da persecução criminal, nada obsta que o instituto também seja utilizado para a defesa dos interesses do ofendido, podendo a investigação defensiva ser utilizada como instrumento para a coleta de

material probatório visando ao ajuizamento de futura ação penal privada, ou encaminhá-la diretamente ao Ministério Público para subsidiar a deflagração de ação penal pública.

Muito embora exerça o advogado contratado pelo ofendido atividade privada, a Constituição Federal outorgou-lhe múnus público por ser “indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”, possuindo, no exercício da função, presunção *juris tantum* de veracidade e legitimidade pelos atos praticados em favor de seu constituinte.

Nesse contexto, a presente pesquisa científica tem como marco teórico a doutrina apresentada pelo professor Franklyn Roger Alves Silva sobre o tema “investigação criminal direta pela defesa”, abordando conceitos teóricos do Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Processual Civil e Direito Constitucional, de natureza exploratória e conhecimento prático vivenciado na promotoria de justiça criminal para analisar a (im)possibilidade do Ministério Público aproveitar, no todo ou em parte, o material probatório produzido no bojo da investigação criminal defensiva, partindo do raciocínio lógico e conceitual dos institutos, procurando demonstrar a viabilidade da confirmação da hipótese apresentada para ao final, confirmar ou refutar a premissa inicial.

2 - INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

Investigar significa “seguir os vestígios, as pistas, os sinais, os indícios de (...)” (Dicio, 2024).

Juridicamente compreende um processo escrito, formal, cronológico, tendo por finalidade amearhar provas de um fato visando ao final servir de fundamentação para a tomada de alguma medida ou decisão.

Na seara criminal, a investigação tem por finalidade apurar a prática de um fato delituoso (com todas as suas circunstâncias) e identificar o responsável (autoria). Verificar se o fato investigado é tipificado ou não como crime ou contravenção pela legislação vigente, amearhar material probatório relativo à materialidade, bem como indicar e individualizar a conduta do provável autor para que o destinatário final da investigação possa

promover a devida ação penal, ou apresentar fundamentação para sua desnecessidade.

Marta Saada assim o define:

A investigação criminal é a pesquisa sistemática e sequente do objeto, utilizando os meios de apoios técnicos disponíveis, e desenvolve-se pela informação, por meio de fontes regulares ou estimuladas, pela indagação técnica e pela posterior instrumentação, dependente dos recursos técnicos disponíveis. Já a instrução consiste em atividade tendente a produzir prova do fato criminado, comunicando-o ao Judiciário (SAAD, 2004, p. 166).

2.1 - INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PÚBLICA

De todos os modelos de investigação criminal existentes na legislação pátria, o inquérito policial constitui, por excelência, o mais utilizado para “a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais” (Brasil, 2013).

Instaurado e conduzido exclusivamente pelo delegado de polícia, o inquérito policial é um procedimento escrito e formal (art. 9º e 10, ambos do CPP), sigiloso (art. 20, do CPP), indisponível (art. 17, do CPP), de natureza inquisitória, sem contraditório e com condução discricionária dos atos de investigação. Visa propiciar justa causa para a deflagração de futura ação penal pública ou privada (ou demonstrar desnecessidade dessa medida), preservando as provas obtidas e os meios de sua obtenção (Brasil, 2013).

Renato Brasileiro Lima assim o conceitua:

Procedimento administrativo inquisitório e preparatório, presidido pela autoridade policial, o inquérito policial consiste em um conjunto de diligências realizadas pela polícia investigativa objetivando a identificação das fontes de prova e a colheita de elementos de informação quanto à autoria e materialidade da infração penal, a fim de possibilitar que o titular da ação penal possa ingressar em juízo (LIMA. 2017. p. 105).

Embora constitua a forma de investigação criminal prevista no Código de Processo Penal, sua instauração não é obrigatória, sendo dispensável para a persecução penal, conforme disposição contida no parágrafo 5º, do artigo 39, do CPP: “O órgão do Ministério Público dispensará o in-

quérito, se com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal” e conforme jurisprudência consolidada¹, a ação penal pode valer-se de outros elementos probatórios relativos à materialidade e autoria de fato delituoso.

Não constituindo exclusividade da polícia judiciária o poder investigatório de natureza criminal, poderá o Ministério Público utilizar-se de investigações criminais oriundas de outros entes (públicos ou privados) diante da sua prescindibilidade.

Conquanto não haja exclusividade da polícia judiciária na promoção da investigação criminal de natureza pública, mas somente privatividade do delegado de polícia na instauração e condução do inquérito policial, outros agentes da Administração Pública, dentro de suas atribuições e prerrogativas funcionais, também possuem legitimidade para instaurar e realizar investigações e/ou fiscalizações, e ao tomarem conhecimento de fato supostamente delituoso, deverão encaminhar cópias dos documentos ao Ministério Público. O *Parquet* poderá determinar o arquivamento (por entender ser o fato atípico), determinar o prosseguimento da apuração (por intermédio de inquérito policial ou procedimento de investigação criminal), ou promover desde logo a ação penal, quando constatar indícios de autoria e de materialidade delitiva apurados na investigação e/ou fiscalização.

No Poder Judiciário, a Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979, preconiza que “quando, no curso de investigação, houver indício da prática de crime por parte do magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao Tribunal ou órgão especial competente para o julgamento, a fim de que prossiga na investigação” (Brasil, 1979).

No Poder Legislativo, a Constituição Federal de 1988, recepcionando a Lei nº 1.579, de 18 de março de 1952, atribui às Comissões Parlamentares de Inquérito – CPI, prerrogativa para instaurar e instruir investigação de natureza cível ou criminal com “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais” (Brasil, 1988).

Outras autoridades públicas também possuem prerrogativas para instaurar e conduzir investigação e fiscalização e “quando o inquérito,

¹ STJ. AgRg no AREsp 1.374.735: “Eventual vício na prisão em flagrante ou no inquérito policial não tem o liame de contaminar a ação penal, dada a natureza meramente informativa das peças processuais e sua dispensabilidade na formação da *opinio delicti*”.

instaurado de acordo com o § 2º do art. 9º, concluir pela ocorrência de crime de ação pública, a Comissão de Valores Mobiliários oficiará ao Ministério Público, para a propositura da ação penal” (Brasil, 1979).

Ademais, toda a legislação nacional determina que a autoridade pública, ao constatar indício de prática de delito de ação pública, deverá encaminhar cópia ao Ministério Público, para conhecimento e medidas cabíveis².

O Supremo Tribunal Federal já vinha entendendo que a atividade investigatória criminal não é exclusiva da polícia judiciária, e que o Ministério Público pode instaurar e conduzir suas próprias investigações criminais³. Normatizando esse entendimento jurisprudencial, em 2017 o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução nº 181/2017, definindo o procedimento investigatório criminal como:

[...] instrumento sumário e desburocratizado de natureza administrativa e investigatória, instaurado e presidido pelo membro do Ministério Público com atribuição criminal, e terá como finalidade apurar a ocorrência de infrações penais de iniciativa pública, servindo como preparação e embasamento para o juízo de propositura, ou não, da respectiva ação penal⁴ (CNMP, 2017).

Por se tratar de uma investigação criminal de natureza pública, o promotor de justiça condutor da investigação possui poderes similares ao do delegado de polícia na condução do procedimento investigatório criminal, tais como instrução, ordenação, coação, requisição, fiscalização e autorização, prerrogativas estas extensivas advindas das leis orgânicas que regem o Ministério Público⁵.

Importante salientar que embora sejam o inquérito policial e o procedimento investigatório criminal investigações criminais de natureza administrativa, de caráter inquisitorial, deve ser observada a regra estabelecida na Súmula Vincu-

lante nº 14, possibilitando seu acesso ao investigado, desde que já realizados e que não estejam sob sigilo.

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa⁶ (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL).

2.2 - INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PRIVADA

Após o Conselho Nacional do Ministério Público regulamentar a investigação de natureza criminal pelos promotores de justiça, e visando restabelecer o princípio da paridade de armas⁷ entre acusação e defesa, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil normatizou o instituto da investigação defensiva, possibilitando que advogados privados possam instaurar e conduzir investigação de natureza criminal em benefício de seu constituinte.

O instituto da investigação defensiva, normatizado por intermédio do Provimento nº CFOAB 188/2018⁸, tem por objetivo possibilitar que a defesa técnica do investigado e/ou processado em ação penal possa diretamente realizar atos investigatórios “visando à obtenção de elementos de prova destinados à constituição de acervo probatório lícito, para a tutela de direitos de seu constituinte”, conforme disposto em seu art. 1º:

Art. 1º Compreende-se por investigação defensiva o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido pelo advogado, com ou sem assistência de consultor técnico ou outros profissionais legalmente habilitados, em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição, visando à obtenção de elementos de prova destinados à constituição de

2 CPP. Art. 40. Quando, em autos ou papéis de que conhecerem, os juízes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia.

3 STF. Repercussão Geral nº 593727-MG

4 CNMP. Resolução nº 181/2017, que “Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público.”

5 Lei Complementar nº 75/1993 (Lei Orgânica do MPU) e Lei nº 8.625/1993 (Lei Orgânica do MP).

6 Súmula Vinculante 14.

7 Princípio que estabelece igualdade de tratamento entre as partes do processo em relação ao exercício de direitos e deveres.

8 Regulamenta o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais.

acervo probatório lícito, para a tutela de direitos de seu constituinte (OAB, 2018).

Embora o foco principal seja a defesa do investigado/processado, a própria norma possibilita que o advogado do ofendido também possa valer-se do instituto para o oferecimento de ação penal privada (queixa ou ação penal pública subsidiária)⁹, conforme o parágrafo único do art. 3º:

Art. 3º[]

Parágrafo único. A atividade de investigação defensiva do advogado inclui a realização de diligências investigatórias visando à obtenção de elementos destinados à produção de prova para o oferecimento de queixa, principal ou subsidiária (OAB, 2018).

Essa espécie de investigação defensiva realizada diretamente pelo advogado do ofendido, tendo por objetivo colher material probatório visando subsidiar futura persecução penal é denominada por Franklyn Roger Alves Silva como “investigação criminal defensiva”, sendo o mote do presente estudo e destina-se a quatro propósitos:

[...] a - coleta de informações que permitam a elucidação de fatos não apurados pela autoridade policial ou Ministério Público; b – complementação de aspectos que a vítima pretenda trazer à atenção da acusação; c – coleta de informações que possam embasar contraditas aos fatos apurados pela autoridade policial ou Ministério Público; d – identificação de panorama probatório que pese contra o acusado e permissão de uma avaliação do seu comportamento na relação processual, a estratégia defensiva de reação à imputação (SILVA, 2022, p. 495).

Se existente inquérito policial previamente instaurado, o objetivo da investigação criminal defensiva não é de elucidação do fato criminoso (posto ser essa incumbência reservada à atividade da polícia judiciária), mas atuar supletivamente àquele, fornecendo ao delegado de polícia ou ao promotor de justiça elementos de prova e argumentos fáticos e jurídicos relevantes para o êxito da persecução penal oficial (SILVA, 2022, p. 496).

Lado outro, não existindo inquérito policial previamente instaurado, e a partir das informações prestadas pelo ofendido, o advogado condutor da investigação criminal defensiva poderá e deverá planejar a melhor estratégia investigativa, podendo valer-se de investigação realizada por detetive particular¹⁰, apresentar laudos realizados por peritos particulares, juntar documentos públicos e privados, bem como realizar diretamente as demais diligências que entender pertinentes e necessárias¹¹.

Sendo o Provimento CFOAB nº 188/2018 mero ato normativo interno da classe dos advogados inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil¹², não possui a referida norma o necessário poder coercitivo¹³ e nem o atributo da imperatividade¹⁴, impossibilitando seu cumprimento forçado e obrigatório por terceiros.

Não obstante ser norma de abrangência restrita aos advogados, os tribunais superiores já se manifestaram no sentido de admitirem o instituto da investigação defensiva (regulada pelo Provimento CFOAB nº 188/2018) como meio de investigação válido para obtenção de prova.

Nos autos da Reclamação nº 36542/PR, que tramitou no STF, o Rel. Min. Gilmar Mendes assim se pronunciou sobre o instituto da investigação defensiva conduzida por advogado privado:

[...] No caso concreto, o Advogado Antônio dos Santos Junior atua em uma área de análise de dados jurídicos que hoje resta regulamentada pelo Provimento 188/2018 do CFOAB como investigação defensiva. Trata-se de uma prática mediante a qual, muitas vezes, uma empresa jurídica presta serviços para outros advogados – este foi o caso do investigado com relação ao departamento jurídico da empresa Odebrecht e advogados que atuavam em favor da empresa na Operação Lava Jato. Nas palavras de André Augusto Mendes Machado, a investigação defensiva traduz uma “garantia fundamental do imputado, inerente a um processo de partes, na medida em que constitui instrumento para a concretização dos direitos constitucionais de igualdade e defesa.” (Machado (sic), *Investigação criminal defensiva*, 2008, p. 58) [...] (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2021).

9 Cf. artigos 29 e 30 do CPP.

10 Atividade de Investigador particular regulamentada pela Lei nº 13.342/2017.

11 Provimento nº CFOAB nº 188/2018: Art. 4º

12 O art. 52 da Lei nº 8.906/1994 confere competência para o Conselho Federal da OAB editar atos normativos.

13 O poder de coagir, forçar ou pressionar outra pessoa a fazer algo contra a sua vontade.

14 Atos praticados de ofício pelos agentes públicos e impostos coercitivamente aos administrados, em nome do princípio da supremacia do interesse público.

Nesse mesmo sentido o STJ, nos autos do Mandado de Segurança nº 26.627/DF, o Rel. Min. Sérgio Kukina, assim decidiu:

[...] 5. Legítima se revela a pretensão do impetrante de "conduzir Investigação Defensiva, objetivando a constituição de acervo probatório lícito, cujo direito lhe é assegurado em qualquer procedimento ou fase da persecução penal, nos termos do Provimento nº 188/2018 do Conselho Federal da OAB", devendo-se, no ponto, levar em estima a cláusula constitucional da ampla defesa (art. 5º, LV), no que esta busca garantir a paridade de armas entre os interesses probatórios do órgão acusatório e da defesa técnica da parte ré, ambos almejando certificar a veracidade de suas versões. [...] (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2022).

Portanto, o instituto da investigação defensiva, regulada pelo Provimento CFOAB nº 188/2018, embora não normatizado na legislação pátria, encontra ressonância na doutrina e jurisprudência brasileira, podendo, assim, servir de legítima investigação criminal para obtenção de prova visando à deflagração da persecução penal estatal.

2.3 - PLAUSIVIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO LASTREAR A AÇÃO PENAL COM BASE NO MATERIAL PROBATÓRIO AMEALHADO NOS AUTOS DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA

Embora seja o Ministério Público o legítimo privativo para a grande maioria das ações penais, o ofendido também possui legitimidade privativa para as ações penais privadas próprias¹⁵ e legitimidade supletiva nas ações penais públicas subsidiárias¹⁶.

José Frederico Marques salienta que "o Ministério Público não é o proprietário da ação penal e, sim, o seu agente" (1998, p.30), e por isso, nos casos de ação penal pública em que o legitimado original não a propuser no prazo legal, legitimaria supletivamente o ofendido a também fazê-lo diante da inércia do *Parquet*.

Contudo, o ofendido possui um exíguo prazo decadencial de seis meses para apresentar ação penal privada¹⁷, e sendo notória a sobrecarga de trabalhos investigativos que abarrotam os escaninhos das delegacias de polícia, se fosse aguardar a regular tramitação do inquérito policial por certo fulminaria qualquer pretensão punitiva futura, sendo, portanto, de necessidade fática que ele mesmo – por seu advogado – possa diretamente promover a investigação criminal defensiva para essa finalidade.

É o que pondera Franklyn Roger Alves Silva:

Se a qualidade de titular da ação penal (teoria dos poderes implícitos) é fator justificante ao exercício da investigação criminal, pensamos que o querelante, por meio de advogado ou da própria Defensoria Pública (art. 4º, XV, da LC n. 80/1994), possa realizar a investigação criminal para colher elementos de prova que embasem a sua pretensão (SILVA, 2022, p.406).

Ademais, essa legitimidade conferida ao querelante nos artigos 29 e 30 do CPP para propor ação penal privada também deve ser estendida para alcançar a possibilidade de diretamente investigar o delito que a ensejou (*a maiori, ad minus*)¹⁸.

Possibilita-se, assim, que possa objetivar a condenação criminal do autor do fato delituoso, diretamente por intermédio de queixa-crime ou de ação penal pública subsidiária, ou indiretamente por intermédio de ação penal pública proposta pelo Ministério Público.

O interesse pessoal na condenação criminal do autor do fato delituoso que o vitimou não induz por si só presunção de imparcialidade que poderá invalidar a lisura da investigação privada.

Embora o ofendido possua interesse pessoal na condenação criminal do autor do fato visando a reparação do dano a ele causado (material e/ou moral), mediante o ajuizamento de ação civil *ex delicto*, a investigação criminal defensiva será conduzida por profissional que goza dos atributos da legitimidade e veracidade.

15 CPP. Art. 30. Ao ofendido ou a quem tenha qualidade para representá-lo caberá intentar a ação privada.

16 CPP. Art. 29. Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal.

17 Cf. art. 38 do CPP.

18 Quem pode o mais, pode o menos.

Legitimidade¹⁹ e veracidade²⁰ são atributos inerentes aos atos (manifestações) emanados pelo Poder Público. O primeiro pressupõe que o ato praticado está em conformidade com a lei, enquanto o segundo pressupõe que os fatos alegados são verdadeiros (presunção *juris tantum*)²¹.

A Constituição Federal ao declarar que “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”²² conferiu *múnus público*²³ a esse profissional.

Por ser “indispensável à administração da justiça” e “prestar serviço público e exercer função social”²⁴, o advogado atua em efetivo interesse de toda a coletividade, e seus atos, agindo nessa condição, gozam de presunção relativa de legitimidade e veracidade, conferindo-lhe a lei fé pública nos atos por ele praticados²⁵. Dessa feita, quanto atuando na defesa dos interesses de seu constituinte, a própria lei atribui ao advogado privado prerrogativas típicas de servidores públicos, pelo que gozam os causídicos de credibilidade formal e material nos atos praticados. Ademais, deve o advogado pautar sua atuação funcional com ética, zelo e boa-fé²⁶.

Lado outro, a função da prova na persecução penal é comprovar a veracidade do fato que se pretende apresentar na instrução criminal visando a influenciar no convencimento do julgador.

Todos os meios de provas lícitos são admissíveis no ordenamento jurídico, e as provas taxadas como ilícitas deverão ser “desentranhadas do processo”²⁷. Dessa forma, a prova produzida na investigação criminal e declarada irregular (ilícita ou ilegítima) na instrução criminal deverá ser desentranhada do processo, não podendo servir para o convencimento do juiz, e como já ocorre em similar situação no inquérito policial ou no procedimento investigatório criminal, eventual irregularidade ocorrida na produção da prova colhida nos autos da investigação criminal defensiva não acarreta por si só a nulidade da ação penal dela decorrente, conforme sedimentada orientação jurisprudencial²⁸.

Por fim, o Ministério Público como defensor da ordem jurídica não pode permanecer inerte na sua função privativa de promoção da persecução criminal por morosidade e/ou falha na estrutura da polícia judiciária na condução do inquérito policial.

Conforme relatório disponibilizado pelo Conselho Nacional do Ministério Público²⁹, no primeiro semestre de 2019, 88,75% dos inquéritos policiais se encontravam em tramitação nos cartórios das delegacias de polícia do Estado de Minas Gerais há mais de 2 anos e 10,97% dos prédios das delegacias de polícia no Brasil estavam em péssimo estado de conservação. Somente na cidade de Belo Horizonte-MG tramitavam em mar-

19 Presunção de legitimidade ou de legalidade significa que, em princípio, todo ato é válido e conforme o direito e o sistema jurídico.

20 Presunção de veracidade significa que, em princípio, o fato alegado presume-se verdadeiro.

21 Presunção relativa, válida até prova em contrário.

22 Cf. art. 133 da CF/1988.

23 O *múnus público* é uma obrigação imposta por lei, em atendimento ao poder público, que beneficia a coletividade e não pode ser recusado, exceto nos casos previstos em lei.

24 Lei nº 8.906/1994. Art. 2º, § 1º. No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social.

25 CPC. Art. 425. Fazem a mesma prova que os originais: VI - as reproduções digitalizadas de qualquer documento público ou particular, quando juntadas aos autos pelos órgãos da justiça e seus auxiliares, pelo Ministério Público e seus auxiliares, pela Defensoria Pública e seus auxiliares, pelas procuradorias, pelas repartições públicas em geral e por advogados, ressalvada a alegação motivada e fundamentada de adulteração. (grifo nosso)

26 Código de Ética da OAB: Resolução nº 02/2015.

27 CPP. Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

28 STJ. AgRg no HC 769751 / ES- AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS 2022/0285544-5. RELATOR Ministro MESSOD AZULAY NETO, DJe 11/03/2024: [...] II - Primeiramente, sobre o inquérito policial, tem-se que eventuais nulidades e demais meras irregularidades não ensejam máculas na futura ação penal. Com efeito, porque é procedimento apenas administrativo de caráter inquisitório, cuja finalidade é fornecer, à acusação, elementos de informação para a propositura de eventual ação penal e que tais elementos, antes de tornarem-se prova apta a fundamentar um possível édito condenatório, devem se submeter ao crivo do contraditório sob estrito controle judicial, carece de fundamento razoável a alegação de nulidade *in casu*. Precedentes [...].

29 Comissão do Sistema Prisional, Controle Externo da Atividade Policial e Segurança Pública (CSP).

ço de 2024, 28.612 inquéritos policiais com atraso superior a 1 ano³⁰.

Não obstante o empenho dos agentes investigadores, a grande demanda de trabalho aliada à escassez de recursos humanos³¹, técnicos e financeiros da polícia judiciária³² desagua numa situação fática que proporciona uma investigação de longa tramitação, não raras vezes malconduzida e instruída.

Por isso entendemos como conveniente e necessária a contribuição da advocacia

privada nessa seara. Como já discorrido, a investigação criminal defensiva constitui-se como “mera peça de informação”, e o promotor de justiça poderá aproveitar no todo ou em parte o material probatório produzido nessa investigação criminal.

Caso dela concorde de modo integral, poderá desde logo apresentar denúncia. Caso dela discorde, poderá arquivar de plano, como Notícia de Fato³³. Admitindo-a de modo parcial, poderá diligenciar diretamente por intermédio de procedimento investigatório criminal ou requisitar instauração de inquérito policial para novas diligências visando suprir as lacunas.

Ademais, “qualquer pessoa do povo poderá provocar a iniciativa do Ministério

Público, nos casos em que caiba a ação pública, fornecendo-lhe, por escrito, informações sobre o fato e a autoria e indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção”³⁴.

30 Corregedoria TJMG, SEPLAN/CEJUS.

31 O então Delegado Geral do Estado de Minas Gerais, Dr. Wagner Pinto de Souza, durante audiência pública realizada na ALEMG em 2019, relatou que o déficit de servidores da corporação era de cerca de 43% naquele ano. Jornal Estado de Minas.

32 Em 2022, o então Presidente do Sindicato dos Servidores da Polícia Civil de Minas Gerais, investigador de polícia Wemerson Oliveira, relatou o “sucateamento” da instituição por falta de investimentos na corporação. Jornal O Tempo.

33 CNMP. Resolução nº 174/2017. Art. 1º. A Notícia de Fato é qualquer demanda dirigida aos órgãos da atividade-fim do Ministério Público, submetida à apreciação das Procuradorias e Promotorias de Justiça, conforme as atribuições das respectivas áreas de atuação, podendo ser formulada presencialmente ou não, entendendo-se como tal a realização de atendimentos, bem como a entrada de notícias, documentos, requerimentos ou representações.

34 Cf. art. 27 do CPP.

35 CPP. Art. 10, § 3º. Quando o fato for de difícil elucidação, e o indiciado estiver solto, a autoridade poderá requerer ao juiz a devolução dos autos, para ulteriores diligências.

36 Razoável duração do inquérito policial. No HC 653.299, a Sexta Turma do STJ decidiu pelo trancamento de inquérito policial que já perdurava por mais de nove anos. O colegiado entendeu que a situação violava o princípio da razoável duração do processo e impunha constrangimento ilegal ao investigado, que, mesmo não tendo sido submetido à prisão preventiva ou outra medida cautelar, conviveu durante todo esse tempo com o estigma de suspeito da prática de crime.

37 Registra-se que o poder de investigação direta pelo ofendido se encontra em estudo no Congresso Nacional no Projeto de Lei nº 8.045/2019, reforma do novo Código de Processo Penal.

Por certo a complexidade da investigação impõe a necessidade de prorrogação na tramitação do inquérito policial³⁵, mas essa prorrogação deverá ser analisada com parcimônia e em consonância com o princípio da razoável duração da investigação criminal³⁶, podendo a demora excessiva configurar hipótese de constrangimento ilegal à pessoa do investigado.

Nesse contexto, a defesa da ordem jurídica também impõe ao Ministério Público a

obrigação de velar pelo interesse da pessoa investigada que não pode ter sua situação jurídica eternamente indefinida, como destaca Eugênio Pacelli: “aceitar a eternização da investigação é ignorar os males — que não são poucos — que a só tramitação de um inquérito policial pode causar naquele apontado como autor da infração penal em investigação” (2021, p. 69).

Dessa feita, perfeitamente plausível que o Ministério Público possa lastrear sua ação penal com base no material probatório amealhado nos autos da investigação criminal defensiva conduzida pelo advogado do ofendido, conforme Provimento CFOAB nº 188/2018, enquanto não normatizada por lei essa modalidade de investigação criminal³⁷.

3 - CONCLUSÃO

Para a propositura da ação penal (pública ou privada), necessário apenas que seja apresentado ao juízo criminal a “exposição do fato criminoso,

com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado, [...] a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas”³⁸, por vigorar nesse momento processual o princípio in dubio pro societate³⁹. A prova de materialidade delituosa e os indícios de autoria poderão ser amealhadas por qualquer meio idôneo de investigação, posto ser o inquérito policial dispensável para o oferecimento da denúncia.

Assim, a denúncia e a queixa-crime poderão ser lastreadas em acervo probatório produzido por qualquer espécie de investigação (criminal, cível ou administrativa) pública ou privada, legitimando tanto o Ministério Público quanto o querelante a promoverem diretamente sua própria investigação criminal.

Nesse contexto, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, por intermédio do Provimento nº 188/2018, normatizou o instituto da investigação defensiva, contrapondo a investigação criminal conduzida diretamente pelo *Parquet*. Embora o Provimento CFOAB nº 188/2018 tenha por finalidade precípua normatizar a investigação conduzida por advogado particular visando subsidiar a defesa técnica de seu constituinte que se encontra sendo investigado em inquérito policial ou esteja na condição de réu em ação penal, nada obsta que a investigação defensiva, conceituada por Franklyn Roger Alves Silva como “investigação criminal defensiva” também possa ser utilizada pelo ofendido em seu favor, amealhando material probatório sobre a materialidade e autoria do delito, visando diretamente propor ação penal privada (própria ou subsidiária), bem como apresentar ao Ministério Público conjunto probatório firme e seguro sobre a prática do delito, suas circunstâncias importantes, bem como seu provável autor, posto possuir ele interesse material e/ou moral na condenação criminal de seu algoz, visando a propositura de futura ação civil *ex delicto*.

Ademais, é cediço que a grande quantidade de inquéritos policiais em tramitação na polícia judiciária dificilmente possibilitará uma célere e eficaz investigação criminal, situação que poderá, inclusive, proporcionar a extinção da punibilidade do autor do fato delituoso pela prescrição da pretensão punitiva.

Embora o instituto normatizado pelo Provimento CFOAB nº 188/2018 seja mero ato normativo classista, sem os atributos da imperatividade e coercibilidade – típicos das investigações públicas –, os atos praticados pelo advogado privado na condução da investigação criminal defensiva possuem fé pública e presunção de legitimidade e veracidade, diante do múnus público da advocacia e, assim, não há que cogitar na sua eventual imparcialidade na condução da investigação, posto que deverá laborar com ética, zelo e boa-fé na defesa de seu constituinte.

Por fim, eventual irregularidade constatada na produção da prova colhida na investigação criminal defensiva não contaminará a ação penal subsequente e nem acarretará sua nulidade.

Assim, perfeitamente legal e plausível que o Ministério Público possa lastrear a ação penal com base no material probatório amealhado nos autos da investigação criminal defensiva.

De tudo recorrido concluímos ser possível que o Ministério Público utilize as provas produzidas na investigação criminal defensiva para o ajuizamento de ação penal pública.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Câmara dos Deputados. PL 8045/2010.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>. Acesso em: 20. mar. 2024.

. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 05. abr. 2024

. **Decreto Lei 3.689 de 03 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 16. abr. 2024.

. **Lei 12.830 de 20 de junho de 2013.** Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm. Acesso em: 05. abr. 2024.

. **Lei 13.105 de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 15. mar. 2024.

38 Cf, art. 41 do CPP.

39 Na dúvida, em favor da sociedade.

. **Lei 6.385 de 07 de dezembro de 1976.** Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6385.htm. Acesso em: 15. abr. 2024.

. **Lei 8.906 de 04 de julho de 1994.** Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8906.htm. Acesso em: 14. abr. 2024.

. **Lei complementar nº 75, de 20 de maio de 1993.** Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm. Acesso em: 07. abr. 2024

. **Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993.** Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm. Acesso em: 23. abr. 2024.

. **Lei nº 13.432 de 11/04/2017.** Dispõe sobre o exercício da profissão de detetive particular. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/17676553>. Acesso em: 28. mar. 2024.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Comissão disponibiliza novos dados sobre delegacias de polícia civil no Brasil.** Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/3-noticias/todas-as-noticias/13132-comissao-disponibiliza-novos-dados-sobre-delegacias-de-policia-civil-no-brasil>. Acesso em: 01. abr. 2024.

. **Resolução nº 181/2017.** Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf>. Acesso em: 01. abr. 2024.

DICIO. **Dicionário online de português.** Disponível em: <https://www.dicio.com.br/investigar/#:~:text=Significado%20de%20Investigar,a%20autoria%20de%20um%20crime>. Acesso em: 01. abr. 2024

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único.** 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador. 2017.

LOVISI, Pedro. **Polícia Civil atua com apenas 57% do efetivo; diz chefe da corporação.** *Jornal Estado de Minas.* Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2019/06/26/interna_gerais,1064955/policia-civil-atua-com-apenas-57-do-efetivo-diz-chefe-da-corporacao.shtml. Acesso em: 17. mar. 2024.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal.** Campinas: Bookseller, 1998, 4 v. V. 2, 1998.

OLIVEIRA, Wemerson. **Sucateamento da Polícia Civil prejudica atendimento à população e a segurança pública.** *Jornal o Tempo.* Disponível em: <https://www.otempo.com.br/canal-o-tempo/sucateamento-da-policia-civil-prejudica-atendimento-a-populacao-e-a-seguranca-publica-1.2749212>. Acesso em: 04. abr. 2024.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Provimento Nº 188/2018.** Disponível em: <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/188-2018>. Acesso em: 17. abr. 2024.

. **Código de ética e disciplina da OAB.** Disponível em: <https://www.oab.org.br/publicacoes/AbriuPDF?LivrId=0000004085>. Acesso em: 28. mar. 2024.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal.** Ed Atlas: São Paulo, 25ª ed. 2021.

SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação Defensiva Criminal Direta pela Defesa.** 3ª ed. ver., atua e amp – São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **O inquérito policial segundo o STJ: respeito aos direitos e às garantias fundamentais** AgRg no AREsp 1.374.735. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portallp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/12022023-O-inquerito-policial-segundo-o-S-TJ-respeito-aos-direitos-e-as-garantias-fundamentais.aspx>. Acesso em: 01. abr. 2024.

. **Interesse da parte impetrante em instruir investigação defensiva prevista no Provimento 188/2018 do Conselho Federal da OAB. Mandado de Segurança 26.267/DF, Rel. Min. Sérgio Kukina.** Disponível em: https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=2129957&tipo=0&nreg=202001770907&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=2022_0427&formato=PDF&salvar=false. Acesso em: 24. mar. 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Reclamação 36542/PR, Rel Min. Gilmar Mendes.** Disponível em: <https://www.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2021/08/protocolo.pdf.pdf>. Acesso em: 19. abr. 2024

_____. **Súmula vinculante 14.** Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula762/false>. Acesso em: 15. abr. 2024.

_____. **Recurso Extraordinário 593.727 MINAS GERAIS.** Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9336233>. Acesso em: 20. abr. 2024

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Seplan/Ce-jus.** Disponível em: <file:///C:/Users/f0118042/Downloads/IPs%20em%20atraso%20-%20Marco%20de%202024.pdf>. Acesso em: 01. abr. 2024

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979.** Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/leis-complementares/lei-complementar-nb0-35-de-14-de-marco-de-1979>. Acesso em: 07. abr. 2024.