



ACÓRDÃO Nº _____
SECRETARIA DA SEÇÃO DE DIREITO PENAL.
MANDADO DE SEGURANÇA COM PEDIDO DE LIMINAR.
COMARCA DE ORIGEM: BELÉM/PA.
PROCESSO Nº: 0003444-84.2017.8.14.0000.
IMPETRANTE: VALÉRIO SAAVEDRA – OAB/PA Nº 8.238.
PACIENTE: J.M.M.S.
AUTORIDADE COATORA: PROMOTORA DO TRIBUNAL DO JÚRI DA
COMARCA DA CAPITAL.
PROCURADORIA DE JUSTIÇA: MARCOS ANTÔNIO FERREIRA DAS NEVES.
RELATORA: JUÍZA CONVOCADA ROSI MARIA GOMES DE FARIAS.

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA COM PEDIDO DE LIMINAR. HOMICÍDIO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO DO PACIENTE AO DEFERIMENTO DE DILIGÊNCIA REQUERIDA À PARTE IMPETRADA EM SEDE DE PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO CRIMINAL EM CURSO NO ÂMBITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. OITIVA DE TESTEMUNHAS. INDEFERIMENTO. VIOLAÇÃO ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. INOCORRÊNCIA. RELATIVIZAÇÃO DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS NA FASE DE INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR. SISTEMA ACUSATÓRIO. RESSALVADA A HIPÓTESE PREVISTA NO INCISO I DO ARTIGO 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, O PODER JUDICIÁRIO NÃO PODERÁ ATUAR ATIVAMENTE NA FASE PRÉ-PROCESSUAL PARA VALORAR A NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE ELEMENTO DE INFORMAÇÃO. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

1. O artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Brasileira de 1988 revela que a admissibilidade do Mandado de Segurança está condicionada à observância dos seguintes requisitos positivos: a) ilegalidade ou abuso de poder praticados por autoridade; b) demonstração do direito líquido e certo não amparado por Habeas Corpus ou Habeas Data; c) comprovação da ilegalidade ou abuso de poder de plano.

2. A parte impetrada não praticou ilegalidade ao indeferir, no âmbito do procedimento investigatório criminal em curso no âmbito do Ministério Público, o pedido da defesa técnica de oitiva dos Delegados de Polícia Civil, determinando que tal diligência se realizasse no âmbito da Promotoria com atribuição para controle externo da atividade policial.

3. É sabido que o processo penal não pode ser iniciado sem que antes seja levado a efeito uma atividade investigatória, a cargo da Polícia Judiciária ou do Ministério Público, com a finalidade de reunir elementos de informação capazes de justificar o exercício ou o não exercício da ação penal.

4. Diante da natureza preparatória da fase de instrução preliminar é bastante restrito o valor probatório dos elementos de informação colhidos nesse estágio.

5. Os atos de investigação estão voltados à revelação de uma hipótese e não de um juízo de certeza sobre uma afirmação, são úteis ao cumprimento dos objetivos da fase pré-processual (reunião de elementos de informação para embasar a formação da opinio delicti e eventual adoção de medidas cautelares), não exigem observância absoluta de certas garantias



constitucionais, como o contraditório e a ampla defesa, e podem ser praticados pelo Ministério Público e pela Polícia Civil.

6. No âmbito da investigação preliminar, a garantia constitucional do contraditório deve ser assegurada apenas no tocante ao dever de informação. Não se manifesta o segundo elemento da garantia constitucional em enfoque: o direito de participação, isto é, a possibilidade de reação das partes aos atos contrários. Isso porque, nesse estágio, não há a estrutura dialética própria da relação jurídico-processual, uma vez que inexistente exercício de pretensão acusatória. Nesse sentido, restará à autoridade condutora da investigação observar a Súmula Vinculante nº 14 da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, cujo teor dispõe que: É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado pelo órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

7. Na hipótese dos autos, é patente que a parte impetrada resguardou o direito do acusado, até mesmo por meio de profissional da advocacia, de ter acesso ao material documentado nos autos do procedimento investigatório criminal.

8. Relativamente à ampla defesa, na fase de pré-processual, tal garantia fica restrita à necessidade de assecuração do exercício da autodefesa, quer em seu viés positivo, com a possibilidade de formulação de requerimentos, diligências e certificações, quer sob o ângulo negativo, permitindo ao acusado o direito de não praticar atos prejudiciais aos seus interesses.

9. O segundo elemento dessa importantíssima garantia constitucional é relativizado na fase de investigação por não se cogitar de direito do acusado à defesa técnica plena e efetiva, embora esteja resguardado o direito à assistência de advogado, na forma da Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal e do artigo 7º, inciso XIV, da Lei nº 8.906/1994.

10. Nessa linha de compreensão, não malferem a essencialidade do direito de defesa o indeferimento pela autoridade investigadora de pedido formulado pela defesa, no exercício da autodefesa-positiva ou no âmbito da defesa técnica, quanto à produção de elemento de informação durante a fase pré-processual.

11. O direito à defesa técnica plena e efetiva não integra o conjunto de direitos atribuído ao acusado na investigação preliminar, afinal, a finalidade da fase inquisitorial, marcada pela unilateralidade dos atos de investigação, é, precipuamente, a reunião de elementos de informação (provas) capazes de permitir a formação da opinião delicti, em ordem a justificar o exercício ou o não exercício da ação penal.

12. É necessário recordar, ainda, que o Brasil adota o sistema acusatório, o qual atribui a órgãos distintos as funções de investigar/acusar e julgar. Ressalvada a hipótese descrita no inciso I do artigo 156 do Código de Processo Penal (determinação de ofício da produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes), o modelo degeneraria para o sistema inquisitivo caso um juiz pudesse atuar ativamente na fase investigatória, notadamente para obrigar o Ministério Público ou a Polícia Judiciária a realizar determinado ato de investigação por força de posterior valoração judicial da diligência apuratória já rechaçada por uma dessas autoridade com poderes investigatórios.



13. No caso particular dos autos, o Poder Judiciário não poderá intervir na atuação discricionária do órgão de execução do Ministério Público no tocante a coleta de elementos informação destinados, em última análise, à formação da opinio delicti desse próprio órgão.

14. Apesar da Coordenadoria das Promotorias de Justiça da Capital ter determinado a devolução para Promotora condutora do procedimento investigatório criminal do ofício em que esta recomendava o exame do pedido de oitiva dos Delegados pela Promotoria de Justiça com atribuição para área de Controle Externo da Atividade de Polícia, a diligência em questão ainda poderá ser realizada, afinal, não há decisão definitiva da Promotora de Justiça apontada coatora no tocante a realização ou não da oitiva das autoridades policiais.

15. É necessário ressaltar que não é dado ao Poder Judiciário valorar as diligências investigatórias requeridas ao órgão titular da ação penal, ainda que venham a ser eventualmente indeferidas. Tanto é assim que a Procuradoria de Justiça do Ministério Público, em sede de parecer, manifestou-se neste caso concreto pelo não conhecimento do Mandado de Segurança, no qual o impetrante pugna pela concessão de ordem para obrigar o Ministério Público a proceder a oitiva de Delegados de Polícia que estiveram com o impetrante no local da prisão.

16. A valoração sobre a imprescindibilidade da diligência de oitiva dos Delegados de Polícia constitui atividade adstrita ao órgão condutor da investigação. Não cabe ao Poder Judiciário, na esteira dos fundamentos já expostos, examinar a importância da produção de tal elemento de informação, sob pena imiscuir-se na atividade acusatória.

17. Compete à Promotoria de Justiça com atribuição para investigar o fato examinar a imprescindibilidade da realização da diligência em enfoque nestes autos.

18. Inexistência de ofensa à direito líquido e certo do paciente. Denegação da ordem pleiteada neste Mandado de Segurança.

ACÓRDÃO

Vistos e etc.

Acordam, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores componentes da Seção de Direito Penal deste Tribunal de Justiça, por unanimidade, denegar a ordem, nos termos do voto da Relatora.

Sala das Sessões do Tribunal de Justiça do Pará, aos sete dias do mês de agosto do ano de dois mil e dezessete.

Julgamento presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Romulo Jose Ferreira Nunes.

Belém/PA, 07 de agosto de 2017.

Relatora ROSI MARIA GOMES DE FARIAS.
Juíza Convocada.
SECRETARIA DA SEÇÃO DE DIREITO PENAL.



MANDADO DE SEGURANÇA COM PEDIDO DE LIMINAR.
COMARCA DE ORIGEM: BELÉM/PA.
PROCESSO Nº: 0003444-84.2017.8.14.0000.
IMPETRANTE: VALÉRIO SAAVEDRA – OAB/PA Nº 8.238.
PACIENTE: J.M.M.S.
AUTORIDADE COATORA: PROMOTORA DO TRIBUNAL DO JÚRI DA
COMARCA DA CAPITAL.
PROCURADORIA DE JUSTIÇA: MARCOS ANTÔNIO FERREIRA DAS NEVES.
RELATORA: JUÍZA CONVOCADA ROSI MARIA GOMES DE FARIAS.

RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança com pedido de liminar impetrado pelo advogado Valério Saavedra em favor de J.M.M.S, apontando como autoridade coatora a Promotora de Justiça da Vara do Tribunal do Júri da Capital - R.C.C dos S. -, que conduz o procedimento investigatório criminal no qual o paciente figura como acusado da prática, em tese, do crime de homicídio.

Narrou à impetração (fls. 2-16), em síntese, que o paciente sofre constrangimento ilegal no âmbito do procedimento investigatório criminal em curso no Ministério Público Estadual, pois a Promotora de Justiça R.C.C dos S. indeferiu o pedido da defesa técnica para proceder a oitiva de Delegados de Polícia arrolados como testemunhas no bojo do citado procedimento, haja vista a necessidade de esclarecer o motivo da visita feita ao paciente por tais autoridades policiais na Colônia Agrícola Heleno Fragoso.

Requeru liminar e, ao final, a concessão definitiva da ordem, a fim de determinar a oitiva dos Delegados de Polícia Civil arrolados como testemunhas pela defesa técnica. Documentos juntados às fls. 17-73.

Vindo os autos a mim distribuídos, indeferi a medida liminar por não estarem presentes os requisitos do fumus boni iuris e do periculum in mora e, em ato contínuo, solicitei informações à autoridade coatora (fl. 92-93).

Em sede de informações (fls. 96-100), a parte impetrada esclareceu que o paciente é investigado no âmbito do procedimento investigatório criminal instaurado por meio da Portaria nº 01/2017-3ªPJTJMPPA, que converteu a Notícia de Fato nº 000973-103/2016 em investigação, haja vista o 2º Promotor de Justiça de Entorpecente, Aldir Jorge Viana da Silva, ter vislumbrado a presença de indícios da prática, em tese, do crime de homicídio contra João de Deus Pinto Rodrigues.

Aduziu que a parte impetrada notificou o paciente para prestar esclarecimentos, ocasião em que afirmou ter recebido na Colônia Agrícola Heleno Fragoso a visita de três Delegados de Polícia, razão pela qual a defesa técnica do paciente requereu a oitiva de tais autoridades policiais no bojo do citado procedimento investigatório criminal por entender imprescindível o esclarecimento de tais fatos.



Informou que a parte impetrada encaminhou tal fato para apuração no âmbito da Promotoria de Justiça da Área de Controle Externo da Atividade Policial, motivo pelo qual indeferiu o pedido da defesa técnica de proceder a oitiva dos Delegados no bojo do procedimento investigatório criminal que apura a prática de homicídio.

Assinalou que o paciente não possui direito líquido e certo à concretização da diligência de oitiva dos Delegados de Polícia no curso do mencionado procedimento investigatório criminal.

Afirmou que a suposta visita das autoridades policiais será apurada no âmbito da Promotoria de Justiça de Controle Externo da Atividade Policial. Observou, também, que o procedimento investigatório criminal possui natureza inquisitorial, não comportando contraditório nem ampla defesa. Além disso, recordou que, caso seja oferecida denúncia, a defesa técnica poderá alegar no processo penal a matéria que entender pertinente, oportunidade em que será assegurada máxima eficácia às garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Nesta Superior Instância (fls. 403-410), a Procuradoria de Justiça do Ministério Público Estadual, por intermédio do Procurador de Justiça Antônio Ferreira da Neves, manifestou-se pela denegação da ordem em Mandado de Segurança por não vislumbrar o direito líquido e certo afirmado na exordial.

É o relatório.

Passo a proferir o voto.

VOTO

O objeto deste Mandado de Segurança é a alegação de que o paciente sofre constrangimento ilegal no âmbito do procedimento investigatório criminal em curso no âmbito do Ministério Público Estadual, uma vez que a Promotora de Justiça R.C.C dos S. indeferiu o pedido da defesa técnica para proceder a oitiva de Delegados de Polícia.

O artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Brasileira de 1988 dispõe que: conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público.

A norma constitucional revela que a admissibilidade do Mandado de Segurança está condicionada à observância dos seguintes requisitos positivos: a) ilegalidade ou abuso de poder praticados por autoridade; b) demonstração do direito líquido e certo não amparado por Habeas Corpus ou Habeas Data; c) comprovação da ilegalidade ou abuso de poder de plano.



Adianto que não padece de ilegalidade a decisão proferida pela Promotora de Justiça apontada como autoridade coatora, pois inexiste, no caso concreto, violação a direito líquido e certo do paciente, conforme razões jurídicas a seguir expostas.

É sabido que o processo penal não pode ser iniciado sem que antes seja levado a efeito uma atividade investigatória com a finalidade de reunir elementos de informação capazes de justificar o exercício ou o não exercício da ação penal.

A apuração efetuada na fase pré-processual é limitada, na medida em que tem por objeto a identificação dos indícios de autoria e a prova da materialidade do fato. Os atos de investigação não visam fornecer fundamento para sentença condenatória. É a atividade instrutória, desenvolvida no bojo da fase processual, que entregará os elementos de prova idôneos para formação do juízo de mérito sobre a imputação.

No Brasil, à semelhança do modelo adotado em muitos países europeus, tais como Alemanha, Itália, Portugal e Espanha, o Ministério Público é órgão encarregado para conduzir a investigação ou instrução preliminar. A propósito, registre-se que o Supremo Tribunal Federal afirma em sua jurisprudência que o Ministério Público detém poderes investigatórios, senão vejamos:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ALEGAÇÕES DE PROVA OBTIDA POR MEIO ILÍCITO, FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO DE PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA E EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. PODERES INVESTIGATÓRIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA PARTE, IMPROVIDO. 1. [...]

5. A denúncia pode ser fundamentada em peças de informação obtidas pelo órgão do MPF sem a necessidade do prévio inquérito policial, como já previa o Código de Processo Penal. Não há óbice a que o Ministério Público requisite esclarecimentos ou diligencie diretamente a obtenção da prova de modo a formar seu convencimento a respeito de determinado fato, aperfeiçoando a persecução penal, mormente em casos graves como o presente que envolvem a presença de policiais civis e militares na prática de crimes graves como o tráfico de substância entorpecente e a associação para fins de tráfico. 6. É perfeitamente possível que o órgão do Ministério Público promova a colheita de determinados elementos de prova que demonstrem a existência da autoria e da materialidade de determinado delito, ainda que a título excepcional, como é a hipótese do caso em tela. Tal conclusão não significa retirar da Polícia Judiciária as atribuições previstas constitucionalmente, mas apenas harmonizar as normas constitucionais (arts. 129 e 144) de modo a compatibilizá-las para permitir não apenas a correta e regular apuração dos fatos supostamente delituosos, mas também a formação da opinião delicti. 7. O art. 129, inciso I, da Constituição Federal, atribui ao parquet a privatividade na promoção da ação penal pública. Do seu turno, o Código de Processo Penal estabelece que o inquérito policial é dispensável, já que o Ministério Público pode



embasar seu pedido em peças de informação que concretizem justa causa para a denúncia. 8. Há princípio basilar da hermenêutica constitucional, a saber, o dos "poderes implícitos", segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios. Se a atividade fim - promoção da ação penal pública - foi outorgada ao parquet em foro de privatividade, não se concebe como não lhe oportunizar a colheita de prova para tanto, já que o CPP autoriza que "peças de informação" embasem a denúncia. 9. Levando em consideração os dados fáticos considerados nos autos, os policiais identificados se associaram a outras pessoas para a perpetração de tais crimes, realizando, entre outras atividades, a de "escolta" de veículos contendo o entorpecente e de "controle" de todo o comércio espúrio no município de Chapecó. 10. Recurso extraordinário parcialmente conhecido e, nesta parte, improvido. (RE 468523, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 01/12/2009. Publicação: 19/2/2010)

"HABEAS CORPUS" - CRIME DE TORTURA ATRIBUÍDO A POLICIAL CIVIL - POSSIBILIDADE DE O MINISTÉRIO PÚBLICO, FUNDADO EM INVESTIGAÇÃO POR ELE PRÓPRIO PROMOVIDA, FORMULAR DENÚNCIA CONTRA REFERIDO AGENTE POLICIAL - VALIDADE JURÍDICA DESSA ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA - CONDENAÇÃO PENAL IMPOSTA AO POLICIAL TORTURADOR - LEGITIMIDADE JURÍDICA DO PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - MONOPÓLIO CONSTITUCIONAL DA TITULARIDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA PELO "PARQUET" - TEORIA DOS PODERES IMPLÍCITOS - CASO "McCULLOCH v. MARYLAND" (1819) - MAGISTÉRIO DA DOUTRINA (RUI BARBOSA, JOHN MARSHALL, JOÃO BARBALHO, MARCELLO CAETANO, CASTRO NUNES, OSWALDO TRIGUEIRO, v.g.) - OUTORGA, AO MINISTÉRIO PÚBLICO, PELA PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, DO PODER DE CONTROLE EXTERNO SOBRE A ATIVIDADE POLICIAL - LIMITAÇÕES DE ORDEM JURÍDICA AO PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - "HABEAS CORPUS" INDEFERIDO. NAS HIPÓTESES DE AÇÃO PENAL PÚBLICA, O INQUÉRITO POLICIAL, QUE CONSTITUI UM DOS DIVERSOS INSTRUMENTOS ESTATAIS DE INVESTIGAÇÃO PENAL, TEM POR DESTINATÁRIO PRECÍPUO O MINISTÉRIO PÚBLICO. - O inquérito policial qualifica-se como procedimento administrativo, de caráter pré-processual, ordinariamente vocacionado a subsidiar, nos casos de infrações perseguíveis mediante ação penal de iniciativa pública, a atuação persecutória do Ministério Público, que é o verdadeiro destinatário dos elementos que compõem a "informatio delicti". Precedentes. - A investigação penal, quando realizada por organismos policiais, será sempre dirigida por autoridade policial, a quem igualmente competirá exercer, com exclusividade, a presidência do respectivo inquérito. - A outorga constitucional de funções de polícia judiciária à instituição policial não impede nem exclui a possibilidade de o Ministério Público, que é o "dominus litis", determinar a abertura de inquéritos policiais, requisitar esclarecimentos e diligências investigatórias, estar presente e acompanhar, junto a órgãos e agentes policiais, quaisquer atos de investigação penal, mesmo aqueles sob regime de sigilo, sem prejuízo de outras medidas que lhe pareçam indispensáveis à formação da sua "opinio delicti", sendo-lhe vedado, no entanto, assumir a presidência do inquérito policial, que traduz atribuição privativa da autoridade policial. Precedentes. A ACUSAÇÃO PENAL, PARA SER FORMULADA, NÃO DEPENDE,



NECESSARIAMENTE, DE PRÉVIA INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL. - Ainda que inexista qualquer investigação penal promovida pela Polícia Judiciária, o Ministério Público, mesmo assim, pode fazer instaurar, validamente, a pertinente "persecutio criminis in iudicio", desde que disponha, para tanto, de elementos mínimos de informação, fundados em base empírica idônea, que o habilitem a deduzir, perante juízes e Tribunais, a acusação penal. Doutrina. Precedentes. A QUESTÃO DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DE EXCLUSIVIDADE E A ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA. - A cláusula de exclusividade inscrita no art. 144, § 1º, inciso IV, da Constituição da República - que não inibe a atividade de investigação criminal do Ministério Público - tem por única finalidade conferir à Polícia Federal, dentre os diversos organismos policiais que compõem o aparato repressivo da União Federal (polícia federal, polícia rodoviária federal e polícia ferroviária federal), primazia investigatória na apuração dos crimes previstos no próprio texto da Lei Fundamental ou, ainda, em tratados ou convenções internacionais. - Incumbe, à Polícia Civil dos Estados-membros e do Distrito Federal, ressalvada a competência da União Federal e excetuada a apuração dos crimes militares, a função de proceder à investigação dos ilícitos penais (crimes e contravenções), sem prejuízo do poder investigatório de que dispõe, como atividade subsidiária, o Ministério Público. - Função de polícia judiciária e função de investigação penal: uma distinção conceitual relevante, que também justifica o reconhecimento, ao Ministério Público, do poder investigatório em matéria penal. Doutrina. É PLENA A LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO PODER DE INVESTIGAR DO MINISTÉRIO PÚBLICO, POIS OS ORGANISMOS POLICIAIS (EMBORA DETENTORES DA FUNÇÃO DE POLÍCIA JUDICIÁRIA) NÃO TÊM, NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO, O MONOPÓLIO DA COMPETÊNCIA PENAL INVESTIGATÓRIA. - O poder de investigar compõe, em sede penal, o complexo de funções institucionais do Ministério Público, que dispõe, na condição de "dominus litis" e, também, como expressão de sua competência para exercer o controle externo da atividade policial, da atribuição de fazer instaurar, ainda que em caráter subsidiário, mas por autoridade própria e sob sua direção, procedimentos de investigação penal destinados a viabilizar a obtenção de dados informativos, de subsídios probatórios e de elementos de convicção que lhe permitam formar a "opinio delicti", em ordem a propiciar eventual ajuizamento da ação penal de iniciativa pública. Doutrina. Precedentes. CONTROLE JURISDICIONAL DA ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO: Oponibilidade, a estes, do sistema de direitos e garantias individuais, quando exercido, pelo "Parquet", o poder de investigação penal. - O Ministério Público, sem prejuízo da fiscalização intra-organica e daquela desempenhada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, está permanentemente sujeito ao controle jurisdicional dos atos que pratique no âmbito das investigações penais que promova "ex propria auctoritate", não podendo, dentre outras limitações de ordem jurídica, desrespeitar o direito do investigado ao silêncio ("nemo tenetur se detegere"), nem lhe ordenar a condução coercitiva, nem constrangê-lo a produzir prova contra si próprio, nem lhe recusar o conhecimento das razões motivadoras do procedimento investigatório, nem submetê-lo a medidas sujeitas à reserva constitucional de jurisdição, nem impedi-lo de



fazer-se acompanhar de Advogado, nem impor, a este, indevidas restrições ao regular desempenho de suas prerrogativas profissionais (Lei nº 8.906/94, art. 7º, v.g.). - O procedimento investigatório instaurado pelo Ministério Público deverá conter todas as peças, termos de declarações ou depoimentos, laudos periciais e demais subsídios probatórios coligidos no curso da investigação, não podendo, o "Parquet", sonegar, selecionar ou deixar de juntar, aos autos, quaisquer desses elementos de informação, cujo conteúdo, por referir-se ao objeto da apuração penal, deve ser tornado acessível tanto à pessoa sob investigação quanto ao seu Advogado. - O regime de sigilo, sempre excepcional, eventualmente prevalecente no contexto de investigação penal promovida pelo Ministério Público, não se revelará oponível ao investigado e ao Advogado por este constituído, que terão direito de acesso - considerado o princípio da comunhão das provas - a todos os elementos de informação que já tenham sido formalmente incorporados aos autos do respectivo procedimento investigatório.(HC 89837, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 20/10/2009. Publicação: 20/11/2009).

Os atos desempenhados no âmbito da investigação preliminar têm a finalidade precípua de obter elementos de informação capazes de embasar a formação do convencimento do órgão titular da ação penal sobre a necessidade do exercício ou não exercício da ação penal.

Diante da natureza preparatória da fase de instrução preliminar é bastante restrito o valor probatório dos elementos de informação colhidos nesse estágio. Aliás, a distinção entre o valor probatório dos atos de prova, praticados no âmbito da instrução processual, e dos atos de investigação, exercidos na fase pré-processual, é fundamental para compreender o porquê do paciente não possuir direito líquido e certo à realização da diligência requerida no âmbito do procedimento investigatório criminal conduzido pelo Ministério Público do Estado do Pará.

Os atos de prova destinam-se ao convencimento do magistrado sobre a verdade de uma afirmação, à entrega de elementos de convencimento para o juízo de mérito por ocasião da prolação da sentença, exigem rigorosa observância às garantias constitucionais da ampla defesa e da publicidade e são praticados perante o juiz que julgará o processo.

Os atos de investigação, por seu turno, estão voltados à revelação de uma hipótese e não de um juízo de certeza sobre uma afirmação, são úteis ao cumprimento dos objetivos da fase pré-processual, não exigem observância absoluta de certas garantias constitucionais, como o contraditório e a ampla defesa, e podem ser praticados pelo Ministério Público e pela Polícia Civil.

O discrímen quanto à valoração jurídica dos atos de prova e dos atos de investigação restou didaticamente sistematizado por Aury Lopes Jr, em seu livro Direito Processual Penal (2013: p. 324-325), confira-se:

[...] uma mesma fonte e meio podem gerar atos com naturezas jurídicas



distintas e, no que se refere à valoração jurídica, podem ser divididos em dois grupos: atos de prova e atos de investigação.

Sobre os atos de prova, podemos afirmar que:

- a) estão dirigidos a convencer o juiz da verdade de uma afirmação;
- b) estão a serviço do processo e integram o processo penal;
- c) dirigem-se à formar um juízo de certeza – tutela de segurança;
- d) servem à sentença;
- e) exigem estrita observância da publicidade, contradição e imediação;
- f) são praticados ante o juiz que julgará o processo.

Substancialmente distintos, os atos de investigação (instrução preliminar):

- a) não se referem a uma afirmação, mas a uma hipótese;
- b) estão a serviço da investigação preliminar, isto é, da fase pré-processual e para o cumprimento de seus objetivos;
- c) servem para formar um juízo de probabilidade, e não de certeza;
- d) não exigem estrita observância da publicidade, contradição e imediação;
- e) servem para a formação da opinio delicti do acusador;
- f) não estão destinados à sentença, mas a demonstrar a probabilidade do fumus comissi delicti para justificar o processo (recebimento da ação penal) ou o não processo (arquivamento);
- g) também servem de fundamento para decisões interlocutórias de imputação (indiciamento) e adoção de medidas cautelares pessoais, reais ou outras restrições de caráter provisional;

Acerca do valor probatório dos atos praticados na fase de investigação preliminar, Aury Lopes Jr, na obra Direito Processual Penal (2013: p. 324-325), afirma que: [...] é inviável transferir ao inquérito policial a estrutura dialética do processo e suas garantias plenas, da mesma forma que não se pode tolerar uma condenação baseada em um procedimento sem as mínimas garantias [...].

Apesar da unilateralidade dos atos praticados na fase de instrução preliminar implicar relativização de certas garantias constitucionais tal fato não permite concluir que o indivíduo sob persecução penal, judicial ou extrajudicial, esteja totalmente destituído de garantias constitucionais.

As garantias do contraditório e da ampla defesa estão previstas no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Brasileira de 1988, nos seguintes termos: aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Três elementos integram o núcleo fundamental da garantia constitucional do contraditório: o direito à informação, o direito de participação, o qual possibilita a reação das partes a eventuais atos contrários aos seus interesses, e o direito à paridade de tratamento, conforme se extrai do magistério de Eugênio Pacelli, constante da obra Curso de Processo Penal (2013: p. 43):

O contraditório, então, não só passaria a garantir o direito à informação de



qualquer fato ou alegação contrária ao interesse das partes e o direito à reação (contrariedade) a ambos [...], mas também garantiria que a oportunidade da resposta pudesse se realizar na mesma intensidade e extensão. Em outras palavras, o contraditório exigiria a garantia de participação em simétrica paridade [...].

Tangente ao conteúdo da garantia constitucional em análise, Renato Brasileiro de Lima, em seu livro Manual de Processo Penal (2014: p. 54), também destaca a presença desses três elementos, senão vejamos:

[...] o núcleo fundamental do contraditório estaria ligado à discussão dialética dos fatos da causa, devendo-se assegurar a ambas as partes, e não somente à defesa, a oportunidade de fiscalização recíproca dos atos praticados no curso do processo penal. Eis pelo qual se vale a doutrina da expressão audiência bilateral, consubstanciada pela expressão em latim *audiatur et altera pars* (seja ouvida também a parte adversa). Seriam dois, portanto, os elementos do contraditório: a) o direito à informação; b) o direito de participação. O contraditório seria, assim, a necessária informação às partes e a possível reação a atos desfavoráveis. [...].
[...] a partir dos ensinamentos do italiano Elio Fazzalari, o contraditório passou a ser analisado também no sentido de se assegurar o respeito à paridade de tratamento [...].

Na fase pré-processual, quer realizada a mando do Ministério Público, quer concretizada no âmbito da Polícia Judiciária, o contraditório está restrito ao direito de informação. Nesse sentido, confira-se a lição de Aury Lopes Jr, em seu livro Direito Processual Penal (2013: p. 339):

[...] quando falamos em ‘contraditório’ na fase pré-processual estamos fazendo alusão ao seu primeiro momento, da informação.
Isso porque, em sentido estrito, não pode existir contraditório pleno no inquérito porque não existe uma relação jurídico-processual, não está presente a estrutura dialética que caracteriza o processo. Não há o exercício de uma pretensão acusatória. Sem embargo, esse direito de informação – importante faceta do contraditório – adquire relevância na medida em que será através dele que será exercida a defesa.

Na fase pré-processual, não se verifica o segundo elemento da garantia constitucional do contraditório: o direito de participação, isto é, a possibilidade de reação das partes aos atos contrários. Isso porque, nesse estágio, não há a estrutura dialética própria da relação jurídico-processual, uma vez que inexiste exercício de pretensão acusatória.

No tocante à incidência da garantia do contraditório na fase pré-processual, caberá à autoridade condutora da investigação preliminar assegurar o direito de informação, consubstanciado na garantia de acesso aos autos do procedimento investigatório ou do inquérito policial para possibilitar o exercício do direito de defesa.

Nesse contexto, assume relevo o enunciado constante da Súmula Vinculante



nº 14 da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, cujo teor dispõe que: É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado pelo órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

A parte impetrada resguardou à defesa técnica o direito de informação em relação ao material já documentado nos autos do procedimento investigatório crimina, inocorrendo restrição à garantia do contraditório.

A garantia da ampla defesa, também prevista no inciso LV do artigo 5º da Constituição do Brasil de 1988, traduz a necessidade de assegurar aos acusados o direito à autodefesa e à defesa técnica plena e efetiva.

O conteúdo dessa importantíssima garantia constitucional é examinado por Renato Brasileiro de Lima, em seu Manual de Processo Penal (2014: p. 57), vejamos:

Quando a Constituição Federal assegura aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral a ampla defesa, entende-se que a proteção deve abranger o direito à defesa técnica (processual ou específica) e à autodefesa (material ou genética), havendo entre elas relação de complementariedade. Há entendimento doutrinário no sentido de que também é possível subdividir a ampla defesa sob dois aspectos: a) positivo: realiza-se na efetiva utilização dos instrumentos, dos meios e modos de produção, certificação, esclarecimento ou confrontação de elementos de prova que digam com a materialidade da infração criminal ou com a autoria; b) negativo: consiste na não produção de elementos probatórios de elevado risco ou potencial danoso à defesa do réu.

A ampla defesa é relativizada na fase pré-processual: embora possível o exercício exógeno do direito de defesa por intermédio da impetração de ação impugnativa constitucional, a exemplo do Habeas Corpus e do Mandado de Segurança, por meio de advogado, é certo que a efetivação endógena do direito de defesa, ou seja, no interior do procedimento investigatório criminal ou do inquérito policial, sofre restrição.

A natureza inquisitorial da investigação preliminar restringe a garantia da ampla defesa à possibilidade de exercício da autodefesa, nos aspectos positivo (direito ao requerimento de diligências e certificações, por exemplo) e negativo (direito ao silêncio), conforme revela a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

INVESTIGAÇÃO CRIMINAL – MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO – AUTORIZAÇÃO. A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público não prevê a necessidade de remessa dos autos ao Tribunal ou órgão especial competente para julgamento, no caso de suposto cometimento de crime por membro do Ministério Público, para fins de prosseguimento da investigação. **INVESTIGAÇÃO CRIMINAL – AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO.** O exercício do direito de defesa na fase pré-processual compreende o



direito do investigado de ser assistido por advogado, com a possibilidade de manter-se silente, e requerer a produção de provas, não contemplando a necessidade de prévia intimação para participação nos atos investigatórios. [...](HC 133513, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma. Publicação: 5/5/2017)

HABEAS CORPUS - DENEGAÇÃO DE MEDIDA LIMINAR - SÚMULA 691/STF - SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS QUE AFASTAM A RESTRIÇÃO SUMULAR - PERSECUÇÃO PENAL INSTAURADA EM JUÍZO OU FORA DELE - REGIME DE SIGILO - INOPONIBILIDADE AO ADVOGADO CONSTITUÍDO PELO INDICIADO OU PELO RÉU - DIREITO DE DEFESA - COMPREENSÃO GLOBAL DA FUNÇÃO DEFENSIVA - GARANTIA CONSTITUCIONAL - PRERROGATIVA PROFISSIONAL DO ADVOGADO (LEI Nº 8.906/94, ART. 7º, INCISOS XIII E XIV) - OS ESTATUTOS DO PODER NÃO PODEM PRIVILEGIAR O MISTÉRIO NEM COMPROMETER, PELA UTILIZAÇÃO DO REGIME DE SIGILO, O EXERCÍCIO DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS POR PARTE DAQUELE QUE SOFRE INVESTIGAÇÃO PENAL OU ACUSAÇÃO CRIMINAL EM JUÍZO - CONSEQÜENTE ACESSO AOS ELEMENTOS PROBATÓRIOS JÁ DOCUMENTADOS, PRODUZIDOS E FORMALMENTE INCORPORADOS AOS AUTOS DA PERSECUÇÃO PENAL (INQUÉRITO POLICIAL OU PROCESSO JUDICIAL) - POSTULADO DA COMUNHÃO OU DA AQUISIÇÃO DA PROVA - PRECEDENTES (STF) - DOUTRINA - HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO, COM EXTENSÃO, TAMBÉM DE OFÍCIO, DOS SEUS EFEITOS AOS CO-RÉUS. DENEGAÇÃO DE MEDIDA LIMINAR - SÚMULA 691/STF - SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS QUE AFASTAM A RESTRIÇÃO SUMULAR. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sempre em caráter extraordinário, tem admitido o afastamento, hic et nunc, da Súmula 691/STF, em hipóteses nas quais a decisão questionada divirja da jurisprudência predominante nesta Corte ou, então, veicule situações configuradoras de abuso de poder ou de manifesta ilegalidade. Precedentes. Hipótese ocorrente na espécie. PERSECUÇÃO PENAL - DIREITO DE DEFESA - GARANTIA CONSTITUCIONAL - REGIME DE SIGILO - INOPONIBILIDADE A ADVOGADO CONSTITUÍDO PELO INDICIADO OU PELO RÉU - ACESSO AOS AUTOS - PRERROGATIVA DO PROFISSIONAL DA ADVOCACIA - CONSEQÜENTE POSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DOS ELEMENTOS PROBATÓRIOS JÁ DOCUMENTADOS, PRODUZIDOS E FORMALMENTE INCORPORADOS AOS AUTOS DA PERSECUÇÃO PENAL, EXCETUADOS AQUELES EM CURSO DE EXECUÇÃO. - A pessoa que sofre persecução penal, em juízo ou fora dele, é sujeito de direitos e dispõe de garantias plenamente oponíveis ao poder do Estado (RTJ 168/896-897). A unilateralidade da investigação penal não autoriza que se desrespeitem as garantias básicas de que se acha investido, mesmo na fase pré-processual, aquele que sofre, por parte do Estado, atos de persecução criminal. - O sistema normativo brasileiro assegura ao Advogado regularmente constituído pelo indiciado (ou por aquele submetido a atos de persecução estatal) o direito de pleno acesso aos autos de persecução penal, mesmo que sujeita, em juízo ou fora dele, a regime de sigilo (necessariamente excepcional), limitando-se, no entanto, tal prerrogativa jurídica, às provas já produzidas e formalmente incorporadas ao procedimento investigatório, excluídas, conseqüentemente, as informações e providências investigatórias ainda em curso de execução e, por isso mesmo, não documentadas no



próprio inquérito ou processo judicial. Precedentes. Doutrina.(HC 93767, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, Publicação: 1/4/2014)

Apesar da garantia da ampla defesa ser alvo de relativização na fase pré-processual, resguarda-se ao acusado o direito à assistência de advogado, na forma da Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal e do artigo 7º, inciso XIV, da Lei nº 8.906/1994, por ser corolário do direito de informação, conferido a todo indivíduo que sofre persecução penal, em juízo ou fora dele.

Não malferere a essencialidade do direito de defesa o indeferimento pela autoridade investigadora de pedido formulado pela defesa, quer no exercício da autodefesa-positiva, quer no contexto da defesa técnica, de produção de elemento de informação na fase pré-processual.

Primeiramente, o direito à defesa técnica plena e efetiva não integra o conjunto de direitos atribuído ao acusado na investigação preliminar, afinal, a finalidade da fase inquisitorial, marcada pela unilateralidade dos atos de investigação, é, precipuamente, a reunião de elementos de informação (provas) capazes de permitir a formação da opinio delicti, em ordem a justificar o exercício ou não da ação penal.

Na fase pré-processual, deve ser garantido ao acusado o direito de solicitar a produção de elemento de informação, entretanto, o indeferimento de tal requerimento não malferirá qualquer direito líquido e certo, pois a asseguaração de defesa técnica plena e efetiva é exigência do processo judicial, considerada a natureza dialética da relação jurídico-processual.

Em segundo plano, é necessário recordar que o Brasil adota o sistema acusatório, o qual atribui a órgãos distintos as funções de investigar/acusar e julgar.

Ressalvada a hipótese prevista no inciso I do artigo 156 do Código de Processo Penal (determinação de ofício da produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes), o modelo degeneraria para o sistema inquisitivo caso um juiz pudesse atuar ativamente na fase investigatória, obrigando o Ministério Público ou a Polícia Judiciária a realizar determinado ato de investigação por força de posterior valoração judicial da diligência apuratória rechaçada por uma dessas autoridades com poderes investigatórios.

No sistema acusatório, o magistrado pode atuar na fase pré-processual no controle de legalidade das medidas cautelares pessoais ou reais que, na forma prevista em lei, lhes forem pleiteadas, contudo, não lhe é dado atuar ativamente nos atos de persecução penal.

Sobre o tema em análise, trago a lume a lição de Eugênio Pacelli, extraída da obra Curso de Processo Penal (2013: p.53-54):

A fase de investigação, portanto, em regra promovida pela polícia judiciária,



tem natureza administrativa, sendo realizada anteriormente à provocação da jurisdição penal. Exatamente por isso se fala em fase pré-processual, tratando-se de procedimento tendente ao cabal e completo esclarecimento do caso penal, destinado, pois, à formação do convencimento (opinio delicti) do responsável pela acusação. O juiz, nessa fase, deve permanecer absolutamente alheio à qualidade da prova em curso, somente intervindo para tutelar violações ou ameaças de lesões a direitos e garantias individuais das partes, ou para, mediante provocação, resguardar a efetividade da função jurisdicional, quando, então, exercerá atos de natureza jurisdicional.

No caso particular dos autos, o Poder Judiciário não poderá intervir na atuação discricionária do órgão de execução do Ministério Público no tocante a coleta de elementos informação destinados, em última análise, à formação da opinio delicti desse próprio órgão auxiliar da atividade jurisdicional.

Apesar da Coordenadoria das Promotorias de Justiça da Capital ter determinado a devolução para parte impetrada do ofício em que esta recomendava o exame do pedido de oitiva dos Delegados pela Promotoria de Justiça com atribuição para área de Controle Externo da Atividade de Polícia, a diligência de oitiva dos Delegados ainda poderá ser realizada, inexistindo decisão definitiva por parte da Promotora de Justiça apontada coatora no tocante a realização ou não da oitiva das autoridades policiais.

Nesse contexto, não seria dado ao Poder Judiciário valorar a necessidade das diligências investigatórias requeridas ao órgão titular da ação penal, mesmo que eventualmente venham a ser indeferidas. Não é por outra razão que a Procuradoria de Justiça do Ministério Público, em sede de parecer, manifestou-se pelo não conhecimento deste Mandado de Segurança, cujo objeto seria a concessão de ordem para obrigar o Ministério Público a realizar a diligência investigatória de oitiva de Delegados de Polícia.

A valoração sobre a imprescindibilidade da diligência de oitiva dos Delegados de Polícia que ouviram o impetrante na Colônia Penal Agrícola de Santa Izabel/PA constitui atividade adstrita ao órgão condutor da investigação. Não cabe ao Poder Judiciário examinar a importância da produção de tal elemento de informação, sob pena imiscuir-se na atividade acusatória.

Seguindo essa ordem de compreensão, a declaração anexada aos presentes autos não é capaz de alterar o posicionamento desta Relatora, no sentido que, a luz do sistema acusatório, o Poder Judiciário não poderá, na fase pré-processual, valorar a importância de diligências investigatórias destinadas à formação ou não do convencimento do titular da ação penal quanto a necessidade ou não de oferecimento da denúncia.

A definição do órgão de execução do Ministério Público responsável pelo exame do pedido de oitiva dos Delegados apresenta conteúdo organizacional, de tal modo que extrapolaria os limites objetivos deste



Mandado de Segurança eventual manifestação do Poder Judiciário sobre o assunto, notadamente para afirmar que à parte impetrada recai a atribuição para realizar determinada diligência probatória.

Competirá à Promotoria de Justiça com atribuição para investigar o fato examinar a imprescindibilidade da realização de diligência em enfoque nestes autos. A intervenção do Poder Judiciário nessa matéria implicaria transgressão ao sistema acusatório.

Por tais razões de decidir, em conformidade com o parecer exarado pela Procuradoria de Justiça do Ministério Público, denego a ordem por não vislumbrar a presença de direito líquido e certo em favor do paciente.

É como voto.

Belém/PA, 07 de agosto de 2017.

Relatora ROSI MARIA GOMES DE FARIAS.
Juíza Convocada.