

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO CARÁTER INQUISITIVO DO INQUÉRITO
POLICIAL E ATUAÇÃO DA DEFESA NAS INVESTIGAÇÕES PRELIMINARES**

DANIEL PINHO MARTINS

Rio de Janeiro
2020

DANIEL PINHO MARTINS

**CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO CARÁTER INQUISITIVO DO INQUÉRITO
POLICIAL E ATUAÇÃO DA DEFESA NAS INVESTIGAÇÕES PRELIMINARES**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do professor Francisco Ramalho Ortigão Farias.

Rio de Janeiro

2020

CIP - Catalogação na Publicação

M386c Martins, Daniel Pinho
CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO CARÁTER INQUISITIVO DO
INQUÉRITO POLICIAL E ATUAÇÃO DA DEFESA NAS
INVESTIGAÇÕES PRELIMINARES / Daniel Pinho Martins.
- Rio de Janeiro, 2020.
72 f.

Orientador: Francisco Ramalho Ortigão Farias.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2020.

1. Constitucionalização. 2. Contraditório e Ampla
Defesa . 3. Inquérito Policial. 4. Investigações
preliminares . 5. Polícia Judiciária . I. Farias,
Francisco Ramalho Ortigão , orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos
pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

DANIEL PINHO MARTINS

**CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO CARÁTER INQUISITIVO DO INQUÉRITO
POLICIAL E ATUAÇÃO DA DEFESA NAS INVESTIGAÇÕES PRELIMINARES**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do professor Francisco Ramalho Ortigão Farias.

Data da Aprovação: ____ / ____ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2020

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus e a toda espiritualidade de luz que acompanha os meus caminhos. Os senhores são a razão da minha vida e da minha evolução.

A toda a minha família – em especial, meu pai Eduardo, minha mãe Flávia, minha irmã Mariana, meu cachorro Doki e meus avós William, Helenice, Sinésio e Elisabete – por todo amor e carinho dedicados para que eu chegasse até aqui. Vocês são meus alicerces. Estaremos sempre juntos.

À minha namorada Ingrid, que me acompanha desde os tempos de colégio e que está comigo nas minhas maiores conquistas, sempre com muita alegria e amor.

Aos meus amigos da graduação, por todos os estudos e momentos de desafio que juntos passamos. Meu muito obrigado também pelos momentos de diversão, lembrando dos jogos jurídicos, das chopadas e das boas resenhas nos Bar do Cauby.

A todos os professores e profissionais que me ajudaram nessa caminhada, em especial ao professor Rodrigo Machado, que me acompanhou durante o projeto dessa monografia, e ao professor Francisco Ortigão, por toda orientação no desenvolvimento desse trabalho.

Por fim, agradeço à gloriosa Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro por tudo que vivemos nesse período de graduação.

A vida é bela!

RESUMO

Este trabalho aborda a atuação da defesa do suspeito investigado/indiciado no curso das investigações preliminares do Inquérito Policial, sob a ótica da Constituição Federal de 1988, visando harmonizar o Processo Penal com a normas constitucionais vigentes. Para tanto, analiso as funções da Polícia Judiciária e do Delegado de Polícia, autoridade com atribuição exclusiva de conduzir e presidir o mencionado procedimento administrativo-investigativo. Ademais, examino a Lei Federal 13.245/16, que alterou a Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil), reforçando as prerrogativas do advogado na fase pré-processual da persecução penal, além de observar os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema. Com base no estudo e argumentos apresentados, pretendo discutir a possibilidade da presença ou não dos princípios do contraditório e da ampla defesa nas investigações preliminares, com o objetivo de trazer uma visão democratizada do Processo Penal.

Palavras-chave: Ampla Defesa; Constitucionalização; Contraditório; Inquérito Policial; Investigações Preliminares; Polícia Judiciária.

ABSTRACT

This work analyses the defense of the investigated / indicted suspect during the preliminary investigations of the police investigation, from the perspective of the Federal Constitution of 1988, aiming to harmonize the criminal process with the current constitutional rules. This paper also analyses the functions of the judicial police and the police chief, an authority with the exclusive responsibility of leading and presiding over the administrative-investigative procedure. In addition, I am examining the Federal Law 13.245/16, which innovated the Law 8.906/94 (Law of Advocacy and the Brazilian Bar Association), reinforcing the attorney's prerogatives in the pre-procedural phase of criminal prosecution, observing doctrinal positions and jurisprudence on the topic. Based on the study and arguments presented, I intend to discuss the possibility of the presence or absence of the principles of the adversarial and the right defense in preliminary investigations, with the aim of bringing a democratized view of the criminal process.

Keywords: Adversarial; Constitution; Judicial Police; Police Investigation; Preliminary Investigations; Right Defense.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1 – ANÁLISE PRINCÍPIOLÓGICA E CONSTITUCIONAL DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL	5
1.1 – A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA PERSECUÇÃO PENAL E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	5
1.2 – PRINCÍPIO ACUSATÓRIO	7
1.3 – DEVIDO PROCESSO (INVESTIGAÇÃO) LEGAL.....	9
1.4 – DURAÇÃO RAZOÁVEL DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL.....	11
1.5 – PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	12
1.6 – FAVOR REI (NO INDICIAMENTO).....	13
2 – POLÍCIA JUDICIÁRIA E INQUÉRITO POLICIAL	16
2.1 – SEGURANÇA PÚBLICA E AS FUNÇÕES DA POLÍCIA JUDICIÁRIA.....	16
2.2 – CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E CARACTERÍSTICAS DO INQUÉRITO POLICIAL.....	19
2.3 – ATUAÇÃO DO DELEGADO DE POLÍCIA NA CONDUÇÃO DAS INVESTIGAÇÕES E A SUA RELAÇÃO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	24
2.4 – FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL	28
2.5 – A POSIÇÃO DO JUIZ NO INQUÉRITO POLICIAL	30
3 – OS ATOS DA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NO INQUÉRITO POLICIAL	32

3.1 – FORMAS DE COMUNICAÇÃO E FORMAS DE INSTAURAÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL.....	32
3.2 – DILIGÊNCIAS INVESTIGATÓRIAS DO INQUÉRITO POLICIAL.....	34
3.3 – A PUBLICIDADE E O SIGILO DOS ATOS NO CURSO DAS INVESTIGAÇÕES PRELIMINARES	36
3.4 – VALOR PROBATÓRIO DOS ELEMENTOS COLHIDOS NAS INVESTIGAÇÕES PRELIMINARES E VEDAÇÃO DE PROVAS ILÍCITAS	39
3.5 – INDICIAMENTO	41
3.6 – TÉRMINO DO INQUÉRITO POLICIAL	44
4 – O EXERCÍCIO DA DEFESA NO CURSO DO INQUÉRITO POLICIAL	48
4.1 – SITUAÇÃO JURÍDICA DO SUJEITO PASSIVO NA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR	48
4.2 – LEI 13.245/16 E A DEMOCRATIZAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL	51
4.3 – CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA NO INQUÉRITO POLICIAL (GARANTIA DO CONTRADITÓRIO MÍNIMO).....	54
CONCLUSÃO.....	59
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	61

INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva a conclusão de uma monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito.

A obra tem como escopo realizar uma análise acerca da atuação da defesa no curso das investigações conduzidas no Inquérito Policial. O estudo será estruturado em 4 capítulos: o primeiro aborda os direitos fundamentais do investigado/indiciado e a interpretação constitucional das investigações preliminares, sob uma ótica principiológica e democrática; o segundo trata da Polícia Judiciária e introduz o estudo do Inquérito Policial; o terceiro pormenoriza o procedimento investigativo, analisando os atos no seu curso e, por último, o quarto capítulo versa sobre o exercício da defesa nas investigações preliminares do Inquérito Policial, analisando aspectos do contraditório e da ampla defesa nessa fase pré-processual.

Com a monografia, busca-se como devem ser interpretadas e aplicadas as normas constitucionais, especialmente no que concerne aos direitos e às garantias fundamentais do investigado/indiciado, com a finalidade de reconhecer a participação desse sujeito já na fase pré-processual. Serão analisadas as características positivas e negativas do Inquérito Policial, buscando assim uma conclusão criteriosa sobre o tema. Para tanto, destaca-se uma característica do Inquérito Policial sobre a qual a obra se debruçará: sua inquisitorialidade.

Nesse sentido, a partir da observância da Constituição da República – fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico – e dos princípios que regem o Processo Penal pátrio, será proposta uma releitura da interpretação e aplicação da referida característica. Teremos como ponto de partida a seguinte indagação: seria o Inquérito Policial um procedimento sujeito à ampla defesa e ao contraditório ou seria, essencialmente, um procedimento inquisitivo?

De início, adianta-se que o presente autor se filia à parte da doutrina que sustenta o primeiro entendimento – de que nas investigações preliminares é sim possível o contraditório, ainda que diferido e mitigado, e defesa do investigado/indiciado, ainda que limitada, observadas as peculiaridades do procedimento investigativo. Isso porque entendo que o rol de direitos e garantias individuais fundamentais deve ser interpretado e aplicado de forma ampla, a fim de melhor atender à finalidade de proteção dos bens jurídicos mais relevantes para o ordenamento

pátrio, buscando conferir a máxima eficácia das normas constitucionais. Tal posicionamento se alinha ao sistema penal garantista e ao atual Estado Constitucional que vivemos.

Além disso, como será mais bem detalhado e exposto ao longo da monografia, em razão da participação do investigado/indiciado, não há que se falar em prejuízo da eficiência das investigações preliminares. Na realidade, pelo contrário, a participação daqueles diretamente interessados na persecução penal, desde a fase administrativa, reforça o princípio da eficiência, visto que evita o ajuizamento de ações penais temerárias e torna legítimo o provimento estatal.

Ademais, o trabalho ressaltará a relevância da atuação do Delegado de Polícia no procedimento, haja vista ter ele, na qualidade de Autoridade Policial, a atribuição legal para conduzir as investigações criminais no âmbito da Polícia Judiciária, conforme previsto na Lei 12.830/2013, sendo essa atividade de natureza jurídica, essencial e exclusiva de Estado.

O tópico possui forte relevância para a prática forense e para a academia, pois o Inquérito Policial é o principal procedimento de investigação preliminar previsto no ordenamento jurídico pátrio, sendo a Autoridade Policial o primeiro garantidor dos direitos fundamentais do cidadão investigado/indiciado, conforme leciona André Nicolitt em seu manual de Processo Penal¹. Busco, dessa forma, conciliar preceitos teóricos com a prática da atividade da Polícia Judiciária.

Além das questões e posicionamentos doutrinários acerca do tema, de valor científico, a metodologia de estudo utilizada também tem como base epistêmica aspectos jurisprudenciais, em especial quanto à Súmula Vinculante 14, e legais, destacando-se a Lei 13.245/16, a qual promoveu importantes alterações na fase pré-processual da persecução penal ao inovar o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei 8.906/94).

A edição da referida lei trouxe importantes implicações para o conteúdo da monografia, pois reforçou o direito do advogado a ter acesso a qualquer procedimento investigatório (art.7º, XIV, EAOAB), introduzindo também o inciso XXI e os §§10, 11 e 12 ao art.7º do Estatuto, sendo um estímulo para uma investigação criminal democratizada, como será desenvolvido. Veja-se:

Art. 7º São direitos do advogado:

¹ NICOLITT, André Luiz. Manual de processo penal. 8ª ed. Ed. D'PLACIDO, 2019, Capítulo 4.

XIV - examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital; (Redação dada pela Lei nº 13.245, de 2016)

XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração: (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016)

a) apresentar razões e quesitos; (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016)

b) (VETADO). (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016)

§ 10. Nos autos sujeitos a sigilo, deve o advogado apresentar procuração para o exercício dos direitos de que trata o inciso XIV. (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016)

§ 11. No caso previsto no inciso XIV, a autoridade competente poderá delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências. (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016)

§ 12. A inobservância aos direitos estabelecidos no inciso XIV, o fornecimento incompleto de autos ou o fornecimento de autos em que houve a retirada de peças já incluídas no caderno investigativo implicará responsabilização criminal e funcional por abuso de autoridade do responsável que impedir o acesso do advogado com o intuito de prejudicar o exercício da defesa, sem prejuízo do direito subjetivo do advogado de requerer acesso aos autos ao Juiz competente. (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016).

Vale dizer ainda que toda a produção da obra, pelo fenômeno da constitucionalização do direito, propõe um diálogo entre as normas infraconstitucionais, em especial o Código de Processo Penal, e a nossa Carta Magna de 1988.

Pelo exposto, é relevante enumerar alguns questionamentos, os quais puderam ser extraídos com base nos diversos escritos que compõem a base bibliográfica, usados como ponto de partida e direção para a produção do trabalho, como se segue:

a) Qual é a finalidade constitucional das investigações preliminares?

b) É compatível, observado o sistema acusatório adotado pela CF/88, que no Processo Penal pátrio, no curso dos atos do Inquérito Policial, sejam afastados os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa para o indiciado/investigado?

- c) Qual a importância da atuação do Delegado de Polícia, como primeiro garantidor dos direitos fundamentais do cidadão investigado/indiciado, no curso do procedimento investigativo?
- d) A presença do contraditório e do exercício da defesa no curso das investigações preliminares efetivamente prejudica a eficácia delas?
- e) Partindo da análise da Súmula Vinculante nº 14, como se posicionam os tribunais superiores sobre o tema?
- f) Como a lei 13.245/16, que alterou a defesa do investigado/indiciado nas investigações preliminares, relaciona-se com o caráter inquisitivo do Inquérito Policial?

Por fim, o trabalho tem como enfoque as investigações preliminares do Inquérito Policial, mas cabe mencionar que o entendimento ora defendido se aplica também para outros procedimentos investigativos, como o “PIC” (Procedimento Investigatório Criminal) conduzido pelo Ministério Público, o qual é uma realidade na prática forense, apesar de ter sua constitucionalidade contestada por ausência de previsão legal, como advoga parte da doutrina,

CAPÍTULO 1 – ANÁLISE PRINCIPAL E CONSTITUCIONAL DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

1.1 – A constitucionalização da persecução penal e o Estado Democrático de Direito

O Estado Democrático de Direito, regime político positivado no caput do art.1º, CF/88, tem como escopo guiar o Estado de Direito para a consecução dos preceitos de Democracia. Estado de Direito é aquele que obedece às próprias leis, fundado sob o ordenamento jurídico posto, politicamente organizado. Para que esse Estado de Direito seja também considerado democrático, ele deve estar pautado em princípios que reforcem a dignidade humana, elevando a condição dos cidadãos e orientando-os para que concretizem seus ideais².

Na lição do professor Dirley da Cunha Júnior, conceitua-se Constituição como:

um conjunto de normas jurídicas supremas, que estabelecem os fundamentos de organização do Estado e da sociedade, dispendo e regulando a forma de Estado, a forma e sistema de governo, o seu regime político, seus objetivos fundamentais, o modo de aquisição e exercício do poder, a composição, as competências e o funcionamento de seus órgãos, os limites de atuação e a responsabilidade de seus dirigentes, e fixando uma declaração de direitos e garantias fundamentais e as principais regras de convivência social³.

A partir da leitura do conceito acima transcrito, posso dizer que a Constituição Federal de 1988 é o principal diploma normativo da República Federativa do Brasil, versando sobre assuntos tipicamente de Estado, em especial aqueles atinentes aos direitos e garantias fundamentais (parte dogmática) e à organização do Estado e dos poderes (parte orgânica). Não por acaso, a Carta Magna é dividida em títulos, sendo o Título II “dos direitos e garantias fundamentais”; o Título III “da organização do Estado” e o Título IV “da organização dos poderes”.

Dessa forma, entendo a Constituição como o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico, estando acima das demais normas jurídicas existentes, conforme os ensinamentos de Hans Kelsen, que se valeu da figura de uma pirâmide para explicar a estrutura hierárquica das normas jurídicas, estando a Constituição no seu topo. É ela a manifestação

² NAPOLI, Édem. Direito Constitucional para concursos. 4ª ed. revista, ampl. e atualiz. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 151.

³ CUNHA JÚNIOR, Dirley. Curso de direito constitucional. 9. Ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

máxima da vontade popular, contendo os assuntos mais sensíveis e caros para a sociedade. Nesse sentido, Gilmar Mendes:

O instante atual é marcado pela superioridade da Constituição, a que se subordinam todos os poderes por ela constituídos, garantida por mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade. A Constituição, além disso, se caracteriza pela absorção de valores morais e políticos (fenômeno por vezes designado como materialização da Constituição), sobretudo em um sistema de direitos fundamentais autoaplicáveis. Tudo isso sem prejuízo de se continuar a afirmar a ideia de que o poder deriva do povo, que se manifesta ordinariamente por seus representantes⁴.

As normas constitucionais, portanto, distinguem-se das demais por sua posição hierarquicamente superior. Logo, as demais normas jurídicas devem ter a sua validade aferida pela sua compatibilidade com o texto constitucional. Trata-se de uma imposição a todos os atos do poder público, de forma que uma lei ou outro ato que contrarie as disposições constitucionais tenha a sua validade recusada e, por conseguinte, seja declarada inconstitucional. Essa é a noção de constitucionalização do direito, fenômeno pelo qual todo o ordenamento jurídico deve ser construído e interpretado conforme as normas constitucionais, sendo um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Oportuno o ensinamento de Rogério Sanches:

A interpretação constitucional assume nítido relevo dentro da perspectiva do Estado Democrático de Direito, em que a Constituição deve informar e conformar as normas que lhe são hierarquicamente inferiores. Esta forma de interpretação é marcada pelo confronto entre a norma legal e a Constituição, aferindo a validade daquela dentro de uma perspectiva garantista, numa verdadeira “filtragem” à qual só resistem aqueles dispositivos que não estão em desacordo com os direitos e garantias da Carta Magna⁵.

Trazendo o fenômeno para a seara processual penal, observa-se a necessidade de atenção com o Código de Processo Penal, principal diploma legislativo do ramo. Isto pois, como ensinam Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen Gloeckner⁶, o processo serve ao Direito Penal. E quando se fala em Direito Penal, estamos diante de um cenário de relevância constitucional, pois esse ramo do direito tem como uma de suas funções a aplicação da pena, ou seja, a restrição de direitos fundamentais, mais especificamente o direito de liberdade de locomoção.

⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 12. Ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 53.

⁵ CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal: parte geral (arts.1º ao 120) / Rogério Sanches Cunha – 7. Ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2019, p. 69.

⁶ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Investigação preliminar no processo penal. 6ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014, p. 82/83.

Segundo a visão dos mencionados autores, o Processo Penal deve ser um instrumento para a realização do direito penal. Isso significa dizer que, além da função de tornar viável a aplicação da pena, o processo deve servir como instrumento de garantia dos direitos e liberdades individuais, afastando abusos estatais. Nas suas palavras, “O Processo Penal é uma das expressões mais típicas do grau de cultura alcançado por um povo no curso da sua história, e os princípios de política processual de uma nação não são outra coisa que segmentos da política estatal em geral.”⁷

Diante do exposto, o investigado/indiciado no Inquérito Policial não deve ser tratado como um objeto da persecução penal, mas sim como um sujeito de direitos, a fim de preservar a sua dignidade humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, como se verifica no art.1º, III, CF/88 – princípio esse que confere unidade aos direitos fundamentais no Estado Constitucional. O Estado, sob esse viés, está vinculado ao dever de respeito e proteção do indivíduo contra exposição a ofensas e humilhações.

Ademais, ressalto que cronologicamente o CPP (editado em 1941 – Decreto-lei n. 3.689 de 3 de outubro de 1941) é anterior à Constituição Federal, promulgada em 1988, Carta que instituiu o regime democrático no Brasil. Por esse motivo, a fim de que o CPP se compatibilize com os valores regentes do Brasil atual, o diploma legal deve ser relido sob a ótica constitucional, especialmente porque editado com inspirações no Código de Processo Penal Italiano produzido na década de 1930, momento de domínio fascista na Itália. Para tanto, imprescindível o estudo dos princípios regentes do Processo Penal pátrio, que serão a seguir abordados.

1.2 – Princípio acusatório

Quando do estudo dos sistemas processuais penais, devemos realizar os seguintes questionamentos: a quem compete as funções da persecução penal (acusação e julgamento) e a quem cabe a gestão probatória. Como bem define Paulo Rangel:

Sistema processual penal é o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto. O Estado deve tornar efetiva a ordem normativa penal, assegurando a aplicação de suas regras e de seus preceitos básicos,

⁷ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Investigação preliminar no processo penal. 6ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014, p. 85/86.

e esta aplicação somente poderá ser feita através do processo, que deve se revestir, em princípio, de duas formas: inquisitiva e acusatória⁸.

Esse núcleo fundante do Processo Penal, denominado “sistema processual”, é um norte para a persecução penal. São três os sistemas processuais apresentados pela doutrina: o inquisitivo, o acusatório e o misto, ressaltando que esse último não é reconhecido por alguns autores, como será explicado.

O sistema inquisitivo tem um viés autoritário, sendo caracterizado pela concentração de poder nas mãos do julgador, que exerce também a função de acusador. Evidentemente, essa concentração de funções compromete a imparcialidade do órgão julgador, o qual atua diretamente na gestão das provas com ampla iniciativa. Além disso, o investigado/acusado é tratado como mero objeto da investigação, sem contraditório e sem oralidade. Não se coaduna, portanto, com o regime democrático e com a ordem constitucional vigente no Brasil. Távora sustenta:

No sistema inquisitivo (ou inquisitório), permeado que é pelo princípio inquisitivo, o que se vê é a mitigação dos direitos e garantias individuais, em favor de um pretenso interesse coletivo de ver o acusado punido. É justificada a pretensão punitiva estatal com lastro na necessidade de não serem outorgadas excessivas garantias fundamentais.

O discurso de fundo é a efetividade da prestação jurisdicional, a celeridade e a necessidade de segurança, razão pela qual o réu, mero figurante, submete-se ao processo numa condição de absoluta sujeição, sendo em verdade mais um objeto da persecução penal do que sujeito de direitos. É que, conforme esse sistema, os direitos de um indivíduo não podem se sobrepor ao interesse maior, o coletivo⁹.

Já o sistema acusatório, por sua vez, é o modelo processual brasileiro. Aqui há a nítida separação de funções durante o curso do processo, formando a clássica triangulação do processo (*actum trium personarum*) – Juiz, acusação e defesa. Tal sistema está alinhado com as bases constitucionais democráticas brasileiras, agindo o Juiz de forma imparcial e equidistante – sem participar da gestão probatória – e somente quando provocado. Assim, cabe à acusação a iniciativa do processo – o que observo positivado no art.129, I, CF/88, quando o constituinte confere ao Ministério Público a atribuição para, privativamente, promover a ação penal pública – e às partes a gestão da prova, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, competindo ao

⁸ RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 18. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 49.

⁹ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Processo Penal. 8. Ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 40.

Juiz julgar com base no seu livre convencimento motivado – como se percebe do art. 155, CPP.

Ensina Renato Brasileiro:

Como se percebe, o que efetivamente diferencia o sistema inquisitorial do acusatório é a posição dos sujeitos processuais e a gestão da prova. O modelo acusatório reflete a posição de igualdade dos sujeitos, cabendo exclusivamente às partes a produção do material probatório e sempre observando os princípios do contraditório, da ampla defesa, da publicidade e do dever de motivação das decisões judiciais. Portanto, além da separação das funções de acusar, defender e julgar, o traço peculiar mais importante do sistema acusatório é que o Juiz não é, por excelência, o gestor da prova¹⁰.

Finalmente, há na doutrina entendimento no sentido de que existe um sistema processual penal misto, combinando características do inquisitivo com o do acusatório, como no caso do modelo francês. Alguns defendem que seria esse o modelo brasileiro, em razão da persecução penal se dividir na fase pré-processual (investigações preliminares), mais aproximada do modelo inquisitivo, e na fase processual (instrução), mais próxima do modelo acusatório. No entanto, não vejo razão para ser essa tese adotada, como bem alertam Aury e Ricardo¹¹, “a investigação preliminar, no Brasil, não pode ser equiparada a um verdadeiro processo, justamente pela relativização (e não supressão) de certas garantias constitucionais”.

1.3 – Devido processo (investigação) legal

O princípio do devido processo legal é assegurado no inciso LIV, do artigo 5º, da Constituição Federal: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Trata-se de uma norma cláusula geral, composta por termos vagos ou indeterminados. Por isso, deve o princípio ser estruturado e moldado ao longo da história, juntamente com o momento vigente da sociedade. Cabe dizer que o devido processo legal se aplica não só para as atividades jurisdicionais do Estado, mas também para atividades administrativas e legislativas.

¹⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 7ª. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 42.

¹¹ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Investigação preliminar no processo penal. 6ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014, p. 61.

Como sustentam Rafael e Jaime¹², a garantia do devido processo legal deve ser aplicada e ajustada à etapa preliminar da persecução penal, como garantia fundamental de uma devida investigação legal. Essa devida investigação legal, nas palavras dos autores citados, está estruturada nos preceitos e princípios da legalidade; do investigante natural; do contraditório; da defesa; da publicidade; da paridade de armas; da imparcialidade; da reserva de jurisdição; da inadmissibilidade de provas ilícitas; da duração razoável da investigação; da presunção de não culpa e, finalmente, da não autoincriminação.

Assim, resta claro que o princípio do devido processo legal na fase pré-processual tem como escopo reger as investigações preliminares, de forma a estabelecer regras procedimentais claras, possibilitando que o investigado/indiciado tenha conhecimento, por exemplo, da ritualística da produção de provas (em nível ainda indiciário) e dos direitos a ele assegurados.

Ademais, quando se fala em “investigante natural”, estamos diante da figura do Delegado de Polícia natural – autoridade responsável por presidir com exclusividade a apuração de supostas infrações penais em sede de Inquérito Policial. Essa atribuição deve ter prévia e expressa disposição legal, como se depreende, analogicamente, dos incisos XXXVII e LIII, do artigo 5º, da Constituição Federal. Nessa esteira, de forma a corroborar o que foi explicitado, colaciono o §4º, do artigo 2º, da Lei 12.830/13:

§ 4º O Inquérito Policial ou outro procedimento previsto em lei em curso somente poderá ser avocado ou redistribuído por superior hierárquico, mediante despacho fundamentado, por motivo de interesse público ou nas hipóteses de inobservância dos procedimentos previstos em regulamento da corporação que prejudique a eficácia da investigação.

Com efeito, fazendo alusão ao princípio do Juiz Natural, em sede judicial, tem-se defendido na doutrina¹³ o princípio do Delegado de Polícia Natural. Isto pois, deve o Inquérito Policial ser presidido pela Autoridade Policial previamente definida, segundo critérios

¹² MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. *Polícia Judiciária e atuação da defesa na investigação criminal* / Rafael Francisco Marcondes de Moraes, Jaime Pimentel Júnior – 2. Ed. ampl., rev. e atual. – Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 50/51.

¹³ MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. *Polícia Judiciária e atuação da defesa na investigação criminal* / Rafael Francisco Marcondes de Moraes, Jaime Pimentel Júnior – 2. Ed. ampl., rev. e atual. – Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 52.

SILVA, Márcio Alberto Gomes. *Inquérito Policial – uma análise jurídica e prática da fase pré-processual* / Márcio Alberto Gomes Silva – Salvador: JusPodivm, 5. ed., revista, ampl. e atualiz. 2020, p. 28.

objetivos, sendo possível somente a avocação ou redistribuição por superior hierárquico via despacho fundamentado, por motivos de interesse público ou de inobservância de procedimentos disciplinados em atos normativos.

Encerrado o tópico, em que pese a doutrina e jurisprudência pátria entenderem, majoritariamente, que não há que se falar em suspeição do Delegado de Polícia – com fundamento inclusive no art.107, CPP – outra parte da doutrina, como advoga Leonardo Machado, entende que o dever constitucional de impessoalidade deve ser observado em toda a persecução penal, como decorrência lógica da devida investigação legal. Segue a sua lição:

Nesse sentido, sob um paradigma democrático constitucional, aplica-se ao Delegado de Polícia o dever fundamental de impessoalidade e, por analogia, as causas de suspeição (art.254 do CPP) e impedimento (art.252 do CPP) previstas à autoridade judicial. Somente dessa maneira fica garantida a necessária desvinculação e equidistância em relação às diversas pessoas implicadas na relação investigativa criminal (impessoalidade subjetiva), bem como no tocante aos interesses ou pretensões em jogo (impessoalidade objetiva)¹⁴.

1.4 – Duração razoável da investigação criminal

A lei impõe ao Inquérito Policial prazos para a sua conclusão. Dessa maneira, o procedimento policial deve ser célere, com o fim de atender à normatividade.

Nesse caminhar, não cabe ao Delegado de Polícia, quando da condução dos atos de investigação, extrapolar os prazos legais previstos para a conclusão do Inquérito Policial, especialmente se houver alguma medida cautelar imposta em face do sujeito investigado/indiciado, como uma prisão preventiva ou temporária.

O princípio em comento, além dos prazos estipulados em lei, possui previsão expressa na Constituição Federal, em seu art.5º, LXXVIII, assegurando a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo, bem como os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Pois bem, diante da literalidade do texto constitucional, verifico que a Autoridade Policial não deve somente atender ao prazo previsto objetivamente em lei para a conclusão do Inquérito Policial, mas também deve se atentar à finalidade de concluir o

¹⁴ MACHADO, Leonardo Marcondes. Manual de Inquérito Policial. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 33.

procedimento da forma mais breve possível, com o objetivo de concretizar a sua razoável duração, como bem afirmam Lopes Jr. e Gloeckner¹⁵.

As diligências investigativas devem ser realizadas enquanto houver necessidade, e não indefinidamente. Trata-se de verdadeira limitação temporal/quantitativa do Inquérito Policial, que deve ser observada a partir da análise em conjunto dos prazos legais, respeitada a complexidade das investigações. Nesse sentido, a jurisprudência do STJ:

É certo que existe jurisprudência, inclusive desta Corte, que afirma inexistir constrangimento ilegal pela simples instauração de Inquérito Policial, mormente quando o investigado está solto, diante da ausência de constrição de sua liberdade de locomoção; entretanto, não se pode admitir que alguém seja objeto de investigação eterna, porque essa situação, por si só, enseja evidente constrangimento, abalo moral e, muitas vezes, econômico e financeiro, principalmente quando se trata de grandes empresas e empresários e os fatos já foram objeto de Inquérito Policial arquivado a pedido do Parquet Federal¹⁶.

1.5 – Presunção de inocência

Segundo Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen:

A garantia de que será mantido o estado de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória implica diversas consequências no tratamento da parte passiva, inclusive na carga da prova (ônus da acusação) e na obrigatoriedade de que a constatação do delito e a aplicação da pena ocorrerão por meio de um processo com todas as garantias e através de uma sentença¹⁷.

A presunção de inocência é princípio reitor do Processo Penal garantista, sendo possível verificar a qualidade de um sistema processual através do seu nível de observância¹⁸.

Desse modo, impõe-se aos operadores do direito duas regras básicas sobre os imputados em geral¹⁹: a primeira, da regra probatória, cabendo à parte acusadora o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado, além de qualquer dúvida, e não este provar a sua inocência. Por essa

¹⁵ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Investigação preliminar no processo penal. 6ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014, p. 272/273.

¹⁶ STJ, 5ª Turma, HC 96.666/MA, Rel. Min Napoleão Nunes Maia Filho, j. 04/09/2008, Dje 22/09/2008.

¹⁷ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Investigação preliminar no processo penal. 6ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014, p. 70.

¹⁸ Ibidem, p. 70

¹⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 7ª. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 46/47.

regra, deve haver um juízo de certeza sobre a autoria e materialidade do fato para que o acusado seja condenado, trazendo uma aproximação com o princípio do *in dubio pro reo*, conforme observo no art.386, CPP. A segunda, da regra de tratamento, pela qual o poder público não pode agir com o imputado como se ele já houvesse sido condenado, sendo cabível a decretação de privação cautelar de liberdade somente nos casos excepcionais previstos em lei.

O princípio está previsto no art.5º, LVII, CF/88. Como se extrai do dispositivo, durante todo o processo até o trânsito em julgado da sentença condenatória ninguém será considerado culpado. Ora, se durante a fase judicial o acusado não será considerado culpado, com razão ainda maior durante a fase pré-processual das investigações preliminares – que se lastreia em elementos informativos indiciários – o investigado/indiciado também não será tratado como tal.

Como bem alerta Márcio Alberto:

A autoridade policial, atenta ao princípio em estudo, deve ter bastante cautela em suas declarações públicas. Em casos de repercussão, é interessante que a apresentação do resultado das investigações seja pautada apenas pela indicação das provas produzidas, sem que se faça menção a termos que indiquem prejulgamento do investigado/indiciado, de forma a preservar a isenção exigida do Estado-investigação²⁰.

Igualmente afirmando a importância desse cuidado no ato de indiciamento, Pacelli decreta:

Até mesmo para o ato de indiciamento, que vem a ser uma formalização da situação do investigado em Inquérito Policial, é possível reclamar-se a presença de justa causa.

Também o indiciamento impõe uma carga significativa e socialmente onerosa à situação jurídica do inocente²¹.

1.6 – Favor rei (no indiciamento)

Como último princípio, explícito o *Favor Rei*, aqui estudado quando do indiciamento – momento de imputação formal de uma infração penal a determinado sujeito durante a fase pré-processual das investigações preliminares.

²⁰ SILVA, Márcio Alberto Gomes. Inquérito Policial – uma análise jurídica e prática da fase pré-processual / Márcio Alberto Gomes Silva – Salvador: JusPodivm, 5. ed., revista, ampl. e atualiz. 2020, p. 30/31.

²¹ DE OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de Processo Penal, Lumen Juris, 2009, p. 43.

Para tanto, transcrevo o art.386, incisos II, V, VI e VII, do CPP:

Art. 386. O Juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

I – (...);

II - não haver prova da existência do fato;

III – (...);

IV – (...);

V – não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;

VI – existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;

VII – não existir prova suficiente para a condenação.

Prescreve o artigo que, em caso de dúvida, deve ser a causa decidida de forma a beneficiar o réu, absolvendo-o. O *Favor Rei* é uma importante regra hermenêutica (de interpretação) destinada a salvaguardar a liberdade do acusado. É uma ferramenta essencial para garantir a liberdade como regra no Processo Penal, instrumento de valorização do regime constitucional democrático.

Trazendo o princípio para a o Inquérito Policial, ensina Márcio Alberto:

Na fase inquisitorial é de se aplicar o *favor rei* quanto ao instituto do indiciamento. Há que existir material probante suficientemente robusto para fazer com que a autoridade policial indique que o investigado efetivamente cometeu o crime apurado. Fala-se em *in dubio pro societate* apenas no momento da instauração do procedimento inquisitivo (havendo dúvida acerca da existência ou não de crime, é mister deflagrar investigação para aclarar as circunstâncias que gravitaram em torno do fato supostamente delituoso)²².

Logo, havendo dúvida sobre o indiciamento ou não (ato privativo da Autoridade Policial), deve o Delegado de Polícia optar pelo não indiciamento, de forma a compatibilizar a sua atuação com a ordem constitucional vigente. É nesse sentido a orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, que inclusive considera constrangimento ilegal o ato de

²² SILVA, Márcio Alberto Gomes. Inquérito Policial – uma análise jurídica e prática da fase pré-processual / Márcio Alberto Gomes Silva – Salvador: JusPodivm, 5. ed., revista, ampl. e atualiz. 2020, p. 31.

indiciamento em Inquérito Policial sem elementos que o justifiquem, sendo cabível a impetração de habeas corpus em favor do indiciado. Veja-se a ementa do referido julgado:

INQUÉRITO POLICIAL. Indiciamento. Ato penalmente relevante. Lesividade teórica. Indeferimento. Inexistência de fatos capazes de justificar o registro. Constrangimento ilegal caracterizado. Liminar confirmada. Concessão parcial de habeas corpus para esse fim. Precedentes. Não havendo elementos que o justifiquem, constitui constrangimento ilegal o ato de indiciamento em Inquérito Policial (STF – HC:85541. Relator: Min. CEZAR PELUSO, Data de Julgamento: 22/04/2008, Segunda Turma, Data de Publicação: DJE 157, DIVULG 21/08/2008 PUBLIC 22/08/2008)²³.

²³ STF. 2ª Turma. HC 85.541, Rel. Min. Cezar Peluso, DJE, 157, divulg. 21/8/2008, publ. 22/8/2008.

CAPÍTULO 2 – POLÍCIA JUDICIÁRIA E INQUÉRITO POLICIAL

2.1 – Segurança pública e as funções da Polícia Judiciária

A segurança pública é um tema de extrema relevância e preocupação dos cidadãos brasileiros, sendo um direito constitucionalmente consagrado. A partir de uma análise global, percebe-se que a questão não se refere tão somente às forças públicas responsáveis por promover a paz, mas também à garantia de outros direitos fundamentais a ela anexos, como os direitos sociais esculpidos no art.6º, CF/88 (“São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”).

Analisando-se o dispositivo acima transcrito, entendo que assegurar direitos outros da população é uma forma importante e, mais ainda, necessária para o reforço da segurança pública, observando que a máxima eficácia das normas constitucionais depende de uma garantia conjunta dos direitos previstos na Carta Magna. Nesse sentido, sustenta Márcio Alberto Gomes Silva:

quanto menos se atenta para direitos outros da população, maior será a necessidade de investimento na área de segurança (mormente na repressão ao crime). Anote-se que investir em segurança significa, em grande medida, verter recursos para valorização dos profissionais que labutam na área (salários dignos e capacitação), para melhoria da estrutura física das instalações dos órgãos que dela cuidam e para compra de equipamentos, viaturas, armas e sistemas ligados à inteligência policial²⁴.

Assim, o direito à segurança pública é um direito social fundamental, o qual se demonstra indispensável à tutela do mínimo existencial da vida em sociedade. E, como tal, possui força normativa e vinculante, permitindo que os indivíduos exijam do Estado a sua devida prestação material.

Cabe dizer que o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição da República Federativa do Brasil, entende que o direito à segurança é prerrogativa constitucional indisponível, sendo o resultado da concepção social do Estado. Dessa maneira, impõe-se ao Estado a obrigação de garanti-la, cabendo, inclusive, ao Poder Judiciário determinar a sua

²⁴ SILVA, Márcio Alberto Gomes. Inquérito Policial – uma análise jurídica e prática da fase pré-processual / Márcio Alberto Gomes Silva – Salvador: JusPodivm, 5. ed., revista, ampl. e atualiz. 2020, p. 21.

efetiva implementação, tratando-se de um dever de proteção. Nessa perspectiva, segue trecho do Recurso Extraordinário 559.646-AgR, de relatoria da Min. Ellen Gracie, de 2011, colacionado por Édem Nápoli²⁵:

segurança pública. O direito à segurança é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo (STF. Recurso extraordinário: RE 559.646-AgR, Rel. Min, Ellen Gracie, julgamento em 7-6-2011, Segunda Turma, DJE de 24-6-2011)²⁶.

Em sede constitucional, nos termos do art.144, caput, CF/88, a segurança pública é “dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”. Conforme se extrai dos incisos do mencionado dispositivo constitucional, a segurança pública será exercida essencialmente através dos órgãos ali enumerados, de forma concorrente. Dentre esses órgãos, destacamos os órgãos policiais – gênero do qual podem ser extraídas diversas acepções.

Nos termos em que leciona Júlio Fabbrini Mirabete²⁷: “a Polícia, instrumento da Administração, é uma instituição de direito público, destinada a manter e a recobrar, junto à sociedade e na medida dos recursos de que dispõe, a paz pública ou a segurança individual”. Nesse sentido, segundo a doutrina majoritária, à polícia são atribuídas duas funções principais: a de polícia administrativa e a de Polícia Judiciária.

A polícia administrativa, de caráter eminentemente preventivo, trata-se da função que garante a ordem pública de forma ostensiva, a fim de desestimular a prática de fatos definidos como infrações penais – atos que possam lesar ou colocar em perigo os bens jurídicos mais caros para a sociedade. Como exemplo, podemos citar as polícias militares dos estados – art.144, V, CF/88 – como órgãos de segurança pública que tipicamente atuam como polícia administrativa.

²⁵ NAPOLI, Édem. Direito Constitucional para concursos. 4ª ed. revista, ampl. e atualiz. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 679.

²⁶ No mesmo sentido: ARE 654.823-Agr, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 12-11-2013, Primeira Turma, DJE de 5-12-2013.

²⁷ MIRABETE, Júlio Fabbrini - Processo Penal. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 57.

Por sua vez, a função de Polícia Judiciária, exercida tipicamente pela polícia federal e pelas polícias civis dos estados – art.144, I e IV, CF/88 – possui duas funções precípua: a primeira se refere à atividade investigativa preliminar, como forma de repressão e apuração de infrações penais já ocorridas, de modo preparatório para o início da persecução penal; enquanto a segunda função é a judiciária, visando apoiar o Poder Judiciário no cumprimento de atos judiciais, como um mandado de busca e apreensão.

Colaciona-se um trecho do livro do professor Montez, Delegado de Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro, que de maneira categórica explica as diferentes funções dos órgãos policiais:

A função de Polícia Judiciária é, como já se vem deixando entrever, o múnus atribuído às Polícias Civis de promoverem atos de apoio à atividade do Poder Judiciário (despiciendo tornar a alertar o leitor que essas agências jurídicas encontram-se, no escopo constitucional hodierno, dentro das estruturas do Poder Executivo, e não do Judiciário). A função de polícia investigativa, porém, consubstancia-se no exercício da investigação preliminar, anterior e preparatória – na maioria das vezes – ao processo-crime judicial. No direito administrativo, tradicionalmente abordam-se essas atribuições sob a perspectiva de uma polícia repressiva, eis que se põem em curso após a prática de um ilícito (seja investigando-o – função de polícia investigativa – ou perseguindo-o no contexto de um processo já em trâmite). Há limites pouco claros, a depender do caso, entre as duas funções, sendo possível perceber hipóteses de interpenetração.

Em contraposição à polícia repressiva, tradicionalmente atrelada à polícia de segurança, temos a polícia preventiva, em geral – mas não exclusivamente – no âmbito da polícia administrativa. Diferentemente da repressora, que se habilita, de regra, após a prática de um ilícito, a preventiva o faz, como sugere a nomenclatura, antes da sua materialização, objetivando evitá-lo. Como se disse, a polícia administrativa é aquela que, de regra, concreciona as atividades de prevenção de ilícitos, mas também o faz a polícia de segurança, sobretudo a militar²⁸.

No mesmo sentido, merece destaque o ensinamento dos professores Aury Lopes Jr.:

A polícia brasileira desempenha dois papéis (nem sempre) distintos: a Polícia Judiciária e a polícia preventiva. A polícia judiciária está encarregada da investigação preliminar, sendo desempenhada nos Estados pela Polícia Civil [...]. Já o policiamento preventivo ou ostensivo é levado a cabo pelas Polícias Militares dos Estados, que não possuem atribuição (como regra) para realizar a investigação preliminar. Em se tratando de Inquérito Policial, está ele a cargo da Polícia Judiciária (não cabendo à

²⁸ MONTEZ, Marcus Vinícius Lopes. Estatuto e regulamento da polícia civil do estado do rio de janeiro / Marcus Vinícius Lopes Montez, Rodrigo Barcellos de Oliveira Machado – 2. Ed. rev. e atual. – Salvador: Editora JusPodivm, 2019, p. 27 e 28.

Polícia Militar realizá-lo, salvo nos crimes militares definidos no Código Penal Militar)²⁹.

Finalmente, saliento que a função de investigar não é exclusiva das polícias judiciárias (federal ou civis dos estados), sendo possível que outras autoridades conduzam investigações. A título de exemplo, cito os casos de sindicâncias e processos administrativos contra funcionários públicos; os casos de apuração de delitos praticados por militares, através do Inquérito Policial militar e, também, os casos de investigações conduzidas por membros do Poder Legislativo, por meio das Comissões Parlamentares de Inquérito, com fulcro no art.58, §3º, CF/88. No entanto, atendendo ao objetivo central do presente trabalho, limitarei os estudos ao Inquérito Policial conduzido pelo Delegado de Polícia – autoridade da Polícia Judiciária.

2.2 – Conceito, natureza jurídica e características do Inquérito Policial

O Inquérito Policial é um procedimento cognitivo de natureza administrativa, “inquisitória”³⁰ e preparatória, o qual está vinculado a certa notícia-crime. Essa etapa da persecução penal tem como finalidade a apuração, em nível indiciário, de fato supostamente definido como infração penal e a sua autoria, visando fornecer elementos de informação (justa causa) para a deflagração ou não da ação processual penal.

A natureza procedimental (entendimento majoritário)³¹ se deve ao encadeamento dos atos investigativos que o integram; enquanto a natureza administrativa se refere ao órgão que o preside, qual seja, a Polícia Judiciária – na figura do Delegado de Polícia com atribuição para tanto – que está vinculada à estrutura da administração pública, além de que essa fase é pré-processual (antecede o processo judicial).

A relação entre as fases da persecução penal – pré-processual e processual – é marcada pela instrumentalidade, pois o resultado da investigação preliminar serve como base para aferir

²⁹ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Vol. I. 2º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 241.

³⁰ Utiliza-se o termo “inquisitória” entre aspas, pois no decorrer do trabalho será apresentado um outro mais adequado para expressar a ideia, sob a ótica do autor – qual seja, “apuratório”.

³¹ CHOUKR, Fauzi Hassan. Garantias constitucionais na investigação criminal. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

a justa causa ou não da ação penal. O conceito abaixo transcrito, construído por Renato Brasileiro de Lima, reforça esse caráter instrumental e preparatório do Inquérito 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 juízo³².

Dessa característica instrumental, decorrem duas funções precípuas, conforme sustenta o mencionado autor, quais sejam: a função preservadora – em que a existência prévia do procedimento pré-processual inibe a instauração de um Processo Penal infundado, temerário, resguardando a liberdade do inocente e evitando custos desnecessários ao Estado; e a função preparatória – pela qual são fornecidos elementos de informação, chamado comumente de lastro “probatório”³³ mínimo, para que o titular da ação penal prossiga com a peça acusatória ou determine o arquivamento da persecução penal, com fulcro no art.28, CPP.

Aury Lopes Jr. e Jacobsen, por sua vez, definem o Inquérito Policial como “a atividade desenvolvida pela Polícia Judicial com a finalidade de averiguar o delito e a sua autoria”³⁴, expondo a sua finalidade da seguinte forma³⁵:

Em suma, o Inquérito Policial tem como finalidade o fornecimento de elementos para decidir entre o processo ou não processo, assim como servir de fundamento para as medidas endoprocedimentais que se façam necessárias no seu curso.

Não resta dúvida de que a natureza jurídica do Inquérito Policial vem determinada pelo sujeito e natureza dos atos realizados, de modo que deve ser considerado um procedimento administrativo pré-processual.

Concordo com os conceitos acima apresentados, construídos por autores de renome na doutrina processual penal pátria, em especial porque eles se alinham com o disposto no artigo 4º, CPP (“A Polícia Judiciária será exercida pelas Autoridades Policiais no território de suas

³² LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 7ª. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 109.

³³ Aqui optou-se por colocar o termo “probatório” entre aspas, pois, apesar de ser assim comumente utilizado pela doutrina e jurisprudência, não se trata propriamente de provas, mas sim de elementos de informação, visto que no curso das investigações, em sede de Inquérito Policial, não há produção probatória sob o crivo do contraditório pleno e da ampla defesa judiciais, como será explicado ao longo do trabalho.

³⁴ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Investigação preliminar no processo penal. 6ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014, p. 89.

³⁵ Ibidem p. 222.

respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria”). Ainda, atrevo-me a incluir mais uma finalidade do Inquérito Policial, qual seja, a de refrear os excessos do poder punitivo do Estado, numa ideia de “filtro” de contenção da sua atuação na persecução penal.

Pela leitura do dispositivo, percebe-se que o termo utilizado para denominar a investigação preliminar, qual seja, “Inquérito Policial”, faz clara alusão ao órgão encarregado da atividade. O termo “apuratório” reforça o papel instrumental dessa atividade prévia ao processo, ou seja, da Polícia Judiciária na elucidação das infrações penais e da sua autoria, mostrando seu caráter repressivo, a fim de conhecer o certo.

Ressalte-se que Lopes Jr. e Gloeckner³⁶ criticam o termo “Inquérito Policial” adotado pelo legislador pátrio para tratar das investigações preliminares, apesar de reconhecer ser esse o emprego tradicional pela doutrina e jurisprudência. Segundo os autores, o referido termo, que atende basicamente ao órgão encarregado da atividade, contém um problema terminológico. Na visão dos doutrinadores, o termo que lhes parece mais adequado é o de “instrução preliminar”, por ser mais abrangente e técnico. Veja-se:

O termo que nos parece mais adequado é o de *instrução preliminar*. O primeiro vocábulo – instrução – vem do latim *instruere*, que significa ensinar, informar. Serve para aludir ao fundamento e à natureza da atividade levada a cabo, isto é, a apuração de dados fáticos e elementos de convicção que possam servir para formar a *opinio delicti* do acusador e justificar o processo ou o não processo. Ademais, faz referência ao conjunto de conhecimentos adquiridos, no sentido jurídico de cognição. Também reflete a existência de uma concatenação de atos logicamente organizados: um procedimento.

Para uma análise de sistemas abstratos e concretos de diversos países, é melhor utilizar o termo *instrução* que *investigação*, não só pela maior abrangência do primeiro (pois pode referir-se tanto a uma atividade judicial – Juiz instrutor – como também a uma sumária investigação policial), mas, também, porque poderia ser apontada uma incoerência lógica falar em *investigação preliminar* quando não existe uma *investigação definitiva*, ao passo que a uma instrução preliminar corresponde uma definitiva, levada a cabo na fase processual.

Ao vocábulo *instrução* devemos acrescentar outro – *preliminar* – para distinguir da instrução que também é realizada na fase processual. Também servirá para apontar o caráter prévio com que se realiza a instrução, diferenciando sua situação cronológica. Etimologicamente, o vocábulo *preliminar* vem do latim – prefixo *pre* (antes) e *liminares* (algo que antecede, de porta, de entrada) – deixando em evidência seu

³⁶ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 6ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014, p. 88.

caráter de “porta de entrada” do Processo Penal e a função de filtro para evitar acusações infundadas.

Outra característica do Inquérito Policial é ser ele um procedimento escrito. Tal característica pode ser retirada do art.9º, CPP, pelo qual “todas as peças do Inquérito Policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade”. Sendo assim, inclusive atos de gravação de imagens ou produzidos oralmente deverão ser documentados na forma escrita, a fim de atender à determinação legal.

Ato contínuo, cito a discricionariedade como característica do Inquérito Policial. No âmbito da atividade policial judiciária, ela consiste na independência funcional do Delegado de Polícia, o qual exerce um juízo motivado de oportunidade e conveniência (mérito administrativo) para presidir o curso das investigações preliminares. Dessa maneira, permite-se ao Delegado de Polícia escolher, dentre a sua margem de atuação, a medida que entende mais adequada para o caminhar da fase pré-processual da persecução penal, representando a chamada liberdade de convicção motivada³⁷.

O princípio da obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada traz a característica da oficiosidade do procedimento, que vincula a Autoridade Policial a agir de ofício, independentemente de provocação da vítima ou de qualquer outra pessoa. Verifica-se o princípio positivado no art.5º, I, CPP, valendo a ressalva de que o princípio não se aplica para os casos de ação penal pública condicionada à representação e de ação penal privada. Da mesma forma, não pode o Delegado de Polícia arquivar os autos do Inquérito Policial instaurado, conforme dispõe o art.17, CPP. Assim, concluída a investigação, o procedimento deverá ser encaminhado ao Juiz, que abrirá vista ao Ministério Público – §1º, art.10, CPP – sendo essa a sua indisponibilidade.

Por incumbir ao Delegado de Polícia (Federal ou Civil dos estados) a presidência do Inquérito Policial – art.144, §1º, I c/c art.144, §4º, da Constituição Federal – percebe-se que o procedimento fica a cargo de órgão oficial do Estado, sendo por isso denominado um procedimento oficial.

³⁷ MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. Polícia Judiciária e atuação da defesa na investigação criminal / Rafael Francisco Marcondes de Moraes, Jaime Pimentel Júnior – 2. Ed. ampl., rev. e atual. – Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p.177 e 178.

Uma outra característica apontada pela doutrina é ser o Inquérito Policial um procedimento sigiloso. Essa característica, no entanto, será abordada no próximo capítulo (Capítulo 3), em tópico próprio (3.3), quando da análise dos atos da investigação preliminar.

Tratarei agora de duas características que demandam maior aprofundamento teórico e um estudo crítico constitucionalizado, apesar de serem apresentadas pela posição dogmática tradicional: a dispensabilidade e a inquisitorialidade.

Comumente, é sustentado pela doutrina que o Inquérito Policial é dispensável pelo titular da ação penal, quando ele possuir outros elementos de informação que consubstanciem justa causa para o início da ação penal. Isso pode ser extraído de diferentes dispositivos legais, como do art.12 e do §5º, art.39, CPP. No entanto, valendo-me de uma avaliação empírica, devo lembrar que o procedimento administrativo-policial, em que pese ser rotulado como dispensável, é o mais importante meio de coleta de elementos informativos de autoria e materialidade da infração penal na etapa pré-processual, sendo difícil de encontrar na prática uma ação penal que não seja precedida de Inquérito Policial. Assim leciona Leonardo Machado, Delegado de Polícia Civil do Estado de Santa Catarina:

Vale ressaltar, ainda, que a dimensão empírica da justiça criminal brasileira aponta justamente para uma indispensabilidade concreta do Inquérito Policial na medida em que constitui a base da maioria absoluta das ações processuais penais no Brasil. Logo, para além de um discurso meramente classista, parece difícil mesmo sustentar que o Inquérito Policial seja, de fato, um mero procedimento dispensável³⁸.

Finalmente, encerrando as características do Inquérito Policial, apresento a inquisitorialidade. Essa característica é central na monografia e, por isso, informo que o tema será também desenvolvido ao longo do trabalho, em especial no capítulo 4, quando examino a possibilidade de contraditório e a atuação da defesa durante o curso do Inquérito Policial.

Um procedimento inquisitivo é aquele em que há a concentração de funções/poder e a ausência de contraditório pleno, sem significar necessariamente algo arbitrário³⁹. No Inquérito Policial não há a separação típica do processo – triangulação dos sujeitos processuais nas figuras da acusação, defesa e Juiz – e nem as mesmas condições de igualdade das partes. Os poderes

³⁸ MACHADO, Leonardo Marcondes. Manual de Inquérito Policial. Belo Horizonte: CEI, 2020, p.26.

³⁹ Ibidem, p. 27.

se concentram na figura do Delegado de Polícia, como gestor das investigações. Por esses motivos, a investigação criminal tem sim uma característica inquisitiva.

No entanto, entendo que deve haver uma superação desse paradigma inquisitorial da fase pré-processual, a partir de uma filtragem constitucional. Sustento que é sim possível a presença de contraditório no Inquérito Policial, mesmo que de forma diferida, bem como a presença do exercício de defesa, ainda que não ampla, mas limitada.

Dessa forma, proponho uma releitura constitucionalizada do “procedimento inquisitivo”, inclusive valendo-me de um termo que considero mais adequado, qual seja, “procedimento apuratório” o qual melhor designa um procedimento lastreado nos mandamentos constitucionais do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais individuais. Comungando dessa posição:

O caráter inquisitivo do Inquérito Policial, até então sustentado doutrinariamente pela suposta ausência de ampla defesa e de contraditório, sofreu intensa mitigação e merece ser reformulado para o viés “apuratório-garantista”, precisamente para se integrar aos princípios da Constituição Federal de 1988, convertendo o procedimento em um filtro garantista apuratório da verdade legalmente atingível e validamente construída dos fatos, ou seja, daquilo que efetivamente ocorreu dentro do que for possível elucidar nos limites da lei, e admitindo a participação dos envolvidos, mormente do sujeito investigado, por intermédio de um contraditório possível no procedimento investigatório legal⁴⁰.

2.3 – Atuação do Delegado de Polícia na condução das investigações e a sua relação com os direitos fundamentais

A presidência do Inquérito Policial, nos termos da lei e em conformidade com o modelo adotado pela Constituição Federal de 1988, concentra-se na figura do Delegado de Polícia de carreira, também denominado Autoridade Policial. Essa foi a opção do legislador de 1941, quando da edição do Código de Processo Penal, mantida até o presente e justificada como o modelo mais adequado à realidade social e jurídica do Brasil, conforme se extrai da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal.

⁴⁰ MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. Polícia Judiciária e atuação da defesa na investigação criminal / Rafael Francisco Marcondes de Moraes, Jaime Pimentel Júnior – 2. Ed. ampl., rev. e atual. – Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 161/162.

Para o estudo da atuação do Delegado de Polícia na condução das investigações preliminares, é de suma importância observar a Lei 12.830/12 – lei de investigação criminal pelo Delegado de Polícia. A referida lei buscou reafirmar e consolidar a atribuição do Delegado de Polícia na condução do Inquérito Policial, reforçando a essa autoridade as características de discricionariedade, autonomia e exclusividade na condução das investigações em seu curso. Como exemplo, transcreve-se o art.3º, 12.830/12, que assegura tratamento igualitário do cargo de Delegado de Polícia(cargo jurídico-policial) com o de outros operadores do direito (“O cargo de Delegado de Polícia é privativo de bacharel em Direito, devendo-lhe ser dispensado o mesmo tratamento protocolar que recebem os magistrados, os membros da Defensoria Pública e do Ministério Público e os advogados”).

O Delegado de Polícia, como Autoridade Policial, na forma do art.2º, 12.830/13, exerce as funções de Polícia Judiciária e de apuração de infrações penais, as quais são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado. Nessa qualidade, cabe a ele conduzir as investigações preliminares por meio do Inquérito Policial, que tem, como já explicado no tópico anterior, o objetivo de apurar circunstâncias da materialidade e da autoria de infrações penais. Segue o texto legal aludido:

Art. 2º As funções de Polícia Judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo Delegado de Polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.

§ 1º 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.

§ 2º Durante a investigação criminal, cabe ao Delegado de Polícia a requisição de perícia, informações, documentos e dados que interessem à apuração dos fatos.

Um princípio do Processo Penal aplicado às investigações preliminares, citado pela doutrina⁴¹, é o do impulso oficial. Por esse princípio, entende-se que o Inquérito Policial deve ser movimentado de ofício pela Autoridade Policial, sem que seja necessário que outros atores da persecução penal – como a vítima, o investigado/indiciado, o Ministério Público e o Juiz – solicitem ou requisitem a prática de diligências. Esse princípio pode ser extraído do art.6º, CPP, o qual traz um rol exemplificativo de providências que o Delegado de Polícia deve tomar ao ter

⁴¹ SILVA, Márcio Alberto Gomes. Inquérito Policial – uma análise jurídica e prática da fase pré-processual / Márcio Alberto Gomes Silva – Salvador: JusPodivm, 5. ed., revista, ampl. e atualiz. 2020, p.34.

o conhecimento de uma infração penal. Nada impede, porém, que o Ministério Público ou o Juiz requisitem determinadas diligências no curso das investigações, com fulcro no art.13, II, CPP; nem que a vítima ou o indiciado as requeiram, conforme art.14, CPP – nesse último caso, os pleitos serão analisados e deferidos ou não pelo Delegado de Polícia, sempre mediante despacho fundamentado.

O dever de fundamentação acima citado decorre do princípio da motivação, pilar do Direito Administrativo – art.2º, caput, 9.784/99 – que é a exteriorização dos fundamentos de fato e de direito que ensejaram a decisão. Assim, a atuação profissional do Delegado de Polícia – agente público que desempenha a função típica de Estado de Polícia Judiciária – exige decisões sempre fundamentadas, como se extrai de uma interpretação sistemática do art.93, IX, CF/88⁴² (no que tange a decisões judiciais) e do art.20, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB⁴³, além do entendimento consolidado da doutrina e jurisprudência pátrias. Tal fato não esbarra com a característica discricionária das investigações preliminares conduzidas no bojo do Inquérito Policial, visto que discricionariedade não se confunde com arbitrariedade⁴⁴.

Transcreve-se o ensinamento de Rafael Francisco e Jaime Pimentel:

⁴² “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

...

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

⁴³ “Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018).

⁴⁴ A discricionariedade se relaciona com a margem de escolha na atuação do agente público, que tem liberdade para decidir, conforme a oportunidade e conveniência (mérito administrativo), aquilo que melhor se adequa às necessidades da Administração Pública, sempre balizado pelo ordenamento jurídico e com a devida fundamentação. A arbitrariedade, por sua vez, não tem espaço num Estado Democrático de Direito, pois é a atuação livre e desenfreada do Poder Estatal frente às liberdades individuais, sem a possibilidade de controle social e judicial dos seus atos e decisões.

O desempenho profissional da Autoridade Policial exige deliberações sempre fundamentadas, prestigiando o princípio da motivação, com fundamento constitucional no inciso IX, do artigo 93, da Constituição Federal no que tange a decisões judiciais (...)

A motivação consiste na fundamentação da decisão, com exposição dos fatos e dos dispositivos legais que a ensejaram, e promove transparência e probidade na gestão da coisa pública, bem como permite que a pessoa interessada conheça as razões de cada manifestação estatal⁴⁵.

Também sobre o princípio da motivação, segue a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

O princípio da motivação exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões. Ele está consagrado pela doutrina e jurisprudência, não havendo mais espaço para as velhas doutrinas que discutiam se a sua obrigatoriedade alcançava só os atos vinculados ou só os atos discricionários, ou se estava presente em ambas as categorias. A sua obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato, porque se trata de formalidade necessária para permitir o controle da legalidade dos atos administrativos⁴⁶.

Como exposto no capítulo 1 desta obra: a atribuição exclusiva do Delegado de Polícia em presidir o Inquérito Policial deve estar sempre alinhada com a ordem constitucional, sendo ele responsável por fazer valer a sua força normativa. Portanto, não é possível que agentes do Estado atuem de forma a violar normas jurídicas e valores constitucionais – limitadores do poder de punir do Estado. Dessa maneira, a eficiência das investigações e os direitos fundamentais do acusado devem ser cotejados, de forma a assegurar a devida investigação legal. Por esse motivo, André Luiz Nicolitt⁴⁷ sustenta que a Autoridade Policial é o primeiro garantidor dos direitos fundamentais do suspeito investigado/indiciado. A expressão é precisa em demonstrar a importância da atuação do Delegado de Polícia nas investigações preliminares, pois é ele o primeiro agente do Estado a impor sobre o investigado/indiciado a espada da persecução penal.

Afirma Wilson Palermo⁴⁸, Delegado de Polícia do estado do Rio de Janeiro:

⁴⁵ MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. Polícia Judiciária e atuação da defesa na investigação criminal / Rafael Francisco Marcondes de Moraes, Jaime Pimentel Júnior – 2. Ed. ampl., rev. e atual. – Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p.174

⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2003, p.82.

⁴⁷ NICOLITT, André Luiz. Manual de processo penal. 8ª ed. Ed. D'PLACIDO, 2019, Capítulo 4.

⁴⁸ FERREIRA, Wilson Palermo. Percepção dos aspectos analíticos do delito na atuação concreta do Delegado de Polícia / Wilson Palermo Ferreira. – Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2016, p. 64.

Deste modo, atuando como primeiro garantidor dos direitos fundamentais, deve o Delegado de Polícia zelar para que a liberdade de locomoção só seja realmente restringida, em estando verificados e comprovados os fatos ensejadores da caracterização do crime, dentre eles a tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, pertinentes à teoria do crime, diante da circunstância fática que habilite tal conclusão, afastando o indivíduo da obrigatoriedade de coexistência, que é regra.

No mesmo sentido, também transcrevo a apresentação do livro do autor acima citado – produzida por Bruno Gilaberte⁴⁹:

Em um Estado Democrática de Direito, em que a Constituição Federal paira sobre todos os cidadãos indistintamente, não se pode cogitar que um órgão componente do sistema penal – e que por isso lida com a liberdade das pessoas – atue em descompasso para com os princípios constitucionais. O delegado, em face dos princípios que protegem o cidadão das arbitrariedades estatais, deve sobretudo prezar a liberdade, restringindo-a apenas quando necessário.

Em suma, ao Delegado de Polícia cabe a gestão probatória da investigação – ou melhor, a gestão dos elementos informativos colhidos a partir da apuração por ele conduzida. Cabe dizer que o Delegado de Polícia atua com uma limitação qualitativa, iniciando seus atos no campo da possibilidade até chegar no campo da probabilidade, tendo em vista que no curso do Inquérito Policial não há o exaurimento cognitivo das circunstâncias apreciadas, o que só ocorre no processo, sob o crivo do contraditório judicial e da ampla defesa. Ademais, há também uma limitação temporal/quantitativa, diante dos prazos legais estipulados para a conclusão do Inquérito Policial, que deve se dar da forma mais célere possível, como disposto no art.10, CPP⁵⁰.

2.4 – Função constitucional do Ministério Público no controle externo da atividade policial

Para iniciar o tópico, colaciono o inciso VII do artigo 129 da Constituição Federal de 1988, dispositivo que versa sobre as funções institucionais do Ministério Público:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

...

VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior.

⁴⁹ Ibidem.

⁵⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 7ª. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 270/274.

A lei complementar a que se refere o texto constitucional é a Lei Complementar n. 75/93, que disciplina a atividade do Ministério Público da União. Nessa lei, com relação ao controle externo da atividade policial, destaco os artigos 3º, 9º e 10º:

Art. 3º O Ministério Público da União exercerá o controle externo da atividade policial tendo em vista:

- a) o respeito aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, aos princípios informadores das relações internacionais, bem como aos direitos assegurados na Constituição Federal e na lei;
- b) a preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio público;
- c) a prevenção e a correção de ilegalidade ou de abuso de poder;
- d) a indisponibilidade da persecução penal;
- e) a competência dos órgãos incumbidos da segurança pública.

Art. 9º O Ministério Público da União exercerá o controle externo da atividade policial por meio de medidas judiciais e extrajudiciais podendo:

- I - ter livre ingresso em estabelecimentos policiais ou prisionais;
- II - ter acesso a quaisquer documentos relativos à atividade-fim policial;
- III - representar à autoridade competente pela adoção de providências para sanar a omissão indevida, ou para prevenir ou corrigir ilegalidade ou abuso de poder;
- IV - requisitar à autoridade competente para instauração de Inquérito Policial sobre a omissão ou fato ilícito ocorrido no exercício da atividade policial;
- V - promover a ação penal por abuso de poder.

Art. 10. A prisão de qualquer pessoa, por parte de autoridade federal ou do Distrito Federal e Territórios, deverá ser comunicada imediatamente ao Ministério Público competente, com indicação do lugar onde se encontra o preso e cópia dos documentos comprobatórios da legalidade da prisão.

Com a leitura do texto constitucional e dos dispositivos legais, percebo que o controle externo da atividade policial corresponde a uma atuação do Ministério Público na defesa de interesses da sociedade. Isto pois, é de interesse comum da sociedade a devida condução das investigações preliminares no Inquérito Policial, por se tratar de procedimento administrativo que lida com direitos e garantias individuais fundamentais, em especial a liberdade de locomoção. Diante desse contexto, é de suma importância uma atuação harmônica, integrada e compassada da polícia com o Ministério Público, visando beneficiar a eficácia da persecução penal e atender ao interesse público. Nas palavras de Brasileiro:

A atividade de controle exercida pelo Ministério Público decorre do sistema de freios e contrapesos previsto pelo regime democrático. Afinal, o sistema preconizado na Carta Magna pressupõe a existência do controle de uma instituição por outra, condição necessária ao regular funcionamento do Poder Público. Este controle não pressupõe subordinação ou hierarquia dos organismos policiais. De fato, a expressão controle externo da atividade policial pelo Ministério Público não significa ingerência que determine a subordinação da Polícia Judiciária ao Ministério Público, mas sim a prática de atos administrativos pelo Ministério Público, de forma a possibilitar a efetividade dos direitos assegurados na lei fundamental⁵¹.

2.5 – A posição do Juiz no Inquérito Policial

No modelo de investigação preliminar brasileiro, a Polícia Judiciária, representada pela figura do Delegado de Polícia, é o órgão com atribuição para conduzir o Inquérito Policial com autonomia, discricionariedade e controle. Contudo, quando o curso das investigações esbarra com uma situação de restrição de direitos fundamentais, como no caso da aplicação de uma medida cautelar restritiva de liberdade, deve haver a intervenção judicial, por se tratar de cláusula de reserva de jurisdição. É por esse motivo, alinhado ao posicionamento de Aury Lopes Jr. e Jacobsen, que sustentam ter o Juiz o papel de garante, e não de investigador, nas investigações preliminares. Veja-se:

A atuação do Juiz na fase pré-processual (seja ela Inquérito Policial, investigação pelo MP etc.) é e deve ser muito limitada. O perfil ideal do Juiz não é como investigador ou instrutor, mas como controlador da legalidade e garantidor do respeito aos direitos fundamentais do sujeito passivo. Nesse sentido, além de ser uma exigência do garantismo, é também a posição mais adequada aos princípios que orientam o sistema acusatório e a própria estrutura dialética do Processo Penal⁵².

Inclusive, é nesse sentido a alteração promovida pela lei 13.964/19, vulgarmente chamada de “Pacote Anticrime”, que inseriu no Código de Processo Penal a figura do Juiz das garantias, órgão investido de jurisdição para atuar na fase pré-processual. Como sustenta Guilherme de Souza Nucci⁵³, finalmente houve uma alteração legislativa para afirmar que o Processo Penal terá estrutura acusatória. Isto porque, a inovação afasta o Juiz do processo dos atos praticados no Inquérito Policial, com o fim de evitar a contaminação do seu livre convencimento motivado, designando um outro Juiz (Juiz das garantias) para cuidar especialmente da fase investigatória

⁵¹ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 7ª. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p.189.

⁵² LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Investigação preliminar no processo penal. 6ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014, p. 259.

⁵³ NUCCI, Guilherme de Souza. Pacote Anticrime Comentado: Lei 13.964, de 24/12/2019 / Guilherme de Souza Nucci. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020, p.38.

da persecução penal. Desse modo – atentando-me à teoria, sem adentrar nas dificuldades práticas da realidade forense brasileira – entendo que a figura do Juiz das garantias veio como uma reforma necessária do sistema processual penal pátrio, enriquecendo a sua estrutura democrática e a imparcialidade do órgão julgador. Esse fenômeno separa definitivamente as funções das partes no processo (quem persegue e quem julga), restabelecendo o equilíbrio entre acusação e defesa.

CAPÍTULO 3 – OS ATOS DA INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NO INQUÉRITO POLICIAL

3.1 – Formas de comunicação e formas de instauração do Inquérito Policial

Avançando nos estudos, devemos agora analisar outro assunto de grande apreço para o presente trabalho, qual seja, o procedimento das investigações no curso do Inquérito Policial.

Quanto ao procedimento das investigações, reitero que em sede de Inquérito Policial não há a triangulação dos sujeitos, típica do processo – réu, autor e Juiz – não se podendo falar, assim, em partes em sentido estrito, bem como não há que se falar em imposição direta de sanção no curso do procedimento, já que não se demonstra presente de forma plena a estrutura processual que garante o contraditório e a ampla defesa do indiciado.

Farei agora uma apresentação sobre as formas de comunicação e a instauração do Inquérito Policial nos diferentes tipos de crimes, considerando a natureza da ação penal respectiva.

Nos crimes de ação penal pública incondicionada, a instauração do Inquérito Policial poderá ocorrer de cinco formas distintas: primeiramente, de ofício pela Autoridade Policial, quando tiver ciência de fato delituoso a partir de suas atividades rotineiras (art.5º, I, CPP), por força do princípio da obrigatoriedade da ação penal, que se estende à fase investigativa como característica da oficiosidade, conforme já explicado no tópico 2.2, do capítulo 2 do trabalho; segundo, mediante requisição da Autoridade Judiciária ou do Ministério Público, conforme dispõe o art.5º, II, CPP; terceiro, a partir de requerimento do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo, nos termos do art.5º, II, CPP c/c seu §1º; a quarta possibilidade de instauração se dá por comunicação verbal ou escrita de qualquer pessoa do povo que tenha conhecimento da existência de infração penal (art.5º, §3º, CPP) e, finalmente, pode ocorrer em razão do auto de prisão em flagrante.

Sobre essa última possibilidade de instauração, Renato Brasileiro de Lima afirma que “a despeito de não constar expressamente do art.5º, CPP, o auto de prisão em flagrante é, sim, uma

das formas de instauração do Inquérito Policial, funcionando o próprio auto como a peça inaugural da investigação”⁵⁴.

Sobre a requisição de instauração do Inquérito Policial pela Autoridade Judiciária, deve ser observado que tal modalidade não se compatibiliza com sistema acusatório do Processo Penal pátrio – adotado pela Constituição Federal – por ferir a separação das funções de acusar, defender e julgar, tendo em vista ser o Ministério Público o titular privativo da ação penal pública (art. 129, I, CF/88), e não o Juiz, que deve atuar somente quando provocado para conduzir o processo e julgar a causa. O tema “princípio acusatório” foi detalhadamente abordado no tópico 1.2, do capítulo 1 do trabalho, para onde remeto o leitor. Da mesma forma entende Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen: “não cabe ao Juiz iniciar o processo ou mesmo o Inquérito (ainda que através de requisição), não só porque a ação penal é de titularidade exclusiva do MP, mas também porque é um imperativo do sistema acusatório”⁵⁵. Por esses motivos, acompanhado por parte da doutrina processualista penal pátria⁵⁶, advogo que a parte do inciso II, do artigo 5º, do CPP é inconstitucional, inaplicável sob a ótica da ordem constitucional vigente.

Por outro lado, nos crimes de ação penal pública condicionada, a deflagração da persecução penal com a instauração do Inquérito Policial só poderá ser iniciada com a representação do ofendido, ou de seu representante legal (art. 5º, §4º, CPP), ou com a requisição do Ministro da Justiça. Parafraseando Renato Brasileiro de Lima, representação (*delatio criminis* postulatória) é a manifestação da vítima ou de seu representante legal, pela qual se verifica a vontade de ver apurada a responsabilidade penal do suposto autor da infração, sendo condição de procedibilidade da persecução penal⁵⁷.

Por fim, nos crimes de ação penal privada, a instauração do Inquérito Policial pela Autoridade Policial dependerá de requerimento de quem tenha qualidade para intentá-la, como

⁵⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 7ª. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 134.

⁵⁵ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Investigação preliminar no processo penal. 6ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014, p. 275.

⁵⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 7ª. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 132.

⁵⁷ Ibidem, p. 134.

prevê o art. 5º, §5º, CPP. Ou seja, está condicionada ao requerimento do ofendido ou seu representante legal, sendo também uma condição de procedibilidade do próprio Inquérito Policial, sem a qual o mesmo não pode ser instaurado.

Cabe dizer que nesses dois últimos casos (nos crimes de ação penal pública condicionada e nos crimes de ação penal privada) a representação e o requerimento devem ser formulados por quem tenha qualidade para tanto no prazo decadencial de 06 (seis) meses, contado, em regra, do dia em que vier a saber quem é o autor do crime, com fulcro no art.38, CPP. Trata-se de uma causa de extinção da punibilidade, limitadora do exercício do poder punitivo estatal, prevista no art.107, IV, CPP. Ultrapassado esse prazo, a Autoridade Policial deve ser abster de instaurar o Inquérito, tendo em vista estar flagrantemente extinta a punibilidade do agente.

As possibilidades de instauração nos diferentes tipos de ação penal, acima expostas, tem papel fundamental na interpretação de quem será o destinatário do Inquérito Policial. Em todos os casos, verifica-se que o procedimento terá o condão de fornecer elementos de informação acerca da infração penal e sua autoria, tendo, portanto, como destinatário final o titular da respectiva ação penal, como já explanado. Há, porém, uma diferença no prosseguimento da persecução penal que deve ser apontada: por força do princípio da obrigatoriedade, o Ministério Público, como titular da ação penal pública (art.129, I, CF/88), por desempenhar um *múnus público* tem a obrigação de manifestar sua *opinio delicti*, ou seja, não pode permanecer inerte diante do relatório do Inquérito Policial a ele encaminhado; enquanto, por sua vez, o particular, como titular da ação penal privada, exercerá seu direito de queixa conforme critérios de oportunidade e conveniência, tendo a faculdade de permanecer inerte ou não.

3.2 – Diligências investigatórias do Inquérito Policial

Na lição de Cleyson Brene:

As diligências encetadas durante o Inquérito Policial serão a mola propulsora da investigação e determinarão o sucesso ou não da apuração do crime, devendo o Delegado de Polícia zelar pela coordenação e acompanhamento das mesmas.

A Autoridade Policial se manifesta nos autos do Inquérito por meio de despachos que impulsionam o procedimento, seja na portaria, no despacho ratificador do auto de prisão em flagrante, ou mesmo nos despachos saneadores, dirigidos ao escrivão de polícia que tem a incumbência funcional de dar fiel cumprimento, seja requisitando

perícia, reduzindo a termo oitivas, expedindo cartas precatórias, apreendendo objetos, expedindo ordens de serviço à inspetoria de investigadores etc.⁵⁸

Examinarei nesse tópico as principais diligências realizadas no curso das investigações preliminares em sede de Inquérito Policial, particularmente aquelas previstas nos artigos 6º e 7º, do CPP⁵⁹.

O artigo 6º apresenta um rol de diligências a serem tomadas pela Autoridade Policial tão logo recebe a notícia-crime, ou seja, quando toma ciência da suposta infração penal; enquanto o artigo 7º dispõe sobre a reprodução simulada dos fatos, que pode ser feita desde que não viole a moralidade ou a ordem pública.

Para adentrar no assunto, menciono que não há uma sequência de atos predefinida na legislação, o que fica a critério do juízo de oportunidade e conveniência do Delegado de Polícia responsável pela presidência do procedimento, a partir da necessidade e adequação de cada caso concreto⁶⁰. Insta salientar que, também conforme a característica discricionária do Inquérito Policial, o rol de diligências previsto nos artigos supracitados não é exaustivo, mas sim exemplificativo – a característica da discricionariedade já fora explicitada no tópico 2.2, do Capítulo 2 da obra.

Segue a literalidade dos artigos do CPP aludidos:

Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

I - dirigir-se ao local, providenciando para que não se alterem o estado e conservação das coisas, até a chegada dos peritos criminais;

II - apreender os objetos que tiverem relação com o fato, após liberados pelos peritos criminais;

⁵⁸ BRENE, Cleyson. Manual de processo penal para polícia / Cleyson Brene – 3. Ed – Salvador: JusPodivm, 2018, p. 114.

⁵⁹ Existem outras diligências estampadas nos diferentes diplomas legais brasileiros, como o cumprimento de mandados de prisão e de busca e apreensão (art.240, CPP), além daquelas construídas pelo Delegado de Polícia enquanto conduz os autos do procedimento. Contudo, irei me ater a esses dois artigos por serem eles tipicamente realizados ainda em sede de investigação preliminar, na fase pré-processual da persecução penal, objeto do estudo.

⁶⁰ Trago a ressalva de que, por força de lei (artigos 158, CPP), no caso de infrações penais que deixam vestígio (não transeuntes), o exame de corpo de delito é indispensável, não podendo a autoridade policial negar a perícia (art. 184, CPP). Trata-se de um resquício do sistema de prova tarifada na legislação processual brasileira.

III - colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias;

IV - ouvir o ofendido;

V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura;

VI - proceder a reconhecimento de pessoas e coisas e a acareações;

VII - determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias;

VIII - ordenar a identificação do indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes;

IX - averiguar a vida pregressa do indiciado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, sua condição econômica, sua atitude e estado de ânimo antes e depois do crime e durante ele, e quaisquer outros elementos que contribuam para a apreciação do seu temperamento e caráter.

X - colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa.

Art. 7º Para verificar a possibilidade de haver a infração sido praticada de determinado modo, a autoridade policial poderá proceder à reprodução simulada dos fatos, desde que esta não contrarie a moralidade ou a ordem pública.

3.3 – A publicidade e o sigilo dos atos no curso das investigações preliminares

Assunto caro para a monografia, que guarda relação com as características do Inquérito Policial, é a publicidade e o sigilo dos atos praticados no decorrer das investigações preliminares. Como é cediço, no Brasil atual, fundado sobre premissas democráticas, a regra é a publicidade dos atos do Poder Público, como uma forma de fiscalização e controle da atividade estatal, como se depreende do art.5º, LX, CF/88.

Assim, a Lei 13.245/16, visando alinhar o Processo Penal e os direitos do advogado aos princípios constitucionais, assegurou ao advogado o direito de examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, independentemente de procuração, os autos de flagrante e de procedimentos investigativos. Nos termos do inciso XIV, do art.7º, do Estatuto da OAB:

Art. 7º São direitos do advogado:

XIV – examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza,

findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital.

Quando se fala em “sigilo do Inquérito Policial”, tem-se a limitação da publicidade, medida de natureza excepcional e que deve ser devidamente justificada para ter sua validade confirmada. O sigilo do Inquérito Policial pode ser separa em duas espécies: o sigilo externo e o sigilo interno.

O sigilo externo – que afeta pessoas alheias aos fatos apurados e ao procedimento instaurado – como a imprensa e o conhecimento popular. Esse poderá ser decretado pelo Delegado de Polícia quando achar necessário para a elucidação do fato ou por exigência de interesse público, de acordo com o art.20, CPP (“A autoridade assegurará no Inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”).

Como bem ensina Rafael e Jaime sobre o sigilo externo:

Observa-se que uma leitura constitucional impõe que o Inquérito Policial deve ser considerado como procedimento de publicidade restringível (e não mais sigiloso como regra), tratando-se sua limitação via sigilo como exceção (tanto o sigilo externo quanto e sobretudo o sigilo interno). Uma vez decretado o sigilo externo nos autos do procedimento investigatório, a lei reconhece a exigência de procuração para o acesso aos autos pelo Advogado⁶¹.

Nesse sentido, preceitua o art.7º, §10, do Estatuto da OAB, com redação dada pela Lei 13.245/16: “nos autos sujeitos a sigilo, deve o advogado apresentar procuração para o exercício dos direitos que trata o inciso XIV”. Ou seja, o advogado tem acesso até mesmo aos autos sujeito a sigilo, desde que apresente a devida procuração para tanto.

De outro turno, o sigilo interno se volta para pessoas diretamente envolvidas na persecução penal – como o suspeito investigado/indiciado e seu advogado – incidindo sobremaneira no direito de defesa. Esse poderá ser decretado somente na hipótese do art.7º, §11, Lei 8.906/94. Ou seja, é possível se falar em sigilo interno quando houver elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados. Além disso, essa limitação de acesso depende também de circunstâncias específicas que possam comprometer a eficiência, a eficácia ou a finalidade das diligências investigativas. Veja-se:

⁶¹ MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. Polícia Judiciária e atuação da defesa na investigação criminal / Rafael Francisco Marcondes de Moraes, Jaime Pimentel Júnior – 2. Ed. ampl., rev. e atual. – Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 210.

§ 11. No caso previsto no inciso XIV, a autoridade competente poderá delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências.

O artigo supracitado é resultado também da alteração promovida pela Lei 13.245/16, que, a meu ver, expandiu o teor da Súmula Vinculante nº14 do STF. Essa orientação jurisprudencial do STF, de observância obrigatória, já assegurava ao defensor o direito, no interesse do seu representado, de ter acesso aos elementos de prova já documentados em procedimento investigatório. Contudo, seu objeto estava limitado às hipóteses de procedimento investigatório realizado por órgão com competência de Polícia Judiciária. Ensina Márcio André:

A súmula vinculante continua válida. Contudo, depois da alteração promovida pela Lei nº 13.245/16, é importante que você saiba que o direito dos advogados foi ampliado e que eles possuem direito de ter amplo acesso a qualquer procedimento investigatório realizado por qualquer instituição (e não mais apenas aquele realizado “por órgão com competência de Polícia Judiciária”, como prevê o texto da SV 14)⁶².

Ademais, não há no verbete da súmula nenhuma menção, para a limitação do acesso, a circunstâncias que possam comprometer a eficiência, a eficácia ou a finalidade do procedimento investigativo. Esse requisito foi inserido pela Lei 13.245/16, que, como já dito, alterou o Estatuto da OAB. Logo, o simples fato de ser uma diligência em andamento ou de ainda não ter sido documentada, por si só, em tese não representa óbice para o acesso do advogado.

Essa tese, como bem ressalta parte da doutrina, evidencia o denominado “princípio da investigação eficiente e garantista”. Tal princípio encerra dois pilares para a investigação criminal: a proibição da insuficiência investigatória e a proibição do excesso investigatório⁶³.

Por fim, saliento que, se negado o acesso do advogado aos autos do Inquérito Policial pelo Delegado de Polícia, o profissional da advocacia deve requerê-lo em juízo (art.7º, §12, Lei 8.906/94). Todavia, se mesmo assim for negado o acesso, outras 3 (três) soluções se apresentam viáveis: reclamação junto ao Supremo Tribunal Federal, considerando a Súmula Vinculante nº14, com fulcro no art.103-A, §3º, CF/88; impetração de mandado de segurança, como decorrência da violação ao direito líquido e certo do advogado, previsto no art.7º, XIV, Lei

⁶² CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Súmulas do STF e STJ anotadas e organizadas por assunto / Márcio André Lopes Cavalcante – 7. Ed., rev., atual. e ampl. – Salvador: JusPodivm, 2020.

⁶³ MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. Polícia Judiciária e atuação da defesa na investigação criminal / Rafael Francisco Marcondes de Moraes, Jaime Pimentel Júnior – 2. Ed. ampl., rev. e atual. – Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 21.

8.904/94 (desrespeito ao exercício de defesa, a partir da violação às prerrogativas legais do advogado) e, por último, a impetração de habeas corpus em benefício do investigado/indiciado, como dispõe o art.5º, LXVIII, CF/88, posto que a negativa de acesso do seu defensor aos autos do Inquérito Policial poderá refletir em prejuízo de sua defesa no processo e, por conseguinte, ameaçar a sua liberdade de locomoção⁶⁴.

3.4 – Valor probatório dos elementos colhidos nas investigações preliminares e vedação de provas ilícitas

De início, estabeleço a importante distinção entre atos de prova e atos de investigação. Os atos de prova são aqueles dirigidos a convencer o Juiz da verdade de uma afirmação (juízo de certeza), a serviço do Processo Penal, visando a prolação de uma sentença. Esses atos exigem observância estrita da publicidade, contraditório e ampla defesa. Por seu turno, os atos de investigação não se referem a uma afirmação, mas sim a uma hipótese (juízo de probabilidade), a serviço da investigação preliminar, visando a formação da *opinio delicti* do acusador. Nesses atos a publicidade, o contraditório e a ampla defesa são restringíveis, observadas as particularidades da fase pré-processual⁶⁵.

Ressalvadas as hipóteses de provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (art.155, *in fine*, CPP), o Inquérito Policial somente gera atos de investigação, com limitado valor probatório (limitação qualitativa, abordada no tópico 2.3, do Capítulo 2). Essa limitação qualitativa, inclusive, veda que o Juiz fundamente a sua decisão exclusivamente com base nos elementos informativos colhidos na investigação, nos termos do art.155, CPP, prestigiando o direito fundamental encartado no inciso LV, do art.5º, da Constituição Federal (princípios do contraditório e da ampla defesa). Como já se manifestou o STF: “os elementos do Inquérito Policial podem influir na formação do livre convencimento do Juiz para a decisão da causa,

⁶⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 7ª. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 120.

⁶⁵ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Investigação preliminar no processo penal. 6ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014, p. 321/322.

quando complementam outros indícios e provas que passam pelo crivo do contraditório e ampla defesa”⁶⁶.

No entanto, apesar de informativo, os atos de Inquérito Policial podem servir de base para restringir a liberdade pessoal e a disponibilidade de bens, por meio da aplicação de prisões cautelares (ex: art.311, CPP – prisão preventiva) ou outras medidas assecuratórias de natureza real (ex: art.125, CPP – sequestro de bens).

Conforme Badaró e Gomes Filho⁶⁷:

Os elementos trazidos pela investigação não constituem, a rigor, provas no sentido técnico-processual do termo, mas informações de caráter provisório, aptas somente a subsidiar a formulação de uma acusação perante o Juiz ou, ainda, servir de fundamento para admissão dessa acusação e, eventualmente, para a decretação de alguma medida de natureza cautelar.

Lopes Jr. e Jacobsen apresentam uma solução para equacionar a restrição de liberdades individuais fundamentais com a estrutura tipicamente inquisitiva do Inquérito Policial:

(...)

É inviável pretender transferir para o 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. Como equacionar o problema? Valorando adequadamente os atos do Inquérito Policial e, nas situações excepcionais, em que a repetição em juízo seja impossível, transferindo-se a estrutura dialética do processo à fase pré-processual através do incidente de produção antecipada de provas⁶⁸.

Examinado o valor probatório dos atos do Inquérito Policial, passo agora para o estudo da vedação da produção de provas/elementos de informação ilícitos.

A lei 13.245/16, ao inserir o inciso XXI, no art.7º, do Estatuto da OAB, apontou que atos da investigação são passíveis de nulidade absoluta, sendo um marco de superação do

⁶⁶ STF, 2ª Turma, RE – AgR 425.734/MG, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 28/10/2005, p. 57. Em sentido semelhante: STF, 1ª Turma, HC 83.348/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 21/10/2003, DJ 28/11/2003.

⁶⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 65, mar./abr. 2007, p. 193.

⁶⁸ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Investigação preliminar no processo penal. 6ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014, p. 322.

entendimento de que eventuais vícios dos atos investigatórios seriam “meras irregularidades administrativas”:

Art. 7º São direitos do advogado:

(...)

XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração:

a) apresentar razões e quesitos;

b) (VETADO).

Comungando desse entendimento, Rafael e Jaime⁶⁹ sustentam que hoje é sim possível falar em Teoria das Nulidades em sede de Inquérito Policial. Isto pois, por ser um procedimento preparatório e instrumental ao processo, resta claro que atos da investigação preliminar reverberam diretamente no processo judicial, devendo eventuais vícios serem refutados como nulos ou anuláveis. Porém, por ser um procedimento extrajudicial, essa teoria assume contornos próprios, distintos daqueles quando no processo judicial.

A partir de uma interpretação extensiva e aplicação analógica, de acordo com o art.3º, do CPP, o entendimento não deve ser aplicado somente às oitivas tomadas, como versa o dispositivo do Estatuto da OAB supracitado, mas também para os demais atos do Inquérito Policial maculados de ilicitude. Tal posicionamento encontra conformação direta no texto constitucional, nos termos do art.5º, LVI, CF/88. A persecução penal deve representar um instrumento de aplicação correta do direito.

3.5 – Indiciamento

O indiciamento, ato privativo do Delegado de Polícia, é o ato administrativo fundamentado pelo qual é formalmente imputado a determinado suspeito investigado a autoria de determinada infração penal, mediante análise técnico-jurídica do fato. Trata-se do convencimento jurídico do Delegado de Polícia, sendo o momento no Inquérito Policial em que

⁶⁹ MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. Polícia Judiciária e atuação da defesa na investigação criminal / Rafael Francisco Marcondes de Moraes, Jaime Pimentel Júnior – 2. Ed. ampl., rev. e atual. – Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 187/188.

se declara a autoria provável de determinado fato típico, com a indicação da materialidade e suas circunstâncias. Sua referência legal está no art.2º, §6º, Lei 12.830/13.

Pelo indiciamento, há uma alteração de status do sujeito envolvido no procedimento de investigação preliminar. O juízo de possibilidade sobre o investigado passa agora a ser um juízo de probabilidade em torno da materialidade e autoria. Nas palavras de Lopes Jr. e Gloeckner: “o indiciamento pressupõe um grau mais elevado de certeza da autoria que a situação de suspeito”⁷⁰.

A necessidade de fundamentação adequada do ato de indiciamento é requisito indispensável, sob pena de configurar constrangimento ilegal, como já decidiu o STF. Dessa maneira, despacho genérico de indiciamento, indiciamento precipitado e não justificado ou ausência de fundada e objetiva suspeita da participação ou autoria nos eventuais delitos são situações passíveis de serem remediadas por *habeas corpus*⁷¹, visando o desindiciamento por provocação judicial. Nas palavras de Leonardo Machado:

O indiciamento, como parece claro, não deve surgir da pura arbitrariedade da autoridade policial, mas sempre de um ato juridicamente legítimo no caso concreto. não se funda no (ab)uso de um suposto poder discricionário, visto que inexistente, tecnicamente, a possibilidade legal de escolher entre indiciar ou não. A questão situa-se na legalidade estrita do ato. O suspeito, sobre o qual reunidos elementos suficientes de autoria da infração, deve ser indiciado. Já aquele que, contra si, possui frágeis indícios, ou nem sequer tais informações, não pode ser indiciado, restando a sua condição inicial de mero suspeito ou, ainda, excluído até mesmo esse rótulo primário

Sublinhe-se que o indiciamento sem correspondente motivação regular, no âmbito fático-jurídico, implica constrangimento ilegal, o que, por sua vez, viabiliza a interpretação de *habeas corpus* contra esse ato da autoridade pública responsável pela investigação⁷².

Quanto ao momento do indiciamento existe bastante polêmica, especialmente devido à ausência de regramento legal na espécie. Lopes Jr. e Gloeckner defendem que “primeiro o suspeito deve ser interrogado, para posteriormente decidir a Autoridade Policial entre indiciar

⁷⁰ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Investigação preliminar no processo penal. 6ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014, p. 429.

⁷¹ STF, 2ª Turma. HC 85.541, Rel. Min. Cezar Peluso, DJE, 157, divulg. 21/8/2008, publ. 22/8/2008.

⁷² MACHADO, Leonardo Marcondes. Manual de Inquérito Policial. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 149.

ou não”, afirmando que “na falta de um ato formal e particular de indiciamento, entendemos que a situação de indiciado concreta-se (ou ao menos deveria) com o interrogatório policial”⁷³.

Já outra parte da doutrina entende que o indiciamento tem maior sentido quando feito no final do Inquérito Policial, tendo em vista se tratar de um juízo conclusivo do Delegado de Polícia. Além disso, para essa parte da doutrina, o indiciamento seria possível desde que oportunizado previamente ao imputado o exercício do seu direito de defesa, bem como lhe fosse dado ciência, logo a seguir, dessa condição jurídica⁷⁴.

Vale destacar que, uma vez recebida a peça acusatória, dando início ao processo, não será mais possível o indiciamento, já que se trata de ato próprio da investigação preliminar.

Ciente da polêmica doutrinária, entendo que, mais importante do que o momento do indiciamento propriamente, o ato não pode ser um ato surpresa para o investigado. Compactuo com o posicionamento acima exposto, de que deve ser oportunizado para o investigado a defesa ao longo do Inquérito Policial, como forma de substancialmente poder influir sobre a convicção final do Delegado de Polícia sobre a autoria, a materialidade e as circunstâncias do fato apurado. Alinhado com o posicionamento de Leonardo Machado, penso que o início do direito de defesa no curso do Inquérito Policial não se dá com o indiciamento ou com o interrogatório, mas sim desde a mera suspeição delitiva⁷⁵.

E quais são as consequências do indiciamento? Inicialmente saliento que, por si só, o indiciamento não tem o condão de fundamentar eventual aplicação de medida cautelar sobre o indiciado. Essa aplicação depende da necessidade e adequação do momento em que se encontra a persecução penal, em consonância com o art.282, CPP, sendo por isso denominada pela doutrina como cláusula *rebus sic stantibus*.

Lopes Jr. e Gloeckner:

A situação de indiciado supõe um maior grau de sujeição à investigação preliminar e aos atos que compõe o Inquérito Policial. Também representa uma concreção da

⁷³ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Investigação preliminar no processo penal. 6ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014, p. 438.

⁷⁴ MACHADO, Leonardo Marcondes. Manual de Inquérito Policial. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 152.

⁷⁵ Ibidem, p. 152.

autoria, que será de grande importância para o exercício da ação penal. Logo, é inegável que o indiciamento produz relevantes consequências jurídicas⁷⁶.

A principal consequência endoprocedimental é a representação concreta de probabilidade de ser o indiciado autor do delito, a partir da rotulação jurídica que lhe foi atribuída com a conclusão do Delegado de Polícia. Como consequência extraprocedimental, apesar do relatório do Inquérito Policial não vincular as demais fases da persecução penal, o indiciamento pode ser considerado pelo acusador um antecedente lógico para formalizar a peça acusatória. Além disso bem aponta Leonardo Machado:

Em tempo, apenas uma singela nota de realidade. É claro que, em dada situação concreta, a rotulação indiciária pode gerar inúmeros efeitos extraprocedimentais, consequências nefastas ao indiciado para além dos autos do próprio Inquérito Policial. Não se ignora em absoluto o potencial estigmatizante desse tipo de ato persecutório criminal com reflexo direto na vida dos investigados. Isso, no entanto, pode advir desde a primeira suspeita criminosa, principalmente quando manejada pelas agências penais como mercadoria do espetáculo punitivo em uma sociedade alimentada pelo desejo de vingança⁷⁷.

Ademais, gostaria de dizer que, por se tratar de um ato administrativo fundamentado do Delegado de Polícia em sede de Inquérito Policial, não há nenhum óbice para a sua revisão pelo próprio Delegado de Polícia, desde que antes da finalização do procedimento ou, então, surgindo novos elementos de informação em um Inquérito desarquivado.

Encerrando o tratado sobre indiciamento, ressalto que, a meu ver, um Inquérito Policial não é bem sucedido somente quando há o indiciamento. Em outras palavras, indiciamento não significa produtividade e eficiência das investigações. Relembro que o principal papel do Inquérito Policial é elucidar fatos supostamente definidos como infração penal e eventual autoria, e não servir à acusação ou à defesa, sujeitos do procedimento.

3.6 – Término do Inquérito Policial

Um dos limites do Inquérito Policial é o quantitativo/temporal, ou seja, existe um prazo legal para a conclusão do procedimento. Na esparsa legislação brasileira há diferentes prazos legais para a finalização das investigações, sendo o prazo geral do CPP de 10 (dez) dias, caso o indiciado esteja preso, ou 30 (trinta) dias, caso solto. Essa limitação guarda intrínseca relação

⁷⁶ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Investigação preliminar no processo penal. 6ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014, p. 440/441.

⁷⁷ MACHADO, Leonardo Marcondes. Manual de Inquérito Policial. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 155.

com o princípio da duração razoável do processo, expressamente previsto no art.5º, LXXVIII, CF/88, ampliado e ressignificado aqui como “duração razoável da persecução penal”. Tal princípio impõe ao sistema de justiça criminal uma persecução penal limitada no tempo, para que a sua espada não incida sobre o indivíduo de forma interminável. Ademais, o texto constitucional é claro ao estabelecer que o princípio se aplica a todos, tanto em fase judicial quanto administrativa.

Como se depreende do art.10, §1º, CPP, terminado o Inquérito Policial, o Delegado elaborará minucioso relatório do que foi apurado e o remeterá ao juízo competente, enviando também os dados do indiciado para serem cadastrados – art.23, CPP. Encerrado o trabalho investigativo pela Polícia Judiciária, deverá o Ministério Público indicar as diligências investigativas que julga imprescindíveis para o oferecimento da denúncia, caso queira continuar com a apuração (art.16, CPP – devolução para novas diligências investigativas).

O art.23, CPP é claro em dizer que o relatório não se trata de simples descrição dos atos praticados ao usar expressamente o termo “minucioso relatório”. A carreira de Delegado de Polícia, como já dito, é jurídico-policial, o que exige análise do fato apurado (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), posicionamento acerca das diligências realizadas e elementos de informação colhidos, bem como exposição das razões que o levaram a indiciar ou não o investigado.⁷⁸ Esse é o juízo de valor que deve ser feito pela Autoridade Policial, para que ele demonstre de forma inteligível o resultado das investigações e a sua consequência jurídica no âmbito da persecução penal.

Nesse sentido – por não ser órgão acusador, mas sim órgão investigativo a quem interessa a apuração de fato supostamente configurador de infração penal e a sua autoria – o resultado do Inquérito Policial não deve ser considerado de dimensão unilateral (voltado apenas para o acusador), mas sim como procedimento objetivo e imparcial que pode servir, eventualmente, a qualquer das partes.

Finalmente, em consonância com o art.17, CPP, lembro que o Delegado de Polícia não poderá mandar arquivar os autos do Inquérito Policial. Essa atribuição é do Ministério Público.

⁷⁸ SILVA, Márcio Alberto Gomes. Inquérito Policial – uma análise jurídica e prática da fase pré-processual / Márcio Alberto Gomes Silva – Salvador: JusPodivm, 5. ed., revista, ampl. e atualiz. 2020, p. 96.

Caso o promotor de justiça entenda não haver indícios suficientes de autoria e materialidade – falta de justa causa – ou falta de pressupostos processuais (art.395, CPP), pela absolvição sumária (art.397, CPP), ou até mesmo pela atipicidade da conduta⁷⁹, deverá arquivar os autos do Inquérito Policial, na forma do art.28, CPP, recentemente alterado pela Lei 13.964/19 – Pacote Anticrime. Por ter uma redação ainda muito recente, transcrevo o dispositivo:

Art. 28. Ordenado o arquivamento do Inquérito Policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei.

§ 1º Se a vítima, ou seu representante legal, não concordar com o arquivamento do Inquérito Policial, poderá, no prazo de 30 (trinta) dias do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica.

§ 2º Nas ações penais relativas a crimes praticados em detrimento da União, Estados e Municípios, a revisão do arquivamento do Inquérito Policial poderá ser provocada pela chefia do órgão a quem couber a sua representação judicial.

Além do arquivamento, cito também o trancamento do Inquérito Policial como uma forma de seu término. Essa medida tem caráter excepcional, decorrente de uma decretação da Autoridade Judicial, implicando na extinção forçada do procedimento investigativo. O fundamento para o trancamento reside na sua manifesta ilegalidade, quando, por exemplo, existir um problema flagrante quanto à ausência de “justa causa” investigativa⁸⁰. Essa decisão, inclusive por força de recente alteração legislativa promovida pela Lei 13.964/19 – Pacote

⁷⁹ Não há no Código de Processo Penal previsão de hipóteses para o arquivamento do Inquérito Policial. Coube à doutrina apresentar esses casos, a partir de uma leitura sistemática da legislação e de aplicações analógicas da lei.

⁸⁰ MACHADO, Leonardo Marcondes. Manual de Inquérito Policial. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 171.

Anticrime – incumbe ao Poder Judiciário, e não ao Ministério Público (art.3º-B, IX, CPP⁸¹), resultante de impugnação via *habeas corpus*⁸².

⁸¹ Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente:

(...)

IX - determinar o trancamento do Inquérito Policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento

⁸² Existe divergência doutrinária acerca do tema, mas é esse o posicionamento majoritário.

CAPÍTULO 4 – O EXERCÍCIO DA DEFESA NO CURSO DAS INVESTIGAÇÕES PRELIMINARES DO INQUÉRITO POLICIAL

4.1 – Situação jurídica do sujeito passivo na investigação preliminar

Como já apontado, em sede de Inquérito Policial, fase investigativa pré-processual, não há que se falar em “partes” em sentido estrito. Isso porque, no Inquérito Policial não há a triangulação típica do Processo Penal (*actum trium personarum*), bem como não há o exercício de uma pretensão e nem da jurisdição em sentido estrito. Dessa maneira, compartilho do ensinamento de Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen, que sustentam não haver partes na investigação preliminar, mas sim meros sujeitos, pois:

- a) não se trata de um Processo Penal em sentido estrito (ainda que o sistema seja de Juiz instrutor);
- b) não existe o exercício de uma pretensão, tampouco a correlativa resistência, mas, sim, uma atividade que prepara o exercício de uma pretensão;
- c) não é exercida a jurisdição em sentido estrito e, mesmo no sistema de Juiz instrutor, as atividades desenvolvidas por ele não são propriamente jurisdicionais, senão judiciais e muitas vezes meramente administrativas;
- d) a atuação do Juiz no sistema de instrução preliminar judicial é basicamente investigatória e não decisória; nos demais modelos (a cargo da polícia ou do promotor), a posição do Juiz é a de um órgão destinado a assegurar a observância de determinadas garantias e sua intervenção é contingente;
- e) não existe sentença, mas meras decisões interlocutórias;
- f) vige um sistema com fortes rasgos inquisitivos, com contraditório e direito de defesa inexistente ou excessivamente limitado; ao contrário do processo, a instrução preliminar não é pública e predomina a forma escrita;
- g) o valor probatório dos atos é limitado (meros atos de investigação)⁸³.

O CPP, ao se referir ao sujeito passivo da instrução preliminar, não se atenta a um rigor científico. Pela leitura dos dispositivos da legislação processual, verifico que o legislador pouco se atentou com a devida nomenclatura do sujeito passivo, sem observar o momento em que se encontra o curso das investigação para corretamente atribuir o seu status jurídico.

⁸³ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Investigação preliminar no processo penal. 6ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014, p. 419.

A título de exemplo, percebo que em diferentes passagens há o emprego errôneo dos termos “indiciado”, “acusado” e “réu”. Não se deve atribuir ao sujeito passivo, ainda em sede de investigação preliminar, o status de “acusado” ou de “réu”, visto que não há contra ele a formalização de uma acusação e, muito menos, a instauração de um Processo Penal. Outrossim, também não deve ser o investigado denominado “indiciado” de maneira indiscriminada, sem que seja contra ele formalizado, de forma fundamentada, o indiciamento. Lopes Jr. e Gloeckner:

Em linhas gerais, consideramos que são três os principais momentos no Processo Penal que atribuem ao sujeito passivo distintas cargas e direitos, devendo ser reconhecido que, em cada um desses momentos, o sujeito passivo possui status jurídico distinto. Destarte, às três fases (instrução preliminar, fase processual e execução da sentença) correspondem três denominações distintas (imputado ou indiciado; acusado, processado ou réu; condenado ou apenado)⁸⁴.

Relembro que o indiciado é a pessoa formalmente submetida ao Inquérito Policial, a quem foi imputada a provável autoria sobre determinado fato definido como infração penal, a partir do convencimento motivado (juízo de probabilidade) do Delegado de Polícia com a análise técnico-jurídica do fato. Acusado ou réu é a parte passiva do Processo Penal (somente após o recebimento da peça acusatória). E o condenado é aquele sobre quem recaem os efeitos de uma sentença penal condenatória transitada em julgado. De todo modo, entendo que os termos “imputado” e “investigado” são bastante adequados para designar o sujeito passivo da instrução preliminar.

Ademais, Aury e Ricardo afirmam que o termo “suspeito” representa um grau de convencimento inferior ao do indiciado, ainda baseado num juízo de possibilidade, e não de probabilidade⁸⁵. Sobre o suspeito, portanto, recai uma imputação que ainda não se tornou indiciamento. Em suma, para um juízo de possibilidade da autoria, o termo mais adequado seria “suspeito”; enquanto para um juízo de probabilidade, “indiciado”.

A supracitada falta de técnica do legislador pátrio pode ser observada no art.5º, §1º, “b”, CPP, quando exige que o requerimento que dá origem ao Inquérito Policial contenha a individualização do “indiciado”. Ora, se o dispositivo está ainda tratando da origem do Inquérito Policial, não há que se falar em indiciado, mas sim em suspeito.

⁸⁴ Ibidem, p. 420

⁸⁵ Ibidem, p. 422.

Como bem alertam os autores aludidos, a importância do emprego de uma terminologia correta não é mero capricho acadêmico. Existe sim uma grande relevância prática, pois o *nomen juris* reflete o escalonamento da persecução penal e o estado jurídico do imputado naquele momento, e, assim, qual o grau de submissão à persecução do Estado⁸⁶.

Superada a polêmica que envolve a nomenclatura utilizada para designar o sujeito passivo da instrução preliminar, passo agora para o estudo da sua capacidade. Segundo Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen, “a capacidade está intimamente relacionado à imputabilidade penal”⁸⁷, isso dentro dos limites definidos pelo Direito Penal. De acordo com Welzel e a teoria finalista da ação, a culpabilidade está estruturada sobre três elementos: imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e inexigibilidade de conduta conforme o Direito. Sobre a imputabilidade, que agora nos interessa, mencionam Aury e Ricardo:

Sem entrar ainda mais no direito material, inclusive porque excederia os limites desta obra, queremos destacar que para a capacidade processual interesse apenas a imputabilidade, de modo que somente podem ser parte passiva no Processo Penal os imputáveis, considerados (requisitos cumulativos e não alternativos):

- a) pessoas vivas;
- b) as pessoas físicas, porque vige, a princípio, a regra *societas delinquere non potest*;
- c) os maiores de 18 anos, considerados no momento da ação ou omissão delitiva;
- d) ser, no momento da ação ou da omissão, inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento⁸⁸.

Diante do exposto, concluo que a legitimidade passiva em uma instrução preliminar se encontra em qualquer pessoa, pelo simples fato de restar imputada no procedimento penal. O procedimento policial pode ser instaurado diante de um mínimo de *fumus commissi delicti*. No entanto, uma das principais funções do Inquérito Policial é a de demonstrar, com o caminhar das diligências investigativas, o grau de legitimidade passiva do investigado/indiciado, visando alcançar um juízo de probabilidade para, eventualmente, ser admitida uma ação penal. Logo, a

⁸⁶ Ibidem, p. 422.

⁸⁷ Ibidem, p. 423.

⁸⁸ Ibidem, p. 424.

legitimidade passiva guarda relação com a existência de elementos que demonstrem que determinada pessoa praticou ou não determinada infração penal.

4.2 – Lei 13.245/16 e a democratização da investigação criminal

A Lei Federal 13.245/2016 alterou a redação do art.7º, do Estatuto da OAB (Lei 8.907/94), o qual cuida dos direitos do advogado.

Resumidamente, a mencionada lei alterou cinco pontos do estatuto: ampliação do direito de examinar os autos de investigação em qualquer instituição com extração de cópias físicas (inciso XIV, do art.7º, EAOAB); afirmação do direito de viabilizar a assistência de advogado em sede de investigação criminal, sob pena de nulidade, inclusive com a apresentação de razões e quesitos pela defesa (inciso XXI, do art.7º, EAOAB); autorização para exame de autos sob sigilo, desde que com a devida procuração (§10, do art.7º, EAOAB); definição de parâmetros para a delimitação de acesso a elementos ainda não documentados (§11, do art.7º, EAOAB) e, por fim, previsão de responsabilização por impedimento indevido de acesso aos autos de investigação criminal (§12, do art.7º, EAOAB)⁸⁹.

Seguem os dispositivos comentados:

Art. 7º São direitos do advogado:

XIV - examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital; (Redação dada pela Lei nº 13.245, de 2016)

XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração: (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016)

a) apresentar razões e quesitos; (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016)

b) (VETADO). (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016)

⁸⁹ MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. Polícia Judiciária e atuação da defesa na investigação criminal / Rafael Francisco Marcondes de Moraes, Jaime Pimentel Júnior – 2. Ed. ampl., rev. e atual. – Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 42.

§ 10. Nos autos sujeitos a sigilo, deve o advogado apresentar procuração para o exercício dos direitos de que trata o inciso XIV. (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016)

§ 11. No caso previsto no inciso XIV, a autoridade competente poderá delimitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências. (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016)

§ 12. A inobservância aos direitos estabelecidos no inciso XIV, o fornecimento incompleto de autos ou o fornecimento de autos em que houve a retirada de peças já incluídas no caderno investigativo implicará responsabilização criminal e funcional por abuso de autoridade do responsável que impedir o acesso do advogado com o intuito de prejudicar o exercício da defesa, sem prejuízo do direito subjetivo do advogado de requerer acesso aos autos ao Juiz competente. (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016).

Essas alterações acenderam um debate sobre o direito de defesa em sede de instrução preliminar, aqui especialmente dentro do Inquérito Policial. Cabe destacar que, analisando as novas redações dos dispositivos supramencionado, entendo a inovação legislativa oportuna e conveniente, coadunando-se com a necessária democratização da persecução penal – sobretudo na sua fase pré-processual, tradicionalmente tida com uma fase inquisitiva por excelência. O reforço dos direitos do advogado no curso do procedimento policial aproxima o Processo Penal do espírito constitucional vigente, fundado sobre um Estado Democrático de Direito respeitador de direitos e garantias individuais, de acordo com Capítulo 1 dessa obra.

Ademais, a inovação busca claramente assegurar e equilibrar as forças dos sujeitos envolvidos na fase pré-processual da persecução penal, enfatizando o papel do advogado como indispensável e essencial ao funcionamento da justiça, o que se aproxima e harmoniza com vontade do texto constitucional no seu o artigo 133⁹⁰. Lecionam Rafael e Jaime:

Esse panorama de democratização das investigações criminais é mais que salutar, pois confere maior publicidade e transparência para a atuação estatal, ampara a República Federativa do Brasil e a consagra como autêntico Estado Democrático de Direito, de maneira a afastar e superar os tempos arbitrários de absorção da atividade de Polícia Judiciária como braço armado dos gestores do Poder Público para garantir a política governante, distante da real proteção da sociedade e dos direitos fundamentais, e pior, figurando o órgão público investigador como mero *longa manus* repressor do Estado militar ditatorial⁹¹.

⁹⁰ “Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

⁹¹ MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. Polícia Judiciária e atuação da defesa na investigação criminal / Rafael Francisco Marcondes de Moraes, Jaime Pimentel Júnior – 2. Ed. ampl., rev. e atual. – Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 44.

O direito de examinar autos de investigação em qualquer instituição com extração de cópias física (art.7º, XIV, EAOAB) representa a importância de um papel ativo da defesa na investigação criminal, de modo a evitar os denominados “advogados cegos” (*blind lawyers*, em inglês). Saliento que não há óbice para que sejam extraídas cópias de recursos audiovisuais, como a gravação digital, desde que reduzidos a termo. A ausência de conhecimento do defensor acerca dos autos do procedimento investigativo torna a tutela dos interesses de seus clientes inefetiva.

O direito de assistência advocatícia em sede de investigação criminal, inclusive com a apresentação de razões e quesitos pela defesa (inciso XXI, do art.7º, EAOAB), trata-se de inovação que deve ser conjugada com o art.14, CPP, o qual permite ao investigado requerer qualquer diligência à Autoridade Policial. Tem também o viés de levar para a investigação preliminar uma ideal paridade de armas dos sujeitos, tendo em vista que o órgão acusador também goza dessa possibilidade (art.13, II, CPP). É um importante direito assegurado ao advogado, que garante uma defesa ativa e substancial.

Ressalto que os direitos de exame de autos sob sigilo, desde que com a devida procuração (§10, do art.7º, EAOAB) e a definição de parâmetros para a delimitação de acesso a elementos ainda não documentados (§11, do art.7º, EAOAB) foram exaustivamente trabalhados no tópico 3.3 da obra, no Capítulo 3, onde analiso o sigilo e a publicidade dos atos de investigação do Inquérito Policial.

Por fim, como última inovação democrática produzida pela Lei 13.245/16, destaco a previsão de responsabilização por impedimento indevido de acesso aos autos de investigação criminal (§12, do art.7º, EAOAB). Esse parágrafo estabelece que o impedimento injustificado (aquele com o intuito de prejudicar a defesa) do advogado ao exame de autos da investigação, incluídos os casos de fornecimento incompleto ou com peças faltantes, resultará na responsabilização criminal e funcional do agente público, por abuso de autoridade. Em suma, impõe-se uma regra de conduta ao agente público, que, se desrespeitada, ensejará em sanções tanto na seara criminal como administrativa. Cumpre dizer que o advogado que teve o seu direito negado poderá formular pedido junto ao Poder Judiciário, via a impetração de mandado de segurança, considerando a violação ao direito líquido e certo mencionado.

É nesse sentido também o posicionamento jurisprudencial do STF, conforme citado por Gilmar Mendes:

O acesso irrestrito aos processos judiciais aplica-se também aos Inquéritos policiais e outras formas de investigação, haja vista o direito de qualquer advogado de verificar e manusear autos de Inquérito não sigiloso, e o direito de qualquer cidadão de saber de investigação contra si⁹².

4.3 – Contraditório e ampla defesa no Inquérito Policial (garantia do contraditório mínimo)

Como aponta Ferrajoli, citado por Lopes Jr. e Gloeckner, a investigação preliminar conduzida no Inquérito Policial tem uma instrumentalidade constitucional, que é a evitação de acusação contra inocente e a proteção estatal do hipossuficiente⁹³. Resta evidente a importância do Inquérito Policial como filtro constitucional da persecução penal, instrumento do Estado Democrático de Direito, inibidor de arbitrariedades estatais e protetor dos direitos fundamentais individuais, conforme já trabalhado no Capítulo 1 (“ANÁLISE PRINCÍPIOLÓGICA E CONSTITUCIONAL DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL”).

Parte da doutrina⁹⁴ defende que as investigações preliminares estão sujeitas ao contraditório, ainda que diferido, e ao exercício defesa, ainda que não ampla. Esse posicionamento encontra robustos fundamentos na Carta Magna, como observo no art.5º, LV, CF/88 (“aos litigantes e aos acusados em geral, em processo administrativo ou judicial, são assegurados o contraditório e a ampla defesa”), bem como no art.5º, LVII, o qual dispõe que ao preso será assegurada a assistência de advogado, alinhado a uma maior garantia da liberdade e melhor atuação da defesa.

Fauzi Hassan Choukr nos aponta o principal argumento dos defensores dessa posição: ser esta etapa um verdadeiro “processo administrativo” preparatório ao exercício da ação penal,

⁹² MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 12. Ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 466.

⁹³ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Investigação preliminar no processo penal. 6ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014, p. 242.

⁹⁴ Nesse sentido: Aury Lopes Junior e Ricardo Jacobsen Gloeckner (LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Investigação preliminar no processo penal. 6ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014); Antonio Scarance Fernandes (FERNANDES, Antonio Scarance. Reação defensiva à imputação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002); Fauzi Hassan Choukr (CHOUKR, Fauzi Hassan. Garantias Constitucionais na Investigação Criminal. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006) e Rogério Lauria Tucci (TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004).

existindo neste processo um conflito de interesses. Portanto, existindo litígio e litigantes⁹⁵. Afirma Tucci: A contraditoriedade da investigação criminal consiste num direito fundamental do imputado, direito esse que, por ser um ‘elemento decisivo do Processo Penal’, não pode ser transformado, em nenhuma hipótese, em ‘mero requisito formal’.⁹⁶

Por sua vez, a segunda corrente doutrinária, como o já aludido Renato Brasileiro⁹⁷ defende que a investigação preliminar, por ter natureza de mero procedimento administrativo, não estaria sujeita ao crivo do contraditório e da ampla defesa, que seriam oportunamente garantidos na fase judicial da persecução penal. Pelas minhas pesquisas, os principais argumentos sustentados por essa parte da doutrina são os de que o contraditório e a ampla defesa poderiam prejudicar a eficácia das investigações e de que o Inquérito Policial não se destina a decidir litígio, firmando o posicionamento do caráter essencialmente inquisitivo do Inquérito Policial.

Compartilho do primeiro posicionamento apresentado, apesar de reconhecer que o segundo posicionamento é majoritário na doutrina e na jurisprudência pátrias. A meu ver, uma investigação preliminar com o devido respeito ao contraditório e ao exercício da defesa (adaptados às particularidades da fase pré-processual, com grau distinto do processo judicial) é um mecanismo de fortificação do Estado Democrático de Direito e da ordem constitucional vigente.

Nessa perspectiva, o próprio STF, como lembra Leonardo Machado⁹⁸, em voto do Min. Gilmar Mendes, no julgamento da Pet 7.612/DF⁹⁹, reconheceu a aplicação do contraditório e

⁹⁵ CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 127.

⁹⁶ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 357/360.

⁹⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 7ª. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 125/128.

⁹⁸ MACHADO, Leonardo Marcondes. *Manual de Inquérito Policial*. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 28.

⁹⁹ STF, 2ª Turma. Pet: 7.612 DF – Distrito Federal 0070051-20.2018.1.00.0000, Rel. Min Edson Fachin, Data de Julgamento: 12/03/2019, Data de Publicação: DJ-037 20/02/2020.

do direito de defesa em sede de Inquérito Policial, mas sempre “em conformidade com as funções e limitações cognitivas de cada fase da persecução penal”.

Ao contrário do que advoga a segunda corrente, e com o máximo respeito, acredito que não há que se falar em prejuízo da eficácia das investigações pelo fato de ser oportunizado ao imputado o exercício do contraditório e da defesa. Pelo contrário, a meu ver. Como já exposto, as investigações preliminares não têm como finalidade única a obtenção de elementos de informação para que o titular da ação penal ofereça a peça acusatória. Na realidade, a investigação preliminar serve à elucidação do fato, da suposta autoria e de suas circunstâncias, e não aos sujeitos do procedimento.

Assim, a presença do contraditório e do exercício de defesa em sede policial visa também evitar o início de processos judiciais temerários, infundados. Trata-se, portanto, de um verdadeiro filtro constitucional para a produção de justa causa, evitando que inocentes sejam submetidos a um processo criminal. A observância dos mencionados princípios, constitucionalmente assegurados, contribui para o aprimoramento das investigações

Nessa toada, Scarance Fernandes aponta os principais direitos do imputado na fase policial: ter ciência da imputação; ser ouvido sobre a imputação; ter conhecimento do proceder investigatório e apresentar, por si ou por seu defensor, dados que possam influir no andamento da investigação, no oferecimento da denúncia e na análise da viabilidade de futura acusação¹⁰⁰.

Além do que fora explicitado no tópico anterior (4.2), quando abordei a Lei 13.245/16, extraio agora diretamente do texto constitucional outro argumento que entendo de peso para a defesa dessa posição. O art.5º, LV, CF/88 assegura a todos os litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Na expressão “processo administrativo”, do mencionado dispositivo constitucional, também deve ser também abarcado o Inquérito Policial, apesar de ter natureza de procedimento administrativo. Do mesmo modo, no termo “acusados em geral” também se incluem os suspeitos investigados e os indiciados da fase pré-processual, envolvendo aqui

¹⁰⁰ FERNANDES, Antonio Scarance. Reação defensiva à imputação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 113.

qualquer forma de imputação (imputação em sentido amplo). Conforme Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen:

Qualquer notícia-crime que impute um fato aparentemente delitivo a uma pessoa constitui uma imputação, no sentido jurídico de agressão, capaz de gerar no plano processual uma resistência. Da mesma forma, quando da investigação *ex officio* realizada pela polícia surgem suficientes indícios contra uma pessoa, a tal ponto de tornar-se o alvo principal da investigação – imputado de fato –, devem ser feitos, a comunicação e o chamamento para ser interrogado pela autoridade policial. Em ambos os casos, inegavelmente, existe uma atuação de caráter coercitivo contra pessoa determinada, configurando uma “agressão” ao seu estado de inocência e de liberdade, capaz de autorizar uma resistência em sentido jurídico-processual¹⁰¹.

Outrossim, o inciso LXIII, art.5º, CF/88 assegura ao preso a assistência de advogado, que irá exercer a sua defesa técnica, a qual é indisponível. Subentende-se também que o termo “preso” deve ser ampliado para compreender o suspeito investigado e o indiciado.

Na fase investigatória, como bem alerta Renato Brasileiro de Lima¹⁰², o direito de defesa pode (e deve) ser exercido de duas formas distintas: exercício exógeno – efetivado fora dos autos do Inquérito Policial, seja por algum remédio constitucional (como *habeas corpus* ou mandado de segurança) ou por requerimento à Autoridade Judicial ou ao Ministério Público; e o exercício endógeno – aquele praticado nos autos do próprio procedimento investigativo preliminar, como por meio da oitiva do imputado (autodefesa – direito de audiência), de solicitação de diligências (art.14, CPP) ou pela apresentação de razões e quesitos (art.7º, XXI, “a”, EAOAB).

Para concluir o tópico, ressalto que a defesa técnica (exercida por um defensor habilitado com capacidade postulatória) é um dos corolários da ampla defesa. Agora, irei trabalhar com o segundo corolário desse princípio, qual seja, a autodefesa.

A autodefesa é a atuação do próprio sujeito passivo da instrução preliminar frente à pretensão estatal. O sujeito se defende pessoalmente, a seu critério individual (interesse privado). Como bem explana Lopes Jr. e Gloeckner, é no interrogatório policial que a

¹⁰¹ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Investigação preliminar no processo penal. 6ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014, p. 470.

¹⁰² LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 7ª. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 123.

autodefesa encontra seu momento de maior relevância nas investigações preliminares¹⁰³. A fim de esclarecer o exercício da autodefesa, que pode ser positivo ou negativo, colaciono os ensinamentos dos autores referidos:

Classificamos a autodefesa, a partir de seu caráter exterior, como uma atividade positiva ou negativa. O interrogatório é o momento em que o sujeito passivo tem a oportunidade de atuar de forma efetiva – comissão –, expressando os motivos e as justificativas ou negativas de autoria ou de materialidade do fato que se lhe imputam. Ao lado desse atuar que supõe o interrogatório, também é possível uma completa omissão, um atuar negativo, através do qual o imputado nega-se a declarar. Não só pode negar-se a declarar, como também pode negar-se a dar a mais mínima contribuição para a atividade probatória realizada pelos órgãos estatais de investigação, como ocorre nas intervenções corporais, reconstituição do fato, fornecer material escrito para a realização do exame grafotécnico etc. Empregamos o termo omissão para designar a conduta diversa da esperada ou solicitada, pois, como explica o Direito Penal, no mundo físico não existem omissões, mas um atuar diverso do exigido¹⁰⁴.

¹⁰³ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Investigação preliminar no processo penal. 6ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014, p. 478.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 479

CONCLUSÃO

Concluindo a presente monografia, gostaria de ressaltar o papel das investigações preliminares no curso do Inquérito Policial dentro do sistema processual penal pátrio. De acordo com o exposto, defendo que, como procedimento administrativo-investigativo de caráter apuratório e instrumental ao processo, o Inquérito Policial tem o papel de elucidar, em nível indiciário, a suposta autoria de determinado fato definido como infração penal, relatando de maneira minuciosa todas as suas circunstâncias. Ou seja, visa transformar um mero juízo de possibilidade (no momento de instauração do procedimento) em um juízo de probabilidade (no momento de seu término), a partir das diligências investigativas presididas com exclusividade pelo Delegado de Polícia.

Em realidade, o papel supramencionado pode ainda ser esmiuçado, desdobrando o Inquérito Policial em duas finalidades precípuas: a primeira como peça de informação, coligindo elementos informativos, ou seja, indícios suficientes de autoria e materialidade (justa causa), para subsidiar o oferecimento de eventual peça acusatória e dar início à ação penal. Por outro lado, a segunda finalidade se refere ao Inquérito Policial como um verdadeiro filtro garantista, evitando ações penais temerárias e infundadas. O aspecto garantista da investigação preliminar é imprescindível para a efetivação de direitos fundamentais.

Essa segunda finalidade, como já explicitado na obra, reforça a função da Autoridade Policial como garantidora dos direitos fundamentais do suspeito investigado/indiciado, revelando-se verdadeiro compromisso com a ordem constitucional, com a sociedade e com o Estado Democrático de Direito. Essa autoridade – que nos termos da lei preside privativamente os atos investigativos no curso do procedimento policial – tem um imprescindível papel no ordenamento jurídico pátrio, ante a sua fundamental missão de compatibilizar as duas finalidades acima encartadas, ou seja, encontrar o equilíbrio entre a suficiência investigatória e a proibição do excesso investigatório, o que na prática exige elevado profissionalismo e técnica jurídica.

Ademais, entender a fase pré-processual da persecução penal como “apuratória”, e não “inquisitiva”, faz-se necessário para que o Inquérito Policial alcance ambas as finalidades aludidas.

Por fim, apenas reitero que não tenho aqui a pretensão de transformar a investigação preliminar, procedimento pré-processual, num verdadeiro processo judicial. De fato, não há que se falar em um contraditório pleno e nem em uma ampla defesa plena no Inquérito Policial. Isso porque, não existe nessa fase da persecução penal uma relação jurídico-processual triangular estabelecida (*actum trium personarum*), ausente a estrutura dialética que orienta o processo, assim como existem particularidades acerca do momento para o exercício desses direitos, tendo em vista a lógica das investigações.

Contudo, advogo pela presença do contraditório e do exercício de defesa nessa fase da persecução penal, ainda que em menor grau quando comparados ao processo, em razão das características próprias do Inquérito Policial. No meu entendimento, repisa-se, essa orientação confere maior densidade aos direitos e garantias fundamentais individuais do imputado e maior democratização e harmonização das fases da persecução penal¹⁰⁵, além de evitar o início de processos penais temerários, pois assegura ao Ministério Público um melhor juízo de probabilidade sobre a justa causa penal. Ensinam Aury e Ricardo:

“O Processo Penal tem como fundamento de sua existência a instrumentalidade constitucional, e esse também será o ponto de partida para justificar a investigação preliminar. Ela não pode afastar-se dos fundamentos do instrumento-maior ao qual presta o serviço”¹⁰⁶.

Acredito que nesse sentido, com uma instrução preliminar criminal cada vez mais técnica e garantista, à luz das normas constitucionais, o indivíduo imputado poderá assumir o seu papel de sujeito de direitos da investigação, e não mero objeto sobre o qual recai, de forma arbitrária e desenfreada, o poder punitivo estatal. Assim, o Processo Penal poderá atuar de maneira adequada e eficiente, restando a prisão do indivíduo, que afeta sobremaneira um dos bens jurídicos mais importantes tutelados pela Constituição Federal, qual seja, a liberdade de locomoção (*jus libertatis*), uma exceção, de caráter residual, e a liberdade como regra.

¹⁰⁵ Apesar de separadas, cada uma com as suas próprias características e funções, todas as fases são partes integrantes da persecução penal, num sentido amplo. Desse modo, estabelecendo um sistema racional na dogmática processual penal, todas as fases têm como fundamento essencial ser um instrumento de limitação do poder punitivo estatal.

¹⁰⁶ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Investigação preliminar no processo penal. 6ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014, p. 99.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo Henrique; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Prova e sucedâneos de prova no Processo Penal brasileiro. Revista Brasileira de Ciências Criminais.** São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 65, mar./abr. 2007.

BRENE, Cleyson. **Manual de Processo Penal para polícia / Cleyson Brene – 3. Ed –** Salvador: JusPodivm, 2018.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. **Súmulas do STF e STJ anotadas e organizadas por assunto / Márcio André Lopes Cavalcante – 7. Ed., rev., atual. e ampl. –** Salvador: JusPodivm, 2020.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal.** 3 Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: parte geral (arts.1º ao 120) / Rogério Sanches Cunha – 7. Ed. rev., ampl. e atual. –** Salvador: JusPodivm, 2019, p. 69.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de direito constitucional.** 9. Ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

DE OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal.** Lumen Juris, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** São Paulo: Atlas, 2003.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Reação defensiva à imputação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Wilson Palermo. **Percepção dos aspectos analíticos do delito na atuação concreta do Delegado de Polícia/ Wilson Palermo Ferreira. –** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único.** 7ª. Ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Vol. I. 2º Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no Processo Penal**. 6ª Ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2014.

MACHADO, Leonardo Marcondes. **Manual de Inquérito Policial**. Belo Horizonte: CEI, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 12. Ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 18ª Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MONTEZ, Marcus Vinícius Lopes. **Estatuto e regulamento da polícia civil do estado do rio de janeiro** / Marcus Vinícius Lopes Montez, Rodrigo Barcellos de Oliveira Machado – 2. Ed. rev. e atual. – Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

MORAES, Rafael Francisco Marcondes de. **Polícia Judiciária e atuação da defesa na investigação criminal** / Rafael Francisco Marcondes de Moraes, Jaime Pimentel Júnior – 2. Ed. ampl., rev. e atual. – Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

NAPOLI, Édem. **Direito Constitucional para concursos**. 4ª Ed. revista, ampl. e atualiz. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

NICOLITT, André Luiz. **Manual de Processo Penal**. 8ª Ed. Ed. D'PLACIDO, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Pacote Anticrime Comentado: Lei 13.964, de 24/12/2019** / Guilherme de Souza Nucci. – 1. Ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 18. Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

SILVA, Márcio Alberto Gomes. **Inquérito Policial – uma análise jurídica e prática da fase pré-processual** / Márcio Alberto Gomes Silva – Salvador: JusPodivm, 5. Ed., revista, ampl. e atualiz. 2020.

STF, 2ª Turma. **Recurso Extraordinário: AgR 425.734/MG**, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 28/10/2005.

STF, 2ª Turma. **Recurso Extraordinário: RE 559.646-AgR**, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 7/6/2011, DJE de 24/6/2011.

STF, 2ª Turma. **HC 85.541**, Rel. Min. Cezar Peluso, DJE, 157, divulg. 21/8/2008, publ. 22/8/2008.

STF, 2ª Turma. **Pet: 7.612 DF** – Distrito Federal 0070051-20.2018.1.00.0000, Rel. Min Edson Fachin, Data de Julgamento: 12/03/2019, Data de Publicação: DJ-037 20/02/2020.

STJ, 5ª Turma, **HC 96.666/MA**, Rel. Min Napoleão Nunes Maia Filho, j. 04/09/2008, DJE 22/09/2008.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Processo Penal**. 8. Ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no Processo Penal brasileiro**, 2. Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.