

diferido” (inc. III); o acesso a registro de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais (inc. IV); interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas (inc. V); afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal (inc. VI); a infiltração dos agentes policiais nas organizações criminosas (inc. VII); a cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal (inc. VIII).

No caso de lavagem de dinheiro, o art. 17-B da Lei 9.613/1998, acrescido pela Lei 12.683/2012,³⁶ prevê que

“A autoridade policial e o Ministério Público terão acesso, exclusivamente, aos dados cadastrais do investigado que informam qualificação pessoal, filiação e endereço, independentemente de autorização judicial, mantidos pela Justiça Eleitoral, pelas empresas telefônicas, pelas instituições financeiras, pelos provedores de internet e pelas administradoras de cartão de crédito”.

O novo dispositivo certamente será questionado quanto a sua constitucionalidade, vez que há divergência sobre serem ou não os dados cadastrais protegidos pela garantia constitucional da intimidade (art. 5.º, X, da CF/1988).

Resposta negativa é dada por Tércio Sampaio Ferraz Júnior que, partindo da premissa de que “a inviolabilidade dos dados referentes à vida privada só tem pertinência para aqueles associados aos elementos identificadores usados nas relações de convivência, as quais só dizem respeito aos conviventes”, conclui: “os elementos de identificação só são protegidos quando compõem relação de convivência privadas: a proteção é para elas, não para eles. Em consequência, simples cadastros de elementos identificadores (nome, endereço, RG, filiação etc.) não são protegidos”.³⁷

Outra corrente, em especial no que toca ao sigilo financeiro, conclui que os dados cadastrais estão abrangidos por tal sigilo.³⁸ Isso porque, em caso de resposta positiva, segundo entendimento prevalecente há reserva de jurisdição para as restrições os direitos fundamentais, sendo inadmissível o fornecimento de tais dados mediante requisição direta e independentemente de ordem judicial. E, por ser caso de restrição de direito fundamental, não se aplica a regra do art. 3.º do CPP, que admite interpretação extensiva.

Desde que se considere que os dados cadastrais se referem a dados ou informações não acobertadas pelo âmbito de proteção do inciso X do art. 5.º da Constituição, seria

36. Regra idêntica é prevista no art. 15 Lei 12.850/2013.

37. Sigilo de dados..., p. 449.

38. Nesse sentido: Wald, O sigilo bancário... p. 199; Moraes, Sigilo financeiro..., p. 2.980. Nesse sentido, na jurisprudência reconhecendo o caráter sigiloso dos dados cadastrais de operadoras de telefone e de instituições bancárias: STJ, RHC 8493/SP. No mesmo sentido, com relação a dados cadastrais em instituições bancárias: STJ, RHC 5.065/MG.

possível sua obtenção sem que haja necessidade de ordem judicial, tal qual previsto no novo art. 17-B da Lei 9.613/1998, acrescido pela Lei 12.683/2012.

Tratando-se de norma restritiva de direito fundamental, sua interpretação deve ser estrita, não admitindo qualquer forma de ampliação ou interpretação extensiva. Ainda neste sentido, o advérbio *exclusivamente* indica o caráter restritivo da norma. A autoridade policial e o Ministério Público poderão ter acessos, sem ordem judicial, “*exclusivamente, aos dados cadastrais do investigado que informam qualificação pessoal, filiação e endereço*”. Ou seja, o acesso direto se restringe aos dados cadastrais e os elementos do cadastro aos quais se poderá ter acesso são exclusivamente os mencionados na lei: “*qualificação pessoal, filiação e endereço*”.

A *qualificação pessoal* é composta pelo nome, nacionalidade e naturalidade, data de nascimento, estado civil, profissão, número de carteira de identidade e número de registro no cadastro de pessoas físicas da Receita Federal. A *filiação* consiste na indicação no nome do pai e da mãe. Por fim, o *endereço*, vez que não houve qualquer restrição na lei, consiste na indicação precisa do local de residência e de trabalho, caso ambos os dados estejam disponíveis.

Como se trata de qualificação do investigado, constando inclusive sua filiação – e a norma deve ser interpretada restritivamente – não se pode admitir a solicitação de dados cadastrais de pessoas jurídicas que possam estar envolvidas na investigação, ou mesmo de pessoas jurídicas das quais o investigado seja sócio.

As entidades a que poderão ser solicitados os dados cadastrais são apenas aquelas previstas no art. 17-B: “*Justiça Eleitoral, pelas empresas telefônicas, pelas instituições financeiras, pelos provedores de internet e pelas administradoras de cartão de crédito*”.

Por fim, é de se observar que a Lei 12.830/2013, em seu art. 2.º, § 2.º prevê que “*durante a investigação criminal, cabe ao delegado de polícia a requisição de perícia, informações, documentos e dados que interessem à apuração dos fatos*”. Tal dispositivo deve ser entendido no sentido de compatibilizá-lo com o respeito às liberdades públicas e direitos fundamentais, cuja restrição está sujeita à reserva de jurisdição e exige prévia autorização judicial. Assim, obviamente, não poderão ser requisitados dados bancários, fiscais, prontuários médicos e outros documentos que contenham dados legalmente protegidos por sigilo. Em tais hipóteses, a autoridade policial deverá requerer ao juiz a decretação do levantamento de tal sigilo, exigindo-se, pois, decisão judicial.

3.10. Identificação criminal

A identificação criminal inclui a identificação datiloscópica, (prevista, para o indiciado, por meio do art. 6.º, VIII, do CPP), fotográfica e por perfil genético.

A Súmula 568 do STF, confundindo a identificação criminal com a identificação datiloscópica, estabelecia que “a identificação criminal não constitui constrangimento ilegal, ainda que o indiciado já tenha sido identificado civilmente”. Tal panorama mudou com a CR de 1988, que, em seu art. 5.º, LVIII, estabelece, entre as garantias

individuais, que “o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”. Não se trata de uma garantia absoluta, uma vez que admite as exceções previstas na lei própria. Somente vários anos depois, com a edição da Lei 10.054/2000, foram disciplinadas as exceções legais em que se admite a identificação criminal.³⁹ Posteriormente, referida lei foi revogada pela Lei 12.037/2009, que atualmente dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado. O art. 1.º da Lei 12.037/2009 prevê que o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo as exceções previstas na própria lei. Os documentos que poderão atestar a identidade civil são previstos no art. 2.º da Lei 12.037/2009, sendo o principal a carteira de identidade (*caput*, I).⁴⁰

Embora o art. 6.º, VIII, do CPP se refira apenas à identificação pelo processo datiloscópico, a jurisprudência vinha interpretando o dispositivo como uma previsão que abrangia a identificação criminal em sua acepção mais ampla, incluindo a identificação fotográfica, considerada inclusive elemento útil para a instrução criminal.⁴¹

As exceções previstas no art. 3.º da Lei 12.037/2009, que permitem a identificação criminal, mesmo nos casos em que o indiciado ou investigado tenha sido identificado civilmente, são estabelecidas segundo dois critérios: (1) necessidade da investigação, (2) a dúvida quanto à identidade civil.⁴²

39. Antes do advento da lei própria, já havia previsão especial na Lei dos Crimes Organizados, que em seu art. 5.º determina: “(...) a identificação criminal de pessoas envolvidas com a ação praticada por organizações criminosas será realizada independentemente da identificação civil”.

40. Contudo, não há necessidade de que seja apenas a “Carteira de Identidade”, vulgarmente conhecida como “RG”. O art. 2.º, *caput*, admite a comprovação da identidade civil também pela apresentação da carteira de trabalho, carteira profissional, do passaporte, da carteira de identificação funcional ou de outro documento público que permita a identificação do indiciado (incisos II a VI, respectivamente).

41. Nesse sentido: STF, REExt 94.491/RJ. O STJ apresentava posições em ambos os sentidos. No julgamento do RHC 4.798/SP decidiu-se que “fotografias de frente e perfil tiradas para instruir inquérito policial não incidem no inciso LVIII do art. 5.º da CF” (RT 738/572). Anteriormente, porém, no julgamento do REsp n. 16.994-0-DF, o STJ entendeu que “a Constituição de 1988, no seu art. 5.º, LVIII, veda a identificação criminal do civilmente identificado, salvo nas hipóteses previstas em lei, assim entendidas, também, a fotográfica, à ausência de comando legal que a autoriza” (RT 685/381).

42. Não há previsão equivalente ao inciso I do art. 3.º da revogada Lei 10.054/2000, que determinava a identificação criminal quando o civilmente identificado estivesse sendo investigado ou já tivesse sido indiciado pela prática de homicídio doloso, crimes contra o patrimônio praticado mediante violência ou grave ameaça, crime de receptação qualificada ou crimes contra a liberdade sexual (art. 3.º, I). Analisando tal dispositivo, que se fundava exclusivamente na gravidade do crime, Luiz Flávio Gomes (Identificação criminal..., Disponível em: www.direitocriminal.com.br) considerava-o inconstitucional por violar o princípio da proporcionalidade, visto que em tais casos a identificação criminal não seria necessária, nem idônea e muito menos razoável. O dispositivo teria caráter preconceituoso, porque somente foram previstos casos de criminalidade “violenta”, praticados por pessoas pertencentes às classes baixas, enquanto a criminalidade astuta (fraude), praticada por criminosos das

No tocante ao primeiro critério, o inciso IV do *caput* do art. 3.º admite a identificação criminal naquele civilmente identificado quando “a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa”. Sempre que imprescindível para a investigação (por exemplo, porque é preciso realizar perícia para comparação de impressões digitais), será necessária decisão – e não despacho – judicial, com a devida fundamentação, determinando a identificação criminal.

A Lei 12.654/2012 acrescentou o art. 5-A da Lei 12.037/2009 prevendo que no caso de a identificação criminal ser essencial às investigações criminais ela poderá “poderá incluir a coleta de material biológico para a obtenção de perfil genético” (destacamos). Como se trata de hipótese que se reporta ao inciso IV do art. 3, está sujeita à reserva de jurisdição, dependendo de prévia decisão judicial, que obviamente deverá ser fundamentada.

classes favorecidas (criminosos do colarinho-branco, crimes tributários, crimes contra a administração pública – corrupção, concussão etc.) teriam sido devidamente protegidos na Lei 10.054/2000. Já Damásio E. de Jesus (*Código...*, p. 12) considerava o dispositivo revogado de “duvidosa constitucionalidade”. Antes mesmo da Lei 10.054/2000, Pitombo (*A identificação...*, p. 178) advertia que “descabem, pois, hipóteses de limitação, p. ex., que afirmem a compulsoriedade de nova identificação física em razão, apenas, da natureza do delito, ou da periculosidade do agente. Sucederia mero quebramento da regra fundamental, seja pelo caráter particularizante das exceções, seja pela adulteração constrangedora da essência do dispositivo”. Em escrito sobre a referida lei, divergimos (Badaró, *A nova regulamentação...*, p. 9) de tais pontos de vista: “o legislador, ao estabelecer um regime diferenciado para a criminalidade violenta, valeu-se de critério muito utilizado para diversas situações. Nos crimes cometidos com violência ou grave ameaça contra a pessoa, não é possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, a concessão de liberdade condicional fica condicionada ao exame de cessação de periculosidade, não é possível a liberdade provisória mediante fiança, entre tantas outras. Nunca se apontou a inconstitucionalidade destes dispositivos por serem discriminatórios ou não razoáveis”. Entretanto, na primeira edição do *Direito processual penal...*, t. I, (p. 54, nota 21) mudamos de ponto de vista: “Hoje, porém, repensando o tema, alteramos nosso posicionamento. A gravidade abstrata dos delitos não é fator que justifique a maior restrição ao direito de não ser identificado criminalmente, pelo método datiloscópico. Para os casos em que há dúvida sobre a identidade, a simples apresentação do documento civil pode não ser adequada para o fim a que se propõe: uma correta identificação do investigado ou acusado. Assim, é necessária uma maior restrição ao direito de ser identificado apenas pelo documento de identidade civil, consubstanciada em exigir a identificação criminal. A medida, portanto, é adequada e necessária. Já no caso em que o fator legal é a mera gravidade do delito, embora o meio – identificação criminal – seja adequado ao fim a que se propõe – identificar corretamente o investigado –, não se trata de meio necessário. Em outras palavras, era possível com uma intervenção menos gravosa, no caso, a simples identificação civil, atingir a mesma finalidade. Se não há nada a justificar a dúvida sobre a identidade civil, a exigência de identificação criminal é alternativa mais gravosa que o necessário para o caso. Há, pois, incompatibilidade do art. 3.º, inciso I, da Lei 10.054/2000, com o princípio da proporcionalidade, em especial, seu subprincípio da necessidade”.

Como tal medida implica inegável restrição ao direito à intimidade, sua legitimidade depende de observância da proporcionalidade, devendo a medida ser adequada, necessária e proporcional.

A adequação da medida decorre da própria exigência de que a identificação criminal e, mais do que isso, no caso, a identificação por perfil genético seja “essencial” para as investigações. “Essencial” é mais do que simplesmente útil ou eficaz; essencial é aquilo que é absolutamente necessário, sem o que a identificação não poderá ser feita ou não poderá prosseguir. A identificação genética não é, portanto, uma consequência automática da determinação judicial da identificação criminal, na hipótese do inciso IV. A providência que somente poderá ser determinada nas hipóteses em que seja a investigação a comparação de perfil genético seja adequada por ter sido encontrado e colhido material genético (sangue, saliva, cabelo, pelo, sêmen etc.) do provável autor do crime na cena delitiva, mesmo no corpo da vítima, em armas utilizadas no crime etc.

Além disso, a medida terá que ser necessária, isto é, não ser possível realizar a identificação genética por outro meio menos gravoso. Por exemplo, se puder ser realizada a busca e apreensão de material genético na residência do investigado.

Por fim, deve-se respeitar a proporcionalidade em sentido estrito. Embora não haja um rol de crimes mais graves em relação aos quais a medida seja cabível, não se imagina que isso possa ser feito em relação a crimes de menor gravidade ou mesmo contravenções penais.⁴³

A identificação de perfil genético será armazenada em banco de dados sigiloso (art. 7.º-B). Ao término do prazo prescricional do crime que foi investigado e que motivou a coleta de material genético haverá a exclusão dos perfis genéticos do referido banco de dados (art. 7.º-A). Por analogia com a regra do *caput* do mesmo art. 7.º da Lei 12.037/2009, a exclusão do perfil genético do banco de dados também deverá ocorrer no caso de não oferecimento de denúncia, de sua rejeição ou de absolvição transitada em julgado.⁴⁴

Voltando à identificação criminal, o segundo critério, ou seja, as hipóteses que geram dúvidas sobre a identidade civil e que justificam a identificação criminal são as seguintes, estabelecidas no art. 3.º da Lei 12.037/2009:

“I – o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação; II – o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado; III – o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si; (...); V – constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações; VI – o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais”.

43. Nesse sentido: Aury, *Direito...*, p. 313; Pacelli, *Curso...*, p. 396.

44. Pacelli, *Curso...*, p. 397.

Em todos estes casos, peculiaridades do documento apresentado não permitem, com segurança, a identificação do seu portador.⁴⁵

3.11. Indiciamento

Em várias passagens o CPP refere-se ao indiciado ou ao indiciamento (art. 5.º, § 1.º, *b*; art. 6.º, V, VIII e IX; art. 10, *caput* e § 3.º, art. 14, art. 15, art. 21, art. 23, art. 125, art. 134, art. 137, § 2.º, e art. 282, *caput*, II, art. 317, art. 319 II e III, art. 320 e art. 405, § 1.º). Todavia, o legislador não definia quais eram os requisitos ou em que condições ou momento da investigação devia ser realizado o indiciamento. Tal situação somente foi alterada recentemente, com a Lei 12.830/2013, que no art. 2.º, § 6.º dispõe: “O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias”.

Indiciamento é o ato de indiciar. Indiciar é, com base nos elementos de informação colhidos no inquérito policial, indicar uma pessoa como o provável autor do crime que se investiga. Em estudo fundamental sobre o tema, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo explica que:

“(...) o indiciamento, que se leva a efeito no inquérito policial, deve ser resultado concreto da aludida convergência de indícios, que assinalam incriminando certa pessoa – ou determinadas pessoas – qual praticante de ato, ou de atos havidos pela legislação penal como típicos, antijurídicos e culpáveis. Mais que pressupõe, o indiciamento necessita, em consequência, de suporte fático positivo da culpa penal, *lato sensu*. Contém uma proposição, no sentido de guardar função declarativa de autoria provável. Suscetível, é certo, de avaliar-se, depois, como verdadeira, ou logicamente falsa. Consiste, pois, em rascunho de eventual acusação (formal); do mesmo modo que as denúncias e queixas, também se manifestam quais esboços da sentença penal (de mérito)”.⁴⁶

Não é incomum encontrar afirmações de que o indiciamento, enquanto um simples ato de identificação do investigado, não gera constrangimento ilegal.⁴⁷

45. Antes mesmo da edição da lei, Damásio E. de Jesus (*Código...*, p. 11) já se manifestara neste sentido, afirmando que deveriam ser previstas hipóteses de rasuras no documento de identidade ou indícios de que o mesmo fosse falsificado. Por sua vez, Mirabete (*Código...*, p. 103) admitia nos casos de utilização pelo indiciado de duas ou mais identidades ou documentos divergentes.

46. Pitombo, *Inquérito policial...*, p. 38. Na jurisprudência, o TJSP decidiu que: “(...) indiciamento, no seu sentido amplo, ostenta o significado de convergência de indícios para o sustento de uma acusação. Indiciamento, assim, é aquele sobre quem recaiam, no correr do inquérito policial, os indícios, os outros meios de prova, bastantes para acusar em juízo, de haver perpetrado uma infração penal, cuja existência se acha suficientemente evidenciada” (RHC 1.095.085/2001).

47. Em sentido contrário, cabe destacar as palavras do Pedro Gagliardi: “O teorismo de uma afirmação como o que se tem dito e repetido no sentido de que ‘o simples indiciamento

Quanto ao momento ou fase da persecução penal em que pode ocorrer o indiciamento, a jurisprudência é tranquila no sentido de não ser cabível o indiciamento nos casos em que já há denúncia oferecida, posto que a medida, típica da fase investigativa, se mostra absolutamente desnecessária, não tendo qualquer finalidade processual, servindo pura e simplesmente para a estigmatização do acusado.⁴⁸

Diante do novo § 6.º do art. 2.º da Lei 12.830/2013, restou claro que o indiciamento não pode ser fruto de mero subjetivismo da autoridade policial. Deve decorrer de ato motivado e concretamente justificado, diante do resultado dos atos de investigação até então realizados,⁴⁹ no qual se especifique, quais os elementos que permite apontar o indiciado como provável autor do delito bem como quais elementos possibilitam concluir pela existência da materialidade delitiva.

Normalmente, no indiciamento há a colheita de dados sobre a vida pregressa e a identificação criminal do acusado, inclusive pelo processo datiloscópico, se for o caso, nos termos da Lei 12.037/2009. É possível, também, o indiciamento indireto, nos casos em que o investigado não está presente, o que se faz pela colheita de dados de outras fontes acessíveis à autoridade policial.

não caracteriza desrespeito às garantias individuais' ou o de que 'o inquérito nada mais é do que uma simples averiguação' não pode continuar preenchendo os céus do universo jurídico-criminal do nosso sistema democrático de Direito, porque inquérito é coisa muito séria, e ser indiciado nele é gravemente irreparável para um cidadão honesto" (TJSP, HC 338.792-3/4-00).

48. Nesse sentido: STJ, HC 35.639/SP, HC 17.984/SP, HC 37.579/SP, HC 33.506/SP, HC n. 33.302/SP, HC 30.811/SP, HC 25.666/SP, HC 29.392/SP. No mesmo: TJSP, HC 440.622/9, HC 393.666/1; extinto TACrimSP, HC 393.666/1, HC 440.622/9; TRF 3.ª Região, HC n. 200103000384242, HC 2003.03.00.057897-5.

49. Na doutrina: Sérgio Pitombo, *O indiciamento...*, p. 45; Zilli, *Liberdade!*..., p. 451; Mario Sérgio Sobrino, *A identificação...*, p. 99. No Estado de São Paulo, a Portaria n. 18, de 25.11.1998, da Delegacia Geral de Polícia, exige, em seu art. 5.º, parágrafo único, que a decisão do delegado de polícia que determina o indiciamento seja fundamentada, devendo pormenorizar, com base nos elementos probatórios objetivos e subjetivos coligidos na investigação, os motivos de sua convicção quanto à autoria delitiva e à classificação da infração atribuída ao fato. De outro lado, o art. 103 da Instrução Normativa n. 1/1992 do Diretor do Departamento de Polícia Federal determina que "a indicição somente será procedida após colhidas as provas necessárias à comprovação da ocorrência e da autoria da infração". O TJSP já se manifestou pela necessidade de motivação, destacando que o indiciamento "não mais poderá ser realizado a esmo, subjetivamente, à míngua da minudente demonstração do seu pertinente liame fático e jurídico com os elementos probatórios coligidos nos autos de inquérito policial" (HC 412.328-3/7-00). E, em outro julgado, decidiu que, "sem antes ter sido efetuada qualquer outra colheita de prova que pudesse demonstrar, pelo menos, indícios de autoria dos fatos noticiados como criminosos", o indiciamento "constitui evidente coação ilegal por impedir o direito de defesa, pelo desconhecimento de quais provas levaram à convicção da necessidade do indiciamento" (TJSP, HC 341.206-3/9-00). No mesmo sentido: extinto TACrimSP, HC 353.606/3.

3.12. Incomunicabilidade do preso

O CPP, em seu art. 21, prevê a possibilidade de ser decretada a incomunicabilidade do preso. Todavia, a CR, em seu art. 136, § 3.º, IV, ao disciplinar o estado de sítio, veda, expressamente, a incomunicabilidade do preso. Ora, se mesmo no estado de sítio, em que há previsão de várias restrições de garantias fundamentais, não é possível decretar a incomunicabilidade do preso, no regime de normalidade institucional, com maior razão, não há que cogitar de incomunicabilidade.⁵⁰

Por outro lado, a Magna Carta assegura ao preso a "assistência da família e de advogado" (art. 5.º, LXIII), bem como que sua prisão seja comunicada imediatamente ao "juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada" (art. 5.º, LXII).

Em suma, o art. 21 do CPP não foi recepcionado pela Constituição de 1988.

3.13. Término do inquérito policial

O relatório, que é a peça final do inquérito policial, deve ser historiado, onde a autoridade policial relatará, de forma minuciosa, tudo o que tiver sido apurado (CPP, art. 10, § 1.º). No relatório não deverá haver juízo de valor sobre a culpabilidade e a antijuridicidade, mas apenas uma descrição objetiva dos fatos. A autoridade policial poderá sugerir, porém, uma classificação legal para os fatos, bem como representar pela decretação da prisão preventiva (CPP, art. 13, IV)⁵¹ ou medidas cautelares alternativas à prisão.

Com o relatório, a autoridade policial deverá remeter a juízo os objetos e instrumentos do crime apreendidos durante o inquérito (CPP, art. 11).

Em regra, o prazo para a conclusão do inquérito policial é de 10 dias, se o "indiciado tiver sido preso", e de 30 dias, se estiver solto (CPP, art. 10). Há, contudo, exceções em que são previstos prazos especiais para a conclusão do inquérito policial.

No âmbito da polícia federal, o art. 66, *caput*, da Lei 5.010/1966, prevê que o inquérito policial deverá estar concluído no prazo de 15 dias para o investigado preso, "podendo ser prorrogado por mais quinze dias, a pedido, devidamente fundamentado, da autoridade policial e deferido pelo Juiz a que competir o conhecimento do processo". Estando o investigado solto, e não havendo regra especial para a conclusão do inquérito, deve ser aplicada a regra geral do CPP, que prevê prazo de 30 dias.

Nos crimes de drogas também há prazo especial para a conclusão do inquérito policial. Na Lei 11.343/2006, no caso de investigado preso, o inquérito policial deve ser concluído no prazo de 30 dias; se o investigado estiver solto, o prazo será de 90 dias

50. Nesse sentido: Tourinho Filho, *Manual...*, p. 71; Mirabete, *Processo penal...*, p. 100; Nucci, *Código...*, p. 126. Em sentido contrário, pela manutenção da possibilidade de incomunicabilidade: Greco Filho, *Manual...*, p. 83; Damásio E. de Jesus, *Código...*, p. 25; Nogueira, *Comentários...*, p. 428-429; Dezem, *Curso...*, p. 133.

51. Nesse sentido: Greco Filho, *Manual...*, p. 81.

(art. 51, *caput*). Contudo, a autoridade policial poderá requerer ao juiz a duplicação de tais prazos (art. 51, parágrafo único). Em suma, no caso de investigado preso, o inquérito policial poderá durar até 60 dias.

Na Lei 7.960/1989, que institui a prisão temporária, o prazo de duração de tal prisão é de cinco dias, prorrogáveis por mais cinco (art. 2.º, *caput*). Todavia, a Lei dos Crimes Hediondos – que apresenta um rol de delitos muito semelhantes aos crimes que admitem a prisão temporária (Lei 7.960/1989, art. 1.º, III) – ampliou tal prazo para 30 dias prorrogáveis por mais 30 dias (Lei 8.072/1990, art. 2.º, § 3.º, posteriormente renumerado para § 4.º pela Lei 11.464/2007). Como a prisão temporária somente pode ser decretada durante o inquérito policial, é de concluir que, para os crimes hediondos, se os investigados estiverem presos temporariamente, o prazo de duração do inquérito policial será de 30 dias, prorrogáveis por mais 30 dias.⁵²

Houve, pois, uma quebra de coerência do sistema. O prazo de duração da prisão temporária, destinada a vigorar durante o inquérito policial, era de cinco dias prorrogáveis por mais cinco, isto é, um total de dez dias, pois este era o prazo de duração máxima do inquérito policial em caso de investigado preso. No entanto, com a ampliação do prazo total de prisão temporária para até 60 dias, é de concluir que, em tal caso, o inquérito policial também poderá durar 60 dias. De qualquer forma, a coerência será apenas parcial. Basta pensar na situação de coautoria em crime hediondo, em que um investigado seja preso em flagrante delito e o outro tenha decretada a sua prisão temporária. A investigação em relação ao primeiro deverá estar concluída em dez dias, enquanto para o segundo poderá durar até 60 dias! Tucci vai além e afirma: “(...) com efeito, norma esdrúxula e abusiva, afrontosa do devido processo legal na sua elaboração (*substantive due process of law*), choca-se, inclusive, com a própria legislação processual penal em vigor, num flagrante e inadmissível contraste com o sistema em que se insere...”⁵³

Retomando a questão do prazo normal de duração do inquérito policial, no caso de o investigado estar solto, se o fato for de difícil elucidação, vencido o prazo de 30 dias, a “*autoridade poderá requerer ao juiz a devolução dos autos, para ulteriores diligências...*” (CPP, art. 10, § 3.º). Há posicionamento, contudo, de que, diante da nova disciplina constitucional do Ministério Público, em especial o art. 129, VII, tal requerimento não poderia ser formulado ao juiz, e sim ao Ministério Público, que é o destinatário final do inquérito policial.⁵⁴

De qualquer modo, mesmo quem entende que o requerimento deve ser formulado ao magistrado, considera fundamental que o juiz abra vista ao Ministério Público para

52. Nesse sentido: Rangel, *Direito...*, p. 99.

53. Tucci, *Direitos e garantias...*, p. 261.

54. Nesse sentido: Prado, *Sistema acusatório...*, p. 175. Rangel (*Direito...*, p. 92) acrescenta: “O inquérito policial, hoje, tem um único endereço: o Ministério Público... O juiz deve afastar-se da persecução preparatória da ação penal e somente se manifestar quando for provocado para decretar qualquer medida cautelar”.

que se manifeste sobre a prorrogação do prazo. Cabe ao Ministério Público avaliar a necessidade ou não de tal prorrogação, bem como indicar eventuais diligências cuja realização entenda relevante. Além disso, mesmo que o inquérito não tenha sido concluído e a autoridade policial não tenha elaborado o relatório final, nada impede que o Ministério Público, entendendo já dispor de elementos necessários para a denúncia, ofereça-a imediatamente.

Por outro lado, independentemente da manifestação da autoridade policial, o Ministério Público, ao receber os autos do inquérito policial, poderá requerer a prorrogação do prazo se for necessária a realização de “novas diligências, imprescindíveis ao oferecimento da denúncia” (CPP, art. 16). Se a diligência for dispensável para caracterização da justa causa, o Ministério Público deverá oferecer a denúncia e requisitar a diligência, que será realizada durante a tramitação do processo. Na prática, contudo, tem sido comum a prorrogação do prazo do inquérito policial para a realização de diligências banais e desnecessárias ao oferecimento da denúncia.⁵⁵

Entretanto, mesmo no caso em que o Ministério Público alegue se tratar de “diligências indispensáveis”, não deve ser admitido o retorno dos autos à delegacia de polícia se o indiciado estiver preso preventivamente. Se para a decretação da prisão preventiva exige-se “prova da existência do crime e indício suficiente de autoria” (CPP, art. 312, *caput*), estando o investigado preso, é porque já existem elementos necessários para o oferecimento da denúncia, não podendo a diligência ser considerada “indispensável”. Isto não significa que, após o oferecimento da denúncia, nenhuma diligência policial possa ser requerida. Ao contrário, mesmo após a denúncia, o Ministério Público poderá requisitar a realização de diligências (CPP, art. 13, II), mas isto não deverá impedir o normal andamento da ação penal.

3.14. Arquivamento do inquérito policial

É vedado à autoridade policial arquivar diretamente o inquérito policial (CPP, art. 17), o que somente pode ser feito por determinação judicial (CPP, art. 18).⁵⁶

55. Para Silva Jardim (*Direito...*, p. 332), “não mais atuando o juiz no inquérito, descabe condicionar a devolução dos respectivos autos a qualquer requerimento do Ministério Público ao Poder Judiciário. Agora, a Promotoria de Investigação Penal determina a remessa do inquérito à delegacia de origem”. Em sentido mais amplo, Prado (*Sistema acusatório...*, p. 175) considera que, com exceção das medidas cautelares, qualquer forma de controle, pelo juiz, das diligências realizadas no inquérito, afronta ao princípio acusatório.

56. Rangel (*Direito...*, p. 70) entende que, diante do sistema acusatório, o Ministério Público determina o arquivamento do inquérito, em vez de simplesmente requerê-lo ao juiz. Cabe a este uma atividade fiscalizatória do princípio da obrigatoriedade da ação penal. Pelos mesmos fundamentos, Silva Jardim (*Direito...*, p. 334) entende “estarem revogados os dispositivos do Código de Processo Penal, que determinavam a atuação do juiz na fase persecutória do inquérito, salvo quando for postulada a sua atividade jurisdicional cautelar”.

O Ministério Público deverá fundamentar a sua manifestação pelo arquivamento do inquérito policial. Tanto assim que o art. 28 do CPP se refere às “razões invocadas” pelo Promotor de Justiça.⁵⁷

Diante do dever de fundamentação, não há que aceitar, portanto, o chamado **arquivamento implícito**, que ocorre quando o Ministério Público oferece denúncia, mas nela não inclui algum dos investigados (arquivamento implícito subjetivo) ou alguns dos fatos (arquivamento implícito objetivo), sem, contudo, manifestar-se expressamente sobre o arquivamento em relação a eles. Neste caso, deverá o juiz devolver os autos ao Ministério Público para que este se manifeste expressamente sobre o investigado ou sobre o fato não incluído na denúncia. Somente com a manifestação expressa do Ministério Público será viável a aplicação do art. 28 do CPP.⁵⁸

Discordando o juiz do pedido de arquivamento, deverá proceder na forma do art. 28 do CPP, remetendo os autos ao Procurador-Geral de Justiça, que terá três alternativas; (1) ele próprio oferecerá a denúncia; (2) designará outro Promotor de Justiça para oferecê-la; (3) insistirá no arquivamento.⁵⁹

O Procurador-Geral não poderá nomear para o oferecimento da denúncia o próprio Promotor de Justiça que se manifestou pelo arquivamento do inquérito policial. Isso violaria a independência funcional do promotor que já havia manifestado sua posição pelo arquivamento. Aliás, o art. 28 refere-se a “outro órgão do Ministério Público”.

O promotor que recebe do Procurador-Geral a incumbência de oferecer denúncia não pode deixar de fazê-lo, pois a decisão é do Procurador-Geral. Poderá, contudo, caso discorde de tal posição, por motivo de foro íntimo, declarar-se suspeito ou impedido.⁶⁰

57. Aliás, o art. 129, § 4.º, da CR, incluído pela Emenda Constitucional n. 45/2004, estabelece que: “Aplica-se ao Ministério Público, no que couber, o disposto no art. 93”, no qual se incluem a motivação das decisões judiciais e, por conseguinte, a motivação das manifestações do Ministério Público.

58. Nesse sentido: Silva Jardim, *Direito...*, p. 171; Tourinho Filho, *Manual...*, p. 161; Nucci, *Código...*, p. 144-145. Em sentido diverso, Rangel (*Direito...*, p. 181), embora considerando o arquivamento implícito “uma figura esdrúxula”, entende, com fundamento na Súmula 524 do STF, que não poderá haver nova denúncia, se não surgirem novas provas, pois, “se o MP errou ao valorar, não pode o indiciado pagar pelo erro do Estado. O princípio da segurança e da estabilidade das relações jurídicas impede que assim o faça”.

59. Uma vez mais, aqueles que propugnam pelo afastamento do juiz das atividades de investigação preliminar consideram que o art. 28 é incompatível com o sistema acusatório. Nesse sentido manifesta-se Prado (*Sistema acusatório...*, p. 179) que ainda acrescenta, com absoluta razão: “(...) acaso atendido o pleito judicial, manifestado pela discordância quanto ao pedido de arquivamento dos autos de investigação criminal, pedido este formulado pelo Promotor de Justiça, não há dúvida de que o acusado tem a temer pela tendenciosidade precocemente demonstrada pelo juiz, antes mesmo da dedução da ação penal”.

60. Nesse sentido: Greco Filho, *Manual...*, p. 88. Aliás, tal possibilidade de recusa nada mais é do que uma decorrência da independência funcional do promotor designado. Em sentido

Se o pedido ocorrer no âmbito da Justiça Federal, os autos deverão ser remetidos ao Procurador-Geral da República, para os fins do art. 28 do CPP.⁶¹ Cabe observar que, neste caso, o Procurador-Geral não decidirá sobre o arquivamento, devendo enviar os autos a uma das “Câmaras de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal”, responsável pelo cumprimento do art. 28 do CPP, segundo dispõe o art. 62, IV, da Lei Complementar n. 75/1993.

Nos casos de foro por prerrogativa de função, como a competência para o oferecimento da denúncia é do próprio Procurador-Geral de Justiça, se este entender que é caso de arquivamento, deverá pedi-lo, diretamente ao Tribunal, que não poderá negar o arquivamento.⁶²

Uma vez determinado seu arquivamento, a reabertura do inquérito policial somente poderá ocorrer se houver novas provas quanto à autoria ou à materialidade delitiva, nos termos do art. 18 do CPP. Ou seja, surgindo **notícia de novas provas**, será possível o **desarquivamento** do inquérito policial, para que a investigação tenha continuidade.

Por outro lado, nos casos em que houve arquivamento do inquérito policial, não se poderá intentar ação penal, com base naquele inquérito já arquivado, salvo se surgiram novas provas do crime ou de sua autoria. A Súmula 524 do STF dispõe que: “arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do Promotor de Justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas”. De qualquer forma, não será suficiente a prova nova sobre circunstâncias do crime, que não influenciem diretamente na existência do mesmo ou em sua autoria.

Em suma, não se deve confundir a necessidade de **notícia de novas provas**, para o **desarquivamento** do inquérito policial (CPP, art. 18), com a **necessidade de novas provas**, para o **oferecimento de denúncia**, nos casos em que o inquérito já fora anteriormente arquivado (Súmula 524 do STF).⁶³

Ou seja, uma vez arquivado o inquérito policial, a ação penal exige a descoberta efetiva de novas provas, o que normalmente ocorrerá em razão do **desarquivamento** do inquérito, diante da notícia de possibilidade de se obterem tais provas. Isso porque a decisão de arquivamento tem sua estabilidade condicionada ao estado em que foi proferida, ou *rebus sic stantibus*. Não há, pois, que cogitar de coisa julgada.

contrário, para Nucci (*Código...*, p. 142), em tal caso, o promotor designado não poderá se recusar a dar início à ação penal, por agir por delegação do Procurador-Geral.

61. O mesmo deverá ocorrer, com as devidas adaptações, no âmbito das demais Justiças. Assim, se o pedido de arquivamento foi formulado pelo Promotor de Justiça Eleitoral, os autos deverão ser remetidos ao Procurador Regional Eleitoral (CE, art. 357, § 1.º). No caso da Justiça Militar da União, os autos deverão ser encaminhados ao Procurador-Geral da Justiça Militar. Finalmente, no caso de pedido de arquivamento na Justiça Militar Estadual, os autos deverão ser enviados ao Procurador-Geral de Justiça.

62. Nesse sentido: Greco Filho, *Manual...*, p. 88; Nucci, *Código...*, p. 144; Rangel, *Direito...*, p. 171. Na jurisprudência: TJSP, Inq. n. 115.740-0/0, Inq. n. 116.066-0/1.

63. Nesse sentido: Silva Jardim, *Direito...*, p. 173; Rangel, *Direito...*, 2009, p. 204.

Há casos, porém, em que há que reconhecer que a decisão que determina o arquivamento do inquérito policial torna-se imutável, e impede, definitivamente, tanto o **desarquivamento** do inquérito policial, quanto a **propositura da ação penal**. Tem-se, neste caso, coisa julgada material ou, ao menos, um grau de imutabilidade da decisão de arquivamento que impede nova persecução penal pelo mesmo fato. Isso ocorre nas hipóteses em que o arquivamento não decorre de uma mera constatação de insuficiência de elementos de informação sobre a existência material do fato ou de sua autoria. Ao contrário, com base em uma reconstrução fática segura, a partir da investigação realizada, há um acerto da inexistência do crime – e não do fato – ou do poder de punir. Assim, nos casos em que se reconhece que os fatos investigados são atípicos,⁶⁴ ou estão acobertados por excludente de ilicitude, ou mesmo nas situações de extinção de punibilidade,⁶⁵ a decisão de arquivamento será imutável.

3.15. Vícios do inquérito policial

É afirmação corrente que os vícios do inquérito policial não se projetam e, muito menos, acarretam a nulidade da ação penal. O posicionamento, contudo, não pode ser aceito de forma absoluta.

Inicialmente, é de destacar que o inquérito policial é governado por um princípio de legalidade de seus atos. Assim, consequentemente, a ilegalidade de algum ato do inquérito policial acarretará a sua ineficácia enquanto ato do próprio inquérito (por exemplo, a lavratura do auto de prisão em flagrante sem que seja ouvido o condutor). Outro problema, porém, é definir a repercussão que esta ilegalidade do inquérito terá sobre a ação penal. Afirma a doutrina prevalecente que não haverá repercussão nenhuma e não haverá nulidade do processo por vício do inquérito.

A questão não é tão simples. Nos meios de obtenção de prova produzidos no inquérito policial, que necessitam de ordem judicial e que tenham sido praticados de forma viciada, a sua nulidade se projetará na ação penal. Uma interceptação telefônica realizada em investigação de crime punido com detenção, ou uma busca e apreensão domiciliar efetuada em residência diversa daquela constante do mandado, não poderão ser validamente consideradas no processo. Os elementos de informação colhidos em tais atos não poderão integrar o material probatório a ser valorado pelo juiz.

Por outro lado, mesmo em relação às provas irrepitíveis produzidas no inquérito policial, como o exame de corpo de delito, eventual vício impedirá que tal prova seja eficazmente valorada na ação penal. Seria o caso de um exame de corpo de delito rea-

64. Nesse sentido, no tocante à atipicidade da conduta: Mirabete, *Código...*, p. 118; Nucci, *Código...*, p. 123; Feldens e Schmidt, *Investigação criminal...*, p. 46. Na jurisprudência: STF, Pet n. 3.927/SP, Pet n. 3.943/MG, HC 83.346/SP, HC 84.156/MT, HC 80.560-4/GO; STJ, RHC 17.389/SE, RHC 18.099/SC, HC 27.574/RJ – RSTJ 195/40, RHC 9.118/RS.

65. Nesse sentido, quanto à extinção da punibilidade: Feldens e Schmidt, *Investigação criminal...*, p. 46; Nucci, *Código...*, p. 123. Na jurisprudência: STF, HC 84.235/RO; STJ, RHC 9.118/RS.

lizado por um único perito não oficial. Não haverá como, na ação penal, considerar que tal prova é apta a demonstrar a materialidade delitiva.

Somente no que diz respeito à simples colheita de fontes de prova (por exemplo, descobrir o nome de uma testemunha), para a posterior produção do meio de prova correspondente em juízo (oitiva da testemunha no processo), é que eventuais vícios dos atos de investigação não se projetarão na ação penal, pois nesta o meio de prova terá sido validamente produzido. Mesmo assim, é de se atentar para a vedação da obtenção de provas por meios ilícitos, inclusive no caso de provas derivadas. Em tais casos, havendo ilicitude (por exemplo, uma confissão obtida mediante tortura), a prova será inadmissível no processo.

No caso de interrogatório ou depoimento investigado, na fase de inquérito ou outro procedimento investigatório, se lhe for negado o direito de assistência de seu advogado, haverá, nos termos do novo inciso XXI do *caput* do art. 7.º do EOAB, acrescido pela Lei 13.245/2016, “nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente”. Evidente que, em tal caso, a nulidade do interrogatório ou depoimento policial se projetará para o subseqüente processo.

3.16. Valor probatório⁶⁶

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 a admissão dessa acusação e, eventualmente, para a decretação de alguma medida de natureza cautelar.⁶⁷

José Frederico Marques já ensinava que, “em face da Constituição, não há prova (ou como tal não se considera), quando não produzida contraditoriamente”.⁶⁸

Mais recentemente, a distinção foi acolhida com a nova redação do *caput* do art. 155 do CPP: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas” (destacamos). Houve, até mesmo, o cuidado terminológico de distinguir as “provas”, produzidas em contraditório judicial, dos “elementos informativos”, colhidos no inquérito policial.

Ainda que não exista uma regra expressa de exclusão dos elementos de informação colhidos no inquérito policial, tais dados não podem, exclusivamente, servir

66. Em linhas gerais, reproduz-se no presente item parte do artigo de Antonio Magalhães Gomes Filho e Gustavo Henrique Badaró, Prova e sucedâneos de provas.

67. Nesse sentido: Gomes Filho, *Direito à prova...*, p. 144, com ampla citação jurisprudencial na nota 34; Aury Lopes Jr., *Sistemas de investigação...*, p. 204-205.

68. Frederico Marques, *Elementos...*, v. 1, p. 194.