

2018 - 02 - 01

Curso de Processo Penal - Edição 2017

CAPÍTULO 6. INQUÉRITO POLICIAL E OUTRAS FORMAS DE INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

Capítulo 6. Inquérito Policial e Outras Formas de Investigação Preliminar

6.1. Investigação preliminar: noção e formas

Verificada a ocorrência de uma infração, várias são as possibilidades de apuração que se apresentam. Estas possibilidades não são excludentes, ou seja, pode haver mais de uma forma de investigação preliminar ao mesmo tempo para os mesmos fatos.

Assim, podemos destacar como formas de investigação preliminar as Comissões Parlamentares de Inquérito, as investigações feitas pelo Ministério Público tanto penais quanto as feitas por meio de inquérito civil, o termo circunstanciado, as investigações do Coaf e, também, o inquérito policial.

É importante que este conceito fique claro: várias são as formas de investigação preliminar e o inquérito policial é uma delas. Estas formas não se excluem podendo até mesmo haver mais de uma investigação preliminar sobre o mesmo fato ao mesmo tempo (pode haver, por exemplo, CPI e inquérito policial).

Isto não significa, contudo, que todas as medidas investigativas possam ser tomadas no âmbito de toda e qualquer investigação. Há medidas que estão submetidas à cláusula de reserva de jurisdição, o que significa dizer que somente podem ser tomadas pelo Poder Judiciário. Assim, por exemplo, a prisão preventiva, a prisão temporária, a interceptação telefônica e a busca e apreensão domiciliar são medidas submetidas à cláusula de reserva de jurisdição: somente podem ser determinadas pelo Poder Judiciário.

6.1.1. Investigação Preliminar por Comissão Parlamentar de Inquérito

As comissões parlamentares de inquérito estão previstas no art. 58, § 3.º, da CF: “As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores”.

Este artigo dá as características básicas da CPI:

- a) tem poderes de investigação próprios das autoridades judiciais;
- b) são criadas mediante requerimento de 1/3 dos membros da Câmara ou do Senado Federal;

- c) destinam-se à apuração de fato determinado;
- d) tem prazo determinado;
- e) suas conclusões são enviadas ao Ministério Público.

As CPIs tem poderes de investigação próprios das autoridades judiciais. Isso significa que as CPIs tem os seguintes poderes:

- a) Quebrar sigilo bancário, fiscal e de dados (inclusive dados telefônicos);
- b) Requisitar informações e documentos sigilosos diretamente às instituições financeiras ou através do Banco Central ou Comissão de Valores Mobiliários, desde que previamente aprovada a requisição pelo Plenário da CD, do Senado ou de suas respectivas CPIs;
- c) Ouvir testemunhas, sob pena de condução coercitiva;
- d) Ouvir investigados ou indiciados.

No entanto, há medidas que a CPI não pode realizar. Embora tenham poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, o Supremo Tribunal Federal entende que alguns poderes são exclusivos da autoridade judiciária, naquilo que convencionou-se chamar de cláusula de reserva jurisdicional. Vale dizer, são poderes que apenas os membros do Poder Judiciário possuem.

Estes poderes foram delimitados no MS 23.452/RJ, tendo por relator o Min. Celso de Mello, que estabeleceu que as CPIs não podem:

- a) Determinar a indisponibilidade de bens do investigado.
- b) Decretar a prisão preventiva (mas pode decretar prisão só em flagrante);
- c) Determinar interceptação telefônica;
- d) Determinar o afastamento de cargo ou função pública durante a investigação; e
- e) Decretar busca e apreensão domiciliar de documentos.

Destaca-se importante trecho deste mandado de segurança que, embora antigo, ainda baliza o funcionamento dos poderes instrutórios das CPIs:

“A Constituição da República, ao outorgar às Comissões Parlamentares de Inquérito ‘poderes de investigação próprios das autoridades judiciais’ (art. 58, § 3.º), claramente delimitou a natureza de suas atribuições institucionais, restringindo-as, unicamente, ao campo da indagação probatória, com absoluta exclusão de quaisquer outras prerrogativas que se incluem, ordinariamente, na esfera de competência dos magistrados e Tribunais, inclusive aquelas que decorrem do poder geral de cautela conferido aos juizes, como o poder de decretar a indisponibilidade dos bens pertencentes a pessoas sujeitas à investigação parlamentar. A circunstância de os poderes investigatórios de uma CPI serem essencialmente limitados levou a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal a advertir que as Comissões Parlamentares de Inquérito não podem formular acusações e nem punir delitos (RDA 199/205, rel. Min. Paulo Brossard), nem desrespeitar o privilégio contra a autoincriminação que assiste a qualquer indiciado ou testemunha (RDA 196/197, rel. Min. Celso de Mello – HC 79.244--DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence), nem decretar a prisão de qualquer pessoa, exceto nas hipóteses de flagrância (RDA 196/195, rel.

Min. Celso de Mello – RDA 199/205, rel. Min. Paulo Brossard)” (STF, MS 23.452/RJ, rel. Min. Celso de Mello, j. 16.09.1999).”

6.1.2. A investigação pelo Ministério Público

Outra forma de investigação preliminar que tem causado grande controvérsia é a chamada Investigação pelo Ministério Público. Trata-se da possibilidade de o Ministério Público investigar diretamente as infrações penais, sem que seja instaurado inquérito policial.

Há, basicamente, duas posições sobre a possibilidade de o Ministério Público investigar.

Para primeira posição, o MP não pode investigar na medida em que o art. 144, § 1.º, III, da CF conferiria exclusividade nas investigações para a Polícia Judiciária. Além disso, para os defensores desta posição, haveria violação do sistema acusatório na medida em que o MP é parte e não é isento como o é a autoridade policial.¹

Para os defensores da possibilidade de o MP investigar, os fundamentos vem no sentido de que a Lei 8.625/1993 e a LC 75/1993 confeririam poderes ao MP para investigar.²

Também para os defensores desta posição, a teoria dos poderes implícitos permitiria ao MP conduzir estas investigações. Esta teoria é criação da Suprema Corte dos EUA desenvolvidas nos casos *Macculloch vs. Maryland* e *Myers v. Estados Unidos US – 272 – 52, 118*.

Por esta teoria, sempre que a Constituição atribui determinada função a um órgão, implicitamente lhe dá os poderes para realizar sua missão. Aplicada ao caso da investigação pelo MP temos o seguinte raciocínio: o art. 129, I, da CF atribui a titularidade da ação penal para o MP, logo, implicitamente, poderá haver investigação para que realize sua missão constitucional.

Embora não haja lei específica no Brasil a regulamentar a atividade investigativa do Ministério Público,³ o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) regulamentou a investigação por meio de resolução. Trata-se da Res. 13/2006.⁴

No âmbito do STF, a questão está sendo discutida no RE 593.727/MG, cujo julgamento ainda não se encerrou. Até o presente momento o julgamento encontra-se da seguinte forma:

a) Favoráveis à investigação pelo MP – Ayres Brito, Joaquim Barbosa, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Luiz Fux;

b) Contra a investigação pelo MP – César Peluso, Ricardo Lewandowski.

Em 26.08.2014 os autos foram devolvidos para julgamento e em 25.03.15 foi requerida prioridade na tramitação do feito, tendo sido definitivamente julgado em 18.05.15 com reconhecimento da possibilidade de investigação pelo Ministério Público:

“O Tribunal, por maioria, negou provimento ao recurso extraordinário e reconheceu o poder de investigação do Ministério Público, nos termos dos votos dos Ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Rosa Weber e Cármen Lúcia, vencidos os Ministros Cezar Peluso, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, que davam provimento ao recurso extraordinário e reconheciam, em menor extensão, o poder de investigação do Ministério Público, e o Ministro Marco Aurélio, que dava provimento ao

recurso extraordinário e negava ao Ministério Público o poder de investigação. Em seguida, o Tribunal afirmou a tese de que o Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, art. 7.º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade? sempre presente no Estado democrático de Direito? do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa Instituição. Redator para o acórdão o Ministro Gilmar Mendes.” (STF, RE 593727/MG, Rel. Para o acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 18.05.15).”

De nossa parte entendemos que o tema merece maior reflexão, fugindo dos extremos. Se é verdade que entendemos que o Ministério Público pode produzir sua investigação fora do inquérito policial, também é verdade que entendemos que ela deva ser melhor regulamentada do que é nos termos atuais.

Por se tratar de ato administrativo, esta investigação precisa estar pautada estritamente no modelo constitucional do Estado Democrático de Direito e, infelizmente não é isso que a regulamentação atual mostra.

Assim, destaco a título de exemplo o art. 14 da Res. 13 do CNMP – Art. 14 O presidente do procedimento investigatório criminal poderá decretar o sigilo das investigações, no todo ou em parte, por decisão fundamentada, quando a elucidação do fato ou interesse público exigir; garantida ao investigado a obtenção, por cópia autenticada, de depoimento que tenha prestado e dos atos de que tenha, pessoalmente, participado.

Ora, nem mesmo em processo judicial ou inquérito policial tem-se tamanha extensão de sigilo, qual a razão de se admitir esta extensão na investigação pelo Ministério Público? É preciso, especialmente por não haver lei regulamentando esta investigação, que a resolução não dê margem a questionamentos de constitucionalidade, sob pena de ter sua própria legitimidade questionada.

Podemos organizar as diversas posições no seguinte quadro:

Fundamentos contrários à função investigatória do MP no inquérito policial	Fundamentos favoráveis à função investigatória do MP no inquérito policial
Atenta contra o sistema acusatório, pois a partir do momento em que se permite que o MP investigue, cria desequilíbrio entre a acusação e a defesa.	Teoria dos Poderes Implícitos – <i>implied powers doctrine</i> (Suprema Corte Americana – precedente de 1.819), a CF ao conceder uma atividade fim a um determinado órgão ou instituição, implícita e simultaneamente, concede a ele todos os meios necessários para alcançar aquele objetivo. Se a última palavra acerca de um fato criminoso cabe ao MP (art. 129, I, da CF), deve-se outorgar a ele, os meios para firmar seu convencimento.
A CF dotou o MP do poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial. A norma constitucional não possibilita que o MP realize e presida inquérito policial (art. 129,	Polícia Judiciária é polícia auxiliar do juiz, sendo de competência exclusiva da Polícia Federal. Não se confunde com Polícia

VIII, da CF). A atividade de investigação é exclusiva da Polícia judiciária.	Investigativa, que não é exclusivo da polícia. Se a Coaf e as CPIs podem investigar, o MP também poderia.
Falta de previsão legal e instrumento apto para uma investigação.	Procedimento investigatório criminal: é um instrumento de natureza administrativa e inquisitorial, instaurado e presidido por um membro do MP, com atribuição criminal, e terá como finalidade apurar a ocorrência de infrações penais, de natureza pública, fornecendo elementos para o oferecimento ou não da denúncia (Res. 13 do Conselho Nacional do MP).

6.1.3. A investigação no Juizado Especial Criminal

O Juizado Especial Criminal é competente para a apuração das infrações de menor potencial ofensivo que, nos termos do art. 61 da Lei 9.099/1995, são:

- a) os crimes com pena máxima não superior a 2 anos, cumulada ou não com multa;
- b) as contravenções penais (aqui, independentemente da pena fixada).

No sistema do Juizado Especial Criminal não há investigação preliminar por meio de inquérito policial. A investigação preliminar no sistema do Jecrim se dá pelo chamado Termo Circunstanciado.

O Termo Circunstanciado é uma forma mais simples de investigação preliminar não seguindo as formalidades do inquérito policial.⁵ O Termo Circunstanciado é regulamentado no art. 69 da Lei 9.099/1995 que dispõe: “A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisições dos exames periciais necessários”.

6.1.4. Inquérito Civil

O inquérito civil é uma forma de investigação preliminar prevista na Lei 7.347/1985. Trata-se de uma forma de investigação preliminar presidido por Promotor de Justiça. Durante a investigação o promotor poderá requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis.

Caso entenda, esgotadas todas as diligências, que inexistam fundamentos para a propositura da ação civil, o promotor promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente.

Neste caso, os autos do inquérito civil ou das peças de informação arquivadas serão remetidos, sob pena de se incorrer em falta grave, no prazo de 3 (três) dias, ao Conselho Superior do Ministério Público.

6.1.5. A investigação defensiva

Modernamente tem surgido em alguns países a chamada investigação defensiva, ou seja, a investigação que é levada a cabo pela defesa. Trata-se de investigação privada que é

desenvolvida pelo defensor do imputado. Não se trata unicamente de participação do imputado na investigação nos moldes do art. 14 do CPP. Trata-se de forma mais ampla de atuação.

Entre nós, André Augusto Machado Mendes é uma das maiores autoridades no assunto e em sua obra define a investigação defensiva como “procedimento investigatório realizado pelo defensor do imputado, em qualquer momento da persecução penal, com o eventual auxílio de assistentes técnicos, apartado dos autos da investigação pública, com o objetivo de reunir elementos favoráveis a seu cliente”.⁶

Trata-se de expediente comum no Direito Norte-Americano e no Direito Italiano (a investigação defensiva na Itália foi criada pela Lei 397/2000),⁷ embora em cada um destes países os contornos legais sejam distintos.

6.2. As várias polícias existentes no Brasil e suas funções

O sistema de segurança pública brasileiro é traçado a partir do art. 144 da CF que estabelece que a segurança pública é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos.

Ainda estabelece que a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio é exercida pelos seguintes órgãos:

“I – polícia federal

II – polícia rodoviária federal;

III – polícia ferroviária federal

IV – polícias civis

V – polícias militares e corpos de bombeiros militares.”

Apesar da existência destes vários órgãos, é possível que classifiquemos as diversas polícias em dois grandes grupos, conforme a função que cada polícia exerça:⁸

a) Polícia administrativa:⁹ é a atividade que tem caráter preventivo. O escopo da polícia administrativa é evitar a prática da infração penal, visando a garantia da ordem pública e a pacificação da ordem social. Assim, esta é a função primordial da Polícia Militar que com suas constantes rondas pelas cidades busca evitar a prática do crime.

b) Polícia judiciária: é a que possui uma atuação reativa, pois desenvolve seu papel após a prática do crime. Sua função é investigar o crime, colher os subsídios necessários para que haja a elucidação do crime com o fornecimento de indícios suficientes de autoria e prova da materialidade a fim de que possa ser oferecida a acusação¹⁰ (é atividade típica, por exemplo, da Polícia Civil que atua logo após a prática do crime).

É crescente no mundo o movimento pela desmilitarização da polícia, havendo até mesmo recomendação da ONU neste sentido. É preciso repensar o modelo investigativo criminal no Brasil e é chegada a hora de discutir, sem corporativismos, se precisamos mesmo manter tantas e diversas polícias.

6.2.1. Polícia Federal

A Polícia Federal tem seu regime traçado pela Constituição Federal (art. 144, § 1.º) e pela Lei 10.446/2002. Segundo a CF, a polícia federal, instituída por lei como órgão

permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

“I) apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

II) prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

III) exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;

IV) exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.”

No caso das infrações que tenham repercussão interestadual ou internacional e exijam repressão uniforme, a regulamentação é dada pela Lei 10.446/2002. Em primeiro lugar é importante notar que o simples fato de haver intervenção da Polícia Federal não necessariamente gera a mudança de competência para a Justiça Federal.

Isso porque a lei que cuida da intervenção da Polícia Federal não afeta a competência, de forma que pode a Polícia Federal investigar crimes de competência da Justiça Estadual.

É importante que o leitor tenha isso claro em mente: por força da Lei 10.446/2002, pode acontecer de a Polícia Federal investigar crimes que sejam da competência da Justiça Estadual sem que haja contudo modificação da competência jurisdicional para o julgamento do caso, ou seja, sem que o processo seja remetido para a Justiça Federal. Neste sentido já definiu o STJ:

“1. Nos termos do artigo 144, § 1º, da Constituição Federal e do artigo 1º da Lei 10.446/2002, as atribuições da Polícia Federal não se confundem com as hipóteses de competência criminal da Justiça Federal, sendo certo que as primeiras são bem mais amplas do que as últimas. 2. No caso dos autos, a Polícia Federal instaurou inquérito para apurar a suposta prática de delitos contra o meio ambiente, não havendo que se falar em nulidade do procedimento inquisitorial por se estar diante de fatos que seriam de competência da Justiça Estadual, uma vez que, ainda que após o seu encerramento se conclua que os ilícitos não seriam de competência do Juízo Federal, a simples possibilidade de os danos provocados pelo aterro clandestino repercutirem interestadualmente, ou mesmo afetarem os interesses da União, legitima as investigações realizadas. Precedentes.” (STJ, RHC 68900/SP, rel. Min. Jorge Mussi, j. 02.08.2016)”

Quanto às possibilidades de intervenção temos duas hipóteses distintas:

a) Hipóteses do caput do art. 1.º – Quando houver repercussão interestadual ou internacional que exija repressão uniforme, poderá o Departamento de Polícia Federal do Ministério da Justiça, sem prejuízo da responsabilidade dos órgãos de segurança pública arrolados no art. 144 da CF, em especial das Polícias Militares e Cíveis dos Estados, proceder à investigação, dentre outras, das seguintes infrações penais:

I) sequestro, cárcere privado e extorsão mediante sequestro (arts. 148 e 159 do CP), se o agente foi impelido por motivação política ou quando praticado em razão da função pública exercida pela vítima;

II) formação de cartel (incs. I, a, II, III e VII do art. 4.º da Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990); e

III) relativas à violação a direitos humanos, que a República Federativa do Brasil se comprometeu a reprimir em decorrência de tratados internacionais de que seja parte; e

IV) furto, roubo ou receptação de cargas, inclusive bens e valores, transportadas em operação interestadual ou internacional, quando houver indícios da atuação de quadrilha ou bando em mais de um Estado da Federação.

b) Hipóteses do parágrafo único –O parágrafo único estabelece cláusula de abertura que torna possível à Polícia Federal investigar crimes fora do rol do *caput*, desde que haja repercussão interestadual ou internacional que exija repressão uniforme e, também, que esta atuação da Polícia Federal seja autorizada ou determinada pelo Ministro de Estado da Justiça.

A diferença fundamental entre as hipóteses do parágrafo único e do *caput* está na atuação do Ministro da Justiça. Enquanto para os crimes do *caput* não há necessidade de intervenção do Ministro da Justiça, nas hipóteses do parágrafo único esta intervenção se faz necessária, seja por meio de autorização, seja por meio de determinação.

No entanto surge importante questionamento: qual a consequência para os atos de investigação ou mesmo para o processo da realização desta investigação sem autorização ou determinação do Ministro da Justiça nas hipóteses do parágrafo único do art. 1.º?

Do ponto de vista funcional os agentes deverão responder administrativamente pela violação funcional ocorrida nas respectivas corregedorias. No entanto e para o processo? Para os elementos de investigação colhidos, haverá alguma consequência?

Não me parece que no âmbito processual haja qualquer consequência pela falta desta determinação ou autorização do Ministro da Justiça. Ora, esta necessidade de autorização não possui razões ligadas ao processo. Suas razões são ligadas tão somente à racionalização do serviço e ao controle estatal da própria instituição.

Assim, por não haver qualquer razão processual que exija a autorização ou requisição do Ministro da Justiça, não há que se falar em nulidade ou ilicitude da investigação neste caso. Não há, seja na doutrina, seja na jurisprudência, manifestações sobre esta questão.

6.2.2. Demais polícias

Quanto à Polícia Civil, tem função precípua de polícia judiciária, possuindo atribuição residual em relação à Polícia Federal e à Polícia Militar. Em seu art. 144, a CF diz que às polícias civis dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

Já a Polícia Militar realiza como função principal a função de polícia administrativa. Nos casos envolvendo crime militar a Polícia Militar terá função de polícia judiciária, investigando tais crimes através do inquérito policial militar. Quanto aos crimes militares federais, são investigados pelas Forças Armadas.

Quanto à Polícia Rodoviária Federal, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais. Já a Polícia Ferroviária Federal destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais.

6.3. Inquérito policial

6.3.1. Noção e natureza jurídica

O inquérito policial é uma das formas de investigação preliminar. Majoritariamente é entendido como procedimento administrativo voltado para a apuração do fato criminoso e de sua autoria.¹¹

A finalidade do inquérito policial é fornecer elementos para que a acusação possa promover a ação penal.¹² Estes elementos estão relacionados tanto com a autoria quanto com a materialidade.

Quanto à natureza jurídica, há três posições sobre o inquérito policial:

a) primeira posição vê o inquérito policial como procedimento administrativo. Trata-se da posição majoritária.

b) segunda posição vê o inquérito policial como processo.

c) terceira posição entende que o inquérito não é processo, por não haver relação jurídica processual e também entende que não é procedimento, pois não há sequência de atos pré-definidos que caracterizam um procedimento.¹³

A doutrina italiana usa a expressão procedimento penal em sentido estrito para designar as investigações preliminares e procedimento penal em sentido amplo para designar o conjunto destas investigações somado ao processo.¹⁴

6.3.2. Características

O inquérito policial possui várias características. Estas características embora não sejam exclusivas do inquérito permitem sua melhor identificação. Vejamos cada uma delas.

6.3.2.1. Procedimento escrito

O inquérito policial é escrito, conforme dispõe o art. 9.º do CPP: “Todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade”.

É importante notar que esta característica deve ser contextualizada. O CPP é de 1941, período em que a tecnologia não estava tão ligada à vida das pessoas ou mesmo à investigação como é hoje.

Desta forma, embora o CPP determine que o inquérito seja escrito isso não significa que todos os elementos de informação nele contidos devam ser reduzidos por escrito. Desta forma, a interceptação telefônica, a captação ambiental de imagens e sons e outros meios de investigação não precisam, necessariamente, serem reduzidos a termo.

É possível sustentar a aplicação do art. 405, § 1.º, do CPP no âmbito do inquérito policial. Ou seja, poderá haver flexibilização da incidência deste artigo para permitir que a autoridade policial grave os depoimentos das testemunhas durante o inquérito policial.

Por outro lado, é possível sustentar posição em contrário com base no princípio da legalidade estrita. Ora, tendo em vista que o inquérito policial tem cunho administrativo, e está regulado pelo princípio da legalidade estrita, desta forma, somente pode ser feito aquilo que estiver expressamente autorizado pela lei.

Seja qual posição que se adote, o fato é que há necessidade de regulamentação deste procedimento, seja por parte dos órgãos de direção da Polícia Judiciária, seja por parte do Poder Judiciário por meio de sua corregedoria ou do Conselho Nacional de Justiça.

6.3.2.2. Procedimento sigiloso

Para falar em sigilo, é necessário que se fale em seu oposto, ou seja, deve-se falar em publicidade.

A regra no sistema brasileiro é a publicidade, seja pela Constituição Federal, seja pelo Pacto de São José da Costa Rica, seja pelo próprio Código de Processo Penal. Vejamos as regras contidas em cada um destes ordenamentos:

a) CF – art. 5.º, XXXIII: “Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”;

b) CF – art. 5.º, LX: “A lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”;

c) CF – art. 93, 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”;

d) Pacto de São José da Costa Rica – art. 8.º, 5: “O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça”.

e) CPP – art. 792: “As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados. § 1.º Se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes. § 2.º As audiências, as sessões e os atos processuais, em caso de necessidade, poderão realizar-se na residência do juiz, ou em outra casa por ele especialmente designada”.

f) CPP – art. 20: “A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”.

Como se vê das regras acima apresentadas, a publicidade é o padrão adotado pelo sistema processual brasileiro. Portanto, em regra, deverá ser sempre assegurada a publicidade dos atos em geral. É certo que a única norma acima transcrita que trata do inquérito é a constante do art. 20 do CPP, mas o raciocínio que se faz é: se para o processo a regra é a publicidade, então para o inquérito esta também deve ser a regra.

No entanto, a publicidade pode ser restringida, e daí passa-se a falar em sigilo. O sigilo nada mais é do que a restrição da publicidade. Pode haver dois tipos de sigilo:

a) sigilo interno – consiste na limitação da informação a determinado sujeito da investigação. Normalmente a publicidade é limitada ao investigado.

b) sigilo externo – consiste na limitação da informação para o público externo, para a sociedade em geral.

O art. 20 do CPP tem por destinatário o público em geral. Vale dizer: o art. 20 cuida do sigilo externo, limitando o acesso da sociedade em geral aos atos da investigação.

Já o sigilo interno é exceção em nosso sistema. Em regra não poderá haver limitação do acesso das partes aos atos da investigação. Isto vem garantido pelas regras acima apresentadas e, também, pelo disposto no Estatuto da OAB, que assegura o direito de acesso aos autos ao advogado conforme se vê do art. 7.º, XIII, XV, XVI e § 1.º (Estatuto da OAB, Lei 8.906/1994).

No entanto, há situações em que o sigilo interno deve incidir. Estas situações referem-se normalmente à figura do advogado e de seu defensor, seja constituído, dativo ou mesmo defensor público.

São situações ligadas à natureza da medida tomada ou então à própria cautelaridade do ato a justificar que se restrinja o acesso de uma das partes aos atos de investigação sob pena de perda de sua eficácia.

Ora, quando se tem interceptação telefônica em andamento, é evidente que não pode ser permitido o acesso do investigado à medida, vale dizer, não pode o investigado saber da existência da interceptação telefônica sob pena de simplesmente ela perder a eficácia, na medida em que ninguém, em sã consciência, usaria um telefone sabendo que ele está grampeado.

Da mesma forma, quando se defere busca e apreensão na residência do investigado, não se pode permitir que ele saiba que os policiais irão até sua residência sob pena de o acusado destruir todas as provas e fontes de prova que seriam encontradas com a medida.

No entanto, a restrição ao sigilo interno é medida excepcional. Tanto assim que fora editada a Súmula Vinculante 14 pelo STF com o seguinte teor: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

Esta súmula deve ser entendida de maneira ampla, de forma que podemos extrair algumas regras:

- a) a regra é que o sigilo interno não alcance o defensor
- b) o defensor poderá ter acesso amplo aos elementos de prova que afetem os interesses do representado
- c) este acesso é garantido unicamente aos elementos de prova já documentados.

No que se refere ao comentário do tópico “b”, a crítica é evidente: quem decidirá o que é de interesse do representado? Pela atual sistemática esta deliberação caberá ao delegado de polícia e por isso mesmo os delegados de polícia devem agir sempre conscientes de sua missão de investigação e, ao mesmo tempo, de proteção constitucional.

O próprio STF já entendeu que a Súmula Vinculante 14 assegura o acesso às informações relativas ao próprio investigado e não a terceiros:

“ I – O direito assegurado ao indiciado (bem como ao seu defensor) de acesso aos elementos constantes em procedimento investigatório que lhe digam respeito e que já se encontrem documentados nos autos, não abrange, por óbvio, as informações concernentes à decretação e à realização das diligências investigatórias, mormente as que digam respeito a terceiros eventualmente envolvidos” (STF, ED no HC 94.387/RS, j. 06.04.2010, rel.

Min. Ricardo Lewandowski).”

“*Processo – Acesso a peças – Definição pela defesa técnica – Verbete Vinculante 14 da súmula do Supremo – Descompasso não configurado.* Fica longe de implicar o desrespeito ao teor do Verbete Vinculante 14 da Súmula do Supremo – “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa” – decisão no sentido de a parte, a defesa técnica, ante inúmeros volumes e diversos acusados, indicar as peças do processo a serem copiadas, viabilizando-se, até mesmo, a entrega de mídia alusiva a gravação” (STF, Rcl 13.215, j. 23.04.13, rel. Min. Marco Aurélio).”

Esta opção do STF, com a devida vênia, parece muito equivocada. Ora, se há mais de um investigado no mesmo inquérito é porque vislumbrou-se aí forma de conexão e continência e os dados relativos a um investigado podem afetar o outro. Daí porque a limitação apresentada pelo STF mostra-se incompreensível.

Quanto ao tópico “c”, é importante notar o caso da interceptação telefônica. A interceptação telefônica somente é documentada quando se encerra. Desta forma, enquanto não encerrada a interceptação telefônica não poderá ser documentada e não poderá a defesa ter acesso a ela.

Há muita crítica a este dispositivo da Súmula Vinculante 14 por parte da OAB e de movimentos de defesa por força da colocação do termo “documentado”. Parece-nos, contudo, que em princípio o STF agiu corretamente. Com efeito, a defesa terá seu direito assegurado de manifestação, apenas não pode exercê-lo enquanto a interceptação telefônica está em andamento. Ora, como já dito no primeiro capítulo, é preciso que sejam compatibilizados a eficiência e o garantismo, sob pena de termos um processo penal míope.

Caso haja violação da Súmula Vinculante 14, três são as oportunidades reconhecidas de atuação:

a) Reclamação ao Supremo Tribunal Federal – a reclamação consiste em manifestação do direito de petição e deve ser feita diretamente ao STF, podendo haver pedido de liminar. Será tratada diretamente no capítulo dos recursos e ações autônomas impugnativas.

b) Mandado de Segurança – o mandado de segurança poderá ser impetrado diretamente ao juiz criminal para assegurar o acesso aos autos do inquérito policial. Sobre o mandado de segurança veja o capítulo referente aos recursos e ações autônomas impugnativas.

c) *Habeas Corpus* – controversa é a possibilidade de utilização do HC unicamente com o fito de ter acesso aos autos do inquérito policial. A doutrina tem rejeitado esta possibilidade, mas a jurisprudência tem aceito. De se notar, contudo, que nas vezes em que o STF analisou este tipo de HC a pretensão sempre vinha com outros pedidos típicos de HC (temas relativos à prisão e liberdade, por exemplo).

Houve importante alteração no Estatuto da OAB, que conferiu claros direitos ao advogado previstos no art. 7.º. São eles: a) 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

b) 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.

Estes dois incisos cuidam de direitos do advogado, mais do que direito do investigado, são direitos do advogado para o exercício de sua profissão. Há, é certo, possibilidade de crítica de algum exagero nos direitos acima reconhecidos.

Por exemplo, quando o inciso XIV estabelece que pode consultar os autos ainda que conclusos com a autoridade. Esta reação legal somente existe porque, infelizmente, houve na prática cotidiana a prática por maus profissionais de negarem o direito ao advogado se escudando na alegação de que os autos estavam conclusos com a autoridade.

Em vez de extremismos equivocados o que o sistema precisa para aprimoramento é de racionalidade. Certamente com a adoção do inquérito policial digital haverá melhora e facilitação do exercício profissional de todos aqueles envolvidos no inquérito.

Já no inc. XXI é importante notar que a nulidade ali indicada não gera a contaminação dos atos do processo. Ainda prevalece a máxima de que vícios do inquérito não contaminam a ação penal. A nulidade de que nos fala o inciso é a nulidade dos atos praticados no inquérito que violem o inciso. Ainda subsiste o dogma de que os vícios do inquérito não contaminam a ação penal.

No entanto, esta fala precisa ser vista com ressalvas: se estes elementos de investigação forem os únicos constantes dos autos, não haverá justa causa para a ação penal, de forma que deverá o juiz deverá rejeitar a denúncia nos termos do art. 395, III, do CPP.

Por fim, como visto acima, entende-se prevalentemente que o Ministério Público pode investigar. Ora, sendo possível a investigação pelo MP, não há motivo algum para não estender esta Súmula Vinculante 14 também aos procedimentos afetos ao MP, especialmente com a mudança do Estatuto da OAB acima mencionado. Entendeu-se neste sentido que é possível ter acesso a termo de colaboração premiada no que se referir aos fatos relacionados com o investigado:

“A Segunda Turma, por maioria, negou provimento a agravo regimental em reclamação em que se pretendia a obtenção de acesso a termos de colaboração premiada colhidos em sede de investigação criminal. No caso, a autoridade reclamada obstará acesso ao reclamante — denunciado em ação penal — quanto a termos relativos a fatos não relacionados à inicial acusatória. Entretanto, permitira acesso no que se refere ao termo no qual fundada a denúncia. Sustentava-se ofensa ao Enunciado 14 da Súmula Vinculante (“É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”). O Colegiado assinalou que esse enunciado sumular assegura ao defensor legalmente constituído o direito de acesso às provas já produzidas e formalmente incorporadas ao procedimento investigatório, excluídas, conseqüentemente, as informações e providências investigatórias ainda em curso de execução e, por isso, não documentadas no próprio inquérito ou processo judicial. Lembrou que o conteúdo dos depoimentos pretendidos pelo reclamante, embora posteriormente tornado público e à disposição, encontrava-se, à época do ato reclamado, submetido a sigilo. Assim, enquanto não instaurado formalmente o inquérito acerca dos fatos declarados, o acordo de colaboração e os correspondentes depoimentos estariam sujeitos a estrito regime de sigilo. Instaurado o inquérito, o acesso aos autos é restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao

delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações. Assegura-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento. Entendeu, ademais, que seria recomendável não julgar o pleito prejudicado porque, entre o pedido do reclamante e o levantamento do sigilo, vários atos processuais teriam sido praticados. Dessa forma, a prejudicialidade poderia implicar a anulação de vários desses atos. Vencido o Ministro Dias Toffoli, que julgava prejudicado o agravo. Reputava que o termo de colaboração em debate já fora disponibilizado, tendo em vista não estar mais sob sigilo, razão pela qual não haveria mais interesse processual.” (STF, Rcl 22009 AgR/PR, rel. Min. Teori Zavascki, j. 16.02.2016)”

6.3.2.3. Procedimento indisponível

O inquérito policial é indisponível e isso significa que a autoridade policial não pode arquivar os autos do inquérito como dispõe o art. 17 do CPP: “A autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito”.

Uma vez iniciado o inquérito policial, não poderá a autoridade policial determinar o arquivamento, ainda que se trate de fato atípico. O arquivamento é determinado pelo juiz a pedido do Ministério Público.

6.3.2.4. Procedimento obrigatório

O inquérito policial é obrigatório para a autoridade policial. Isso significa que, sendo narrado em tese fato típico e antijurídico, a autoridade policial tem o dever funcional de instaurar o inquérito policial.

Não se pode confundir esta obrigatoriedade com outros temas similares:

a) apesar de obrigatório para a autoridade policial, se ela entender que é o caso, ela pode indeferir o pedido de abertura do inquérito policial (veja no tópico referente à abertura do inquérito policial maiores explicações quanto a isso);

b) o inquérito policial é obrigatório para a autoridade policial, mas dispensável para a ação penal. Ou seja, pode haver ação penal sem que haja inquérito policial, conforme se verá no próximo tópico.

6.3.2.5. Procedimento dispensável

Dizer que o inquérito policial é dispensável significa reconhecer que poderá haver ação penal sem que antes tenha havido inquérito policial, conforme se depreende dos arts. 12, 39, § 5.º e 46, § 1.º, todos do CPP.

Para que seja oferecida a denúncia ou queixa-crime é preciso que haja indícios suficientes de autoria e prova da materialidade (prova da existência do crime). Estes elementos não precisam ser provados, necessariamente, com o inquérito policial.

Assim, pode haver prova destes elementos por meio de outros elementos, como é o caso de sindicâncias, processos administrativos ou até mesmo com o relatório recebido pelo Promotor Público de uma Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI).

6.3.2.6. Caráter discricionário da investigação

Quando se discutiu a natureza jurídica do inquérito policial apresentou-se a crítica aos

que chamam o inquérito de procedimento. Os que criticam a natureza de procedimento do inquérito dizem que não há sequência de atos rígida a ser observada.

Daí porque se fala do caráter discricionário da investigação: a autoridade policial não é obrigada a seguir sequência predeterminada de atos. Afinal, não haveria sentido mesmo em se engessar a investigação que, no mais das vezes, não ostenta necessariamente linhas comuns.

É dizer: cada investigação é única, e por isso que a autoridade policial deve realizar os atos na sequência que melhor lhe parecer para o esclarecimento dos fatos. É de se notar que o art. 6.º do CPP apresenta uma série de atos que não são de observância obrigatória na sequência lá apresentada pelo Código.¹⁵

6.3.2.7. Caráter inquisitivo

Vimos em capítulo anterior que o sistema processual penal é acusatório. Ou seja, há separação entre as funções de acusar, defender e julgar. Da mesma forma, o processo é público, com contraditório e ampla defesa.

No entanto, o inquérito policial não é acusatório, mas inquisitivo.¹⁶ Com isso, três características são apontadas pela doutrina: a) não há separação de funções; b) não há ampla defesa; c) não há contraditório.

Assim a jurisprudência reconhece de maneira pacífica o caráter inquisitivo do inquérito policial e, então, assevera que eventuais vícios nele ocorridos não contaminam a ação penal como se vê do seguinte acórdão:

“2. Da mesma forma, a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça consolidou-se no sentido de que eventuais máculas na fase extrajudicial não tem o condão de contaminar a ação penal, dada a natureza meramente informativa do inquérito policial. (STJ, AgRg no RHC 72.127/DF, rel. Min. Jorge Mussi, j. 23.08.2016)”

Apesar da posição pacífica da jurisprudência, esta afirmativa que antes se mostrava segura e isenta de exceções tem sofrido atenuação pela legislação ao longo dos anos. Daí porque hoje entendemos que se mostra mais adequado falar que o inquérito policial é inquisitivo mas de maneira atenuada.

Destacamos três elementos que atenuam este caráter inquisitivo do inquérito policial e nos fazem reconhecer que o inquérito policial está em mudança, não se podendo apontar ainda com a necessária clareza o que virá destas modificações:

a) direito de acesso aos autos do inquérito policial (Súmula Vinculante 14);

b) necessidade de contraditório prévio como regra das medidas cautelares pessoais, de forma que o investigado precisa, como regra, ser intimado sobre o pedido de imposição de medida cautelar pessoal (art. 282, § 3.º, do CPP).

É importante notar que as modificações legislativas ocorridas no art. 7.º do Estatuto da OAB, notadamente nos incs. XIV e XXI não alteraram a natureza do inquérito policial de inquisitivo para contraditório.

Como já dito acima na parte relativa ao sigilo, os direitos reconhecidos no art. 7.º são do advogado e não do investigado. Fossem estes direitos do investigado, isso significaria dizer que todos os investigados tem este direito, mesmo aqueles que não contratem advogado e aí seria necessário que se indicasse advogado a estes investigados.

Não foi este o intento do legislador. O que pretendeu ele garantir foi o direito que o advogado que atua na investigação preliminar tem, ou seja, como dito, direito do advogado e não direito do investigado.

É comum ouvir que o “único inquérito que possui contraditório é o inquérito para a expulsão do estrangeiro”. É preciso que sejam evitadas indesejadas simplificações sob pena de empobrecimento do fenômeno jurídico.

A expulsão está regulamentada basicamente por duas normas: Lei 6.815/1980 (Estatuto do Estrangeiro, nos arts. 65 a 75) e Dec. 86.715/1981 (Decreto que regulamenta o Estatuto do Estrangeiro, arts. 100 a 109).

Valério Mazzuoli a define como a “(...)medida repressiva por meio da qual um Estado retira do seu território (impedindo que a este retorne) o estrangeiro que, de alguma maneira, ofendeu e violou as regras de conduta ou as leis locais, praticando atos contrários à segurança e à tranquilidade do Estado, ainda que neste tenha ingressado de forma regular”.¹⁷

A expulsão poderá se dar, a teor do art. 65 do Estatuto do Estrangeiro nas seguintes hipóteses:

“a) estrangeiro que, de qualquer forma, atentar contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a tranquilidade ou moralidade pública e a economia popular, ou cujo procedimento o torne nocivo à conveniência e aos interesses nacionais.”

b) estrangeiro que “praticar fraude a fim de obter a sua entrada ou permanência no Brasil” (parágrafo único, *a*);

c) estrangeiro que “havendo entrado no território nacional com infração à lei, dele não se retirar no prazo que lhe for determinado para fazê-lo, não sendo aconselhável a deportação” (parágrafo único, *b*);

d) estrangeiro que “entregar-se à vadiagem ou à mendicância” (parágrafo único, *c*);

e) estrangeiro que “desrespeitar proibição especialmente prevista em lei para estrangeiro” (parágrafo único, *d*).

A expulsão é determinada exclusivamente pelo Presidente da República, que pode delegar ao Ministro da Justiça. Na verdade hoje, em regra, a expulsão é determinada pelo Ministro da Justiça pois houve decreto da Presidência da República delegando a ele esta função.

Para que possa haver a expulsão, a verificação de suas hipóteses é feita por meio de um procedimento regulamentado no Dec. 86.715/1981. Este procedimento é chamado de inquérito.

Este inquérito é instaurado por meio de portaria (art. 103) e o expulsando será notificado da instauração do inquérito e do dia e hora fixados para o interrogatório. O interrogatório somente poderá ser feito com antecedência mínima de 2 dias úteis da data da notificação (§ 1.º).

“Comparecendo, o expulsando será qualificado, interrogado, identificado e fotografado, podendo nessa oportunidade indicar defensor e especificar as provas que desejar produzir” (§ 4.º).

Estabelece o decreto que “será nomeado defensor dativo, ressalvada ao expulsando a

faculdade de substituí-lo, por outro de sua confiança:

I – se o expulsando não indicar defensor;

II – se o indicado não assumir a defesa da causa;

III – se notificado, pessoalmente ou por edital, o expulsando não comparecer” (§ 6.º e incisos).

Ainda, (...) “ao expulsando e ao seu defensor será dada vista dos autos, em cartório, para a apresentação de defesa no prazo único de seis dias, contados da ciência do despacho respectivo” (§ 7.º). “Encerrada a instrução do inquérito, deverá ser este remetido ao Departamento Federal de Justiça, no prazo de doze dias, acompanhado de relatório conclusivo” (§ 8.º).

“Recebido o inquérito, será este anexado ao processo respectivo, devendo o Departamento Federal de Justiça encaminhá-lo com parecer ao Ministro da Justiça, que o submeterá à decisão do Presidente da República, quando for o caso” (art. 105).

Da singela leitura do procedimento acima indicado fica claro que este inquérito para a expulsão de estrangeiro não tem natureza jurídica de inquérito policial, mas de verdadeiro processo administrativo.¹⁸ De inquérito possui apenas o nome.

Então, retomando a crítica inicial: o inquérito para a expulsão de estrangeiro exige contraditório, mas este inquérito não tem natureza jurídica de investigação mas, em verdade, de processo administrativo.

6.3.2.8. Caráter oficial

Para o inquérito policial vale a regra da oficialidade. Isso significa dizer que o inquérito policial é presidido por Delegado de Polícia que tenha sido investido no cargo por meio de concurso público.

6.3.2.9. Caráter oficioso

A autoridade policial deve atuar de ofício em se tratando de crime de ação penal de iniciativa pública incondicionada. Assim, verificado que se trata de crime desta natureza, a autoridade policial tem o dever de instaurar de ofício o inquérito policial e promover todas as diligências necessárias para a solução do caso.

Nos crimes de ação penal de iniciativa pública condicionada ou de iniciativa privada, não poderá a autoridade policial instaurar de ofício o inquérito policial sem que haja requerimento do ofendido ou de seu representante legal (caso seja hipótese de o ofendido ter representante legal, como no caso da vítima incapaz).

No entanto, dada a autorização para a instauração do inquérito policial a autoridade policial deve realizar todas as diligências de ofício, sem necessidade de nova autorização do ofendido ou de seu representante legal. Atua, então, como se fosse hipótese de crime de ação penal de iniciativa pública incondicionada.

6.3.3. Finalidade do Inquérito Policial

A finalidade do inquérito policial consiste na apuração de elementos que indiquem a autoria do fato criminoso e também a comprovação da ocorrência deste fato criminoso.

Com os elementos apurados durante a investigação o titular da ação penal poderá

promover a acusação contra aqueles que foram investigados e contra os quais recaíram os elementos de convicção do inquérito.¹⁹

Assim, a finalidade do inquérito policial consiste em fornecer subsídios para que o *dominus litis* exerça sua função, ou seja, oferecer elementos para que o Ministério Público ou o querelante promova a denúncia ou queixa contra o investigado.

6.3.4. A presidência do Inquérito Policial

Presidir o inquérito policial significa deter a atribuição para a sua condução. Ou seja, a presidência do inquérito policial consiste na atribuição que se tem para determinar os rumos da investigação, determinando-se a colheita das mais variadas espécies de provas.

A presidência do inquérito policial é da autoridade policial, ou seja, do Delegado de Polícia. Nem mesmo o MP possui a presidência do inquérito como já definiu o Superior Tribunal de Justiça:

“O órgão ministerial possui legitimidade para proceder, diretamente, à colheita de elementos de convicção para subsidiar a propositura de ação penal, só lhe sendo vedada a presidência do inquérito, que compete exclusivamente à autoridade policial” (STJ, HC 190.146/MG, 5.ª T., j. 04.09.2012, rel. Min. Laurita Vaz).”

Há uma hipótese em que o inquérito policial não é presidido pela autoridade policial. Trata-se do inquérito policial nas hipóteses em que haja investigado com prerrogativa de função nos crimes cometidos por magistrados. Estas hipóteses estão regidas pela LC 35/1979 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional) e Lei 8.038/1990 (arts. 1.º a 12).

É importante notar que nos casos envolvendo autoridades com prerrogativa de função somente poderá ser instaurado, nos casos envolvendo portaria, por meio de autorização judicial. No entanto, caso seja violada esta disposição o próprio STF entende que não haverá qualquer invalidade na prova produzida desde que esta prova não precise de autorização judicial como é o caso da prova testemunhal.

Neste sentido vejamos abaixo trechos de acórdão do STF:

“A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal afirma que o inquérito policial somente pode ser instaurado por portaria contra autoridade com prerrogativa de foro após autorização judicial, não se aplicando o art. 5.º do CPP.”

Provas dessa ordem são pouco agressivas à intimidade do investigado [prova testemunhal]. Em verdade, são consideravelmente menos agressivas do que a própria abertura da investigação.

Além disso, a produção de provas em fase de inquérito busca subsidiar a acusação. As provas podem ser refeitas ou submetidas à contraprova durante a ação penal. Salvo casos em que haja fundadas razões para crer que a produção de provas teve como finalidade afastar, por via transversa, a supervisão judicial da investigação, não há sentido em exigir a repetição da produção da prova.

No caso concreto, a autoridade policial instaurou o inquérito policial em desfavor do embargante em 2008, época na qual já era deputado federal, sem solicitar autorização judicial. Fez constar da portaria que o investigado era deputado estadual – fl. 2.

Os elementos levam a crer que a autoridade incorreu em equívoco. Não há razão para

acreditar que a indicação errada do cargo tivera o propósito de prejudicar o parlamentar. Após a colheita do primeiro depoimento, os autos foram encaminhados ao Tribunal Regional Eleitoral de Roraima – até então, estava em investigação crime eleitoral (fl. 145). Tinha-se que esse era o tribunal competente para supervisionar o inquérito, partindo do pressuposto equivocado de que o investigado era parlamentar estadual.” (STF, Edecl no Inquérito 2952/RR, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 10.03.15)

“E a ementa deste caso é ainda mais esclarecedora: “2. Inquérito instaurado contra autoridade com prerrogativa de foro, sem observância da competente supervisão judicial. Salvo casos em que haja fundadas razões em desvio de finalidade, não são ilícitas as provas que independem de autorização judicial para produção” (STF, Edcl no Inquérito 2952/RR, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 10.03.15).

O art. 33, parágrafo único, da Lei Orgânica da Magistratura estabelece que “quando, no curso de investigação, houver indício da prática de crime por parte do magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao Tribunal ou órgão especial competente para o julgamento, a fim de que prossiga na investigação”.

Os regimentos internos dos diversos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais estabelecem que haverá o sorteio de um desembargador que presidirá o inquérito policial contra o magistrado.

Entendemos que esta disposição da Lei Orgânica da Magistratura Nacional não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988. Ao determinar que o relator será o Presidente do Inquérito Policial a determinação claramente viola o sistema acusatório, concentrando nas mesmas pessoas as funções de investigar e julgar.

Melhor seria se os Tribunais Estaduais e Federais adequassem seus regimentos internos ao sistema acusatório, fazendo como o Regimento Interno do STF. Nele, o relator atua no inquérito como o juiz de primeiro grau: somente para o controle do prazo do inquérito e para a tomada de medidas cautelares.

De qualquer forma é admitida a validade do dispositivo do art. 33 da LOMAN e tanto assim que o STJ entende que o prosseguimento da investigação criminal em que surgiu indício da prática de crime pelo magistrado depende unicamente do relator e não de deliberação do órgão especial:

“O prosseguimento da investigação criminal em que surgiu indício da prática de crime por parte de magistrado não depende de deliberação do órgão especial do tribunal competente, cabendo ao relator a quem o inquérito foi distribuído determinar as diligências que entender cabíveis. O parágrafo único do art. 33 da LOMAN (“Quando, no curso de investigação, houver indício da prática de crime por parte de magistrado, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá os respectivos autos ao Tribunal ou órgão especial competente para o julgamento, a fim de que prossiga na investigação”) não autoriza concluir, pelo seu conteúdo normativo, ser necessária a submissão do procedimento investigatório ao órgão especial tão logo chegue ao tribunal competente, para que seja autorizado o prosseguimento do inquérito. Trata-se, em verdade, de regra de competência. No tribunal, o inquérito é distribuído ao relator, a quem cabe determinar as diligências que entender cabíveis para realizar a apuração, podendo chegar, inclusive, ao arquivamento. Cabe ao órgão especial receber ou rejeitar a denúncia, conforme o caso, sendo desnecessária a sua autorização para a instauração do inquérito judicial, segundo a jurisprudência do STF.” (STJ, HC 208.657-MG, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 22.04.14)

6.3.5. O valor probatório do inquérito

A finalidade precípua do inquérito policial é a de fornecer elementos para que a acusação possa formar sua *opinio delicti* oferecendo denúncia ou queixa quando presentes indícios suficientes de autoria e prova da materialidade.²⁰

A finalidade primeira do inquérito policial não é a de fornecer provas para que o magistrado possa fundamentar sua sentença. No entanto, isso não significa que o magistrado não possa usar o inquérito policial para fundamentar sua sentença. O magistrado pode usar o inquérito para fundamentar sua decisão, desde que não o faça de maneira exclusiva.

Esta questão vem disciplinada no art. 155 do CPP que diz: “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”.

Vários são os destaques que devem ser feitos a respeito deste artigo.

Em primeiro lugar, ele positiva o que já se encontrava na jurisprudência: a decisão do magistrado pode se fundamentar no inquérito policial, desde que esta não seja sua única base para a decisão.

Daí o sentido do termo “exclusivamente”: pode usar o inquérito na sentença, mas não pode fazê-lo de maneira exclusiva, ou seja, esta não pode ser a única referência.

Contudo, uma advertência se faz necessária: a utilização dos elementos de convicção do inquérito utilizados na sentença deve estar em consonância com os elementos de prova colhidos em juízo.

É comum que o estudante pergunte: mas como saber se o juiz não está utilizando outros elementos e simplesmente não os indicando em sua decisão? A pergunta é válida e correta e para resposta adequada, o inquérito não deveria acompanhar a denúncia, diversamente do que ocorre hoje.

Hoje o inquérito policial acompanha a denúncia e o magistrado tem acesso a todo o material nele produzido. Não nos parece adequado, pois a prova produzida longe do contraditório não é prova.

Pelo sistema atual a jurisprudência tem permitido o uso de elementos de convicção do inquérito policial em conjunto com provas colhidas em juízo para a condenação do acusado:

“2. O art. 155 do Código de Processo Penal não impede que o juiz, para a formação de seu convencimento, utilize elementos de informação colhidos na fase extrajudicial, desde que se ajustem e se harmonizem à prova colhida sob o crivo do contraditório judicial.” (STF, HC 125035/MG, Rel. Min. Dias toffoli, j. 10.02.15)”

É de se observar que o próprio artigo excepciona a regra inicial e estabelece que o juiz poderá fundamentar exclusivamente sua decisão nos elementos do inquérito policial quando se tratar de provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

O problema está em tentar delimitar o que seriam provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Esta diferenciação não é simples, especialmente porque a origem do art. 155 está no Código de Processo Penal Italiano.

Muitas das explicações apresentadas para diferenciar estas três categorias não tocam no âmago da questão e no que realmente as diferencia. São apresentados conceitos sem

maior reflexão que acabam por confundir o aluno.

Pois o fato que deve ficar bem claro é que estes três termos efetivamente são muito próximos e, muitas vezes, uma prova encontra-se em mais de uma das categorias apresentadas.

Começemos pelas provas antecipadas. Falar em prova antecipada significa que ela está sendo antecipada em relação a algo. Vale dizer: a prova é antecipada quando produzida antes do seu momento próprio, do seu momento previsto no procedimento.

Então, imagine que uma testemunha esteja gravemente enferma, prestes a morrer. Ora, nesta situação nada mais natural que seja antecipado seu depoimento para que as informações sejam válidas.

Nesta situação, deverá ser nomeado defensor dativo (ou intimado o defensor constituído caso o suspeito tenha nos autos do inquérito policial constituído defensor) para que a prova seja válida.

Ao ler o exemplo acima o leitor pode pensar que se trata de exemplo de prova cautelar e está correto sua análise. Trata-se, também, de exemplo de prova cautelar.

A prova cautelar se apresenta sempre que houver risco de perecimento da prova. No caso, como a testemunha poderá falecer, há necessidade de antecipação desta prova por força da cautelaridade.

Por fim, a prova não repetível é aquela, como o próprio nome diz, que não poderá ser refeita no futuro. Não se trata propriamente de prova cautelar, mas está mais ligada aos chamados meios de obtenção de prova que serão vistos no capítulo relativo à prova.

Assim, pense-se na interceptação telefônica. Caso não seja feita naquele momento específico do inquérito policial, por exemplo, não poderá ser repetida no futuro à evidência.

Há outros autores que possuem diferentes noções para estes institutos, mas quer nos parecer que, analisados desta forma, ficam mais claros e de fácil compreensão por todos.

6.4. Início do inquérito policial

O início do inquérito policial vai depender do tipo de ação penal prevista para o crime cujo inquérito se deseja iniciar. Assim, conforme a ação penal seja pública incondicionada, ou condicionada, ou de iniciativa privada o início se dará de variadas formas.

O art. 5.º do CPP estabelece as formas de instauração do inquérito policial, no entanto o rol ali constante não é exaustivo, pois não contempla outros mecanismos de instauração do inquérito. Em geral, o inquérito policial poderá ser instaurado pelos seguintes mecanismos:

- a) *notitia criminis*
- b) requisição
- c) portaria
- d) auto de prisão em flagrante.

6.4.1. Notitia criminis

A *notitia criminis* é uma das formas de início do inquérito policial para os crimes de ação penal pública. Trata-se do conhecimento pela autoridade policial de um fato delituoso.

Quanto à classificação da *notitia criminis* temos:²¹

a) *notitia criminis* de cognição imediata ou espontânea – ocorre quando a autoridade policial toma conhecimento dos fatos por meio de suas atividades rotineiras. Nestes casos a autoridade policial não é provocada por qualquer pessoa.

b) *notitia criminis* de cognição mediata ou provocada – ocorre quando a autoridade policial toma conhecimento do fato por meio de um expediente escrito (requisição, representação do ofendido etc.). Segundo Frederico Marques ela é “(...) o ato jurídico com que alguém dá conhecimento a um dos órgãos da *persecutio criminis*, ou à autoridade com funções investigatórias, da prática de fato delituoso.”²²

c) *notitia criminis* de cognição coercitiva – ocorre quando a autoridade policial toma conhecimento do fato pela apresentação do acusado preso em flagrante.²³

Ainda dentro das classificações, há outras três que são de importante conhecimento:

a) *Delatio criminis* – Trata-se de uma espécie de *notitia criminis* caracterizada pela comunicação de uma infração penal à autoridade policial feita por terceiro que não a vítima ou seu representante legal.²⁴

b) *Delatio criminis* postulatória – Trata-se da representação nos crimes que a exigem.

c) *Delatio criminis* inqualificada – Trata-se da *notitia criminis* que não possui identificação, ou seja, daquela vulgarmente conhecida como “denúncia anônima”.

6.4.1.1. Delatio criminis inqualificada e a instauração do inquérito policial

Discute-se se a denúncia anônima permitiria a instauração de inquérito policial por parte da autoridade policial. A discussão existe fundamentalmente porque a Constituição Federal veda o anonimato no art. 5.º, IV: “É livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”.

Tanto o STF quanto o STJ possuem o mesmo entendimento. A instauração do inquérito policial baseada tão somente em denúncia anônima não é possível, mas é possível que a autoridade policial faça diligências e, a partir delas, caso encontre algum elemento que justifique, poderá instaurar o inquérito policial.²⁵

Nesse sentido temos:

“IV – Na linha dos precedentes desta Corte, “embora não possa servir como parâmetro único da persecução penal, a delatio criminis anônima pode servir para dar início às investigações e colheitas de elementos acerca da possível prática de infração penal, de sorte a posteriormente e de forma fundamentada desencadear medidas cautelares de maior peso” (HC 297.144/RJ, 6.ª T., rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 23.02.2015)”. (STJ, RHC 64.425/SP, rel. Min. Felix Fischer, j. 07.04.2016)”

E também no caso do STF:

“A Turma, de início, reafirmou o entendimento da Corte no sentido de que notícias anônimas não autorizam, por si sós, a propositura de ação penal ou mesmo, na fase de investigação preliminar, o emprego de métodos invasivos de investigação, como

interceptação telefônica ou busca e apreensão. Entretanto, elas podem constituir fonte de informação e de provas que não pode ser simplesmente descartada pelos órgãos do Poder Judiciário. Assim, assentou a inexistência de invalidade na investigação instaurada a partir de notícia crime anônima encaminhada ao MPF. Destacou que em um mundo no qual o crime torna-se cada vez mais complexo e organizado, seria natural que a pessoa comum tivesse receio de se expor ao comunicar a ocorrência de delito. Daí a admissibilidade de notícias crimes anônimas. Nas investigações preliminares, ao se verificar a credibilidade do que fora noticiado, a investigação poderia prosseguir, inclusive, se houvesse agregação de novas provas e se preenchidos os requisitos legais, com o emprego de métodos especiais de investigação ou mesmo com a propositura de ação penal, desde que, no último caso, as novas provas caracterizassem justa causa. Elementos probatórios colhidos pelas autoridades policiais teriam constatado a inexistência de registro de bens, imóveis e veículos ou qualquer propriedade em nome dos sócios constantes no contrato social de empresa cujos lançamentos tributários eram expressivos, o que poderia caracterizar não serem os reais proprietários. Na situação dos autos, fora a interceptação telefônica que revelara os indícios da prática de crimes mais relevantes. Não haveria que se falar, portanto, em utilização indevida da notícia crime anônima, cujo tratamento observara a jurisprudência do STF. Ademais, a investigação e a persecução penal teriam prosseguido com base nas provas colacionadas a partir dela e não com fulcro exclusivo nela. De igual forma, as diligências mais invasivas, como a interceptação telefônica, só foram deflagradas após a colheita de vários elementos probatórios que corroboravam o teor da notícia anônima e que, por si só, autorizavam a medida investigatória.”. (STF, HC 106152, rel. Min. Rosa Weber, j. 29.03.2016) Entendemos acertada esta orientação dos tribunais superiores. O anonimato deve ser tomado com muita cautela, pois pode dar azo à atuação dos covardes que possuem interesses escusos nas falsas imputações contra terceiros de forma a macular a sua honra. Por outro lado, há situações em que o anonimato é a única medida possível, sendo que a exposição acaba por colocar em risco a própria vida do denunciante. Daí porque o equilíbrio encontrado pelos tribunais superiores é louvável. “

6.4.2. Requerimento do ofendido ou de seu representante legal

O requerimento do ofendido²⁶ (ou de seu representante legal, quando o ofendido for incapaz) é uma das formas de instauração do inquérito policial prevista no art. 5.º, II, do CPP. Este requerimento não exige formalidades, muito embora o art. 5.º, § 1.º, do CPP estabeleça que, sempre que possível deverá conter:

“a) a narração do fato, com todas as circunstâncias;

b) a individualização do indiciado ou seus sinais característicos e as razões de convicção ou de presunção de ser ele o autor da infração, ou os motivos de impossibilidade de o fazer;

c) a nomeação das testemunhas, com indicação de sua profissão e residência.”

O termo “indiciado” constante da letra *b* não foi usado em sentido técnico pelo código. O indiciamento só ocorre após iniciado o inquérito policial, daí porque o termo “indiciado” não tem cabimento no momento do pedido de abertura do inquérito policial. Mais técnico seria se o Código usasse a expressão “suspeito”.

Caso o ofendido seja incapaz (ou pela idade ou por qualquer outra forma de incapacidade do Código Civil), então o legitimado ativo para fazer o requerimento é o representante legal (ou, caso o crime seja de ação penal de iniciativa pública, qualquer do povo).

6.4.3. Requisição do Juiz ou do Ministério Público

O Juiz ou o Promotor, no âmbito de suas funções, podem determinar a instauração de inquérito policial. É preciso que o leitor tome cuidado e deixe bem claro em seus conhecimentos: esta regra somente tem incidência caso o juiz ou o promotor requisitem a instauração do inquérito policial por força de conhecimento de fato havido no âmbito de sua atuação profissional.

Caso o juiz ou promotor tenham contato com o fato criminoso fora de sua atuação profissional, poderão apresentar *delatio criminis*, como qualquer do povo, mas não terá força de requisição.

A requisição está prevista no art. 5.º, II, do CPP que estabelece que nos crimes de ação pública o inquérito será iniciado mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público.

Há posições que sustentam que esta possibilidade de requisição pela autoridade judiciária e mais o disposto no art. 40 do CPP não teriam sido recebidos pela Constituição Federal de 1988.

Para os defensores desta posição, permitir que o magistrado requirite a instauração de inquérito policial iria de encontro ao sistema acusatório, que seria ferido de morte com esta possibilidade.²⁷

Com o devido respeito, parece-nos que o sistema acusatório não é ferido com a possibilidade de o magistrado requisitar a instauração de inquérito policial. Longe disso, trata-se de ação que visa possibilitar maiores esclarecimentos sobre aquilo que, em tese, possa ser visto como crime.

O problema se dá quando o sistema permite que este mesmo juiz que tenha requisitado a instauração de inquérito policial possa julgar o processo que se originou de sua requisição.

Aí sim temos violação do sistema acusatório. O juiz que requisitou a instauração do inquérito policial não pode julgar os processos que se originaram desta requisição.

Portanto entendemos que não viola o sistema acusatório a possibilidade de o juiz requisitar a instauração de inquérito policial, desde que este mesmo juiz seja impedido de julgar processos que se originem de sua requisição.

6.4.4. Diferença entre requisição e requerimento

Ambas as formas de instauração do inquérito policial diferenciam-se em relação à conduta da autoridade policial em relação a estes pedidos.

Em princípio, em se tratando de requisição, a autoridade policial tem o dever funcional de instaurar o inquérito policial e, em se tratando de requerimento, a autoridade policial tem maior discricionariedade para indeferir a abertura do inquérito policial.²⁸

Vale dizer: enquanto a requisição é ordem, o requerimento é um pedido. O primeiro, em princípio, não pode deixar de ser cumprido, já o segundo pode.

Digo em princípio, pois é possível, em caráter excepcional, que a autoridade policial deixe de instaurar inquérito policial mesmo em se tratando de requisição da autoridade judicial ou do Ministério Público.

Ora, foi dito acima que a requisição é uma ordem. Logo, caso se trate de ordem manifestamente ilegal a autoridade policial não só poderá, mas deverá não cumprir a ordem, deixando de instaurar o inquérito policial.²⁹

É evidente que, na vida diária, este tipo de conduta pode gerar algum mal estar entre a autoridade policial e a autoridade judicial ou o promotor. No entanto, caso a ordem seja manifestamente ilegal a autoridade policial tem, em seu favor, todo o sistema jurídico e, para agir corretamente, deverá fundamentar os motivos de sua recusa por escrito em ofício resposta para a autoridade requisitante. Da mesma forma, deverá comunicar sua corregedoria e o delegado seccional para que tenham ciência do ocorrido.

Mas, para que a autoridade policial possa ter esta conduta, é preciso que fique claro: somente em casos de ordens manifestamente ilegais poderá assim agir. Caso a ordem não desponte de plano ilegal, então não poderá a autoridade policial recusar seu cumprimento.

6.4.5. Auto de prisão em flagrante

O art. 5.º do CPP não menciona expressamente o auto de prisão em flagrante como forma de instauração do inquérito policial. Apesar desta omissão, o auto de prisão em flagrante é uma das formas de instauração do inquérito policial.

Caso a autoridade policial lavre o auto de prisão em flagrante, então este auto de prisão em flagrante será a peça inaugural do inquérito policial.

6.4.6. De ofício – Portaria

A autoridade policial poderá instaurar inquérito policial de ofício a teor do art. 5.º, I, do CPP. Neste caso, é importante que se entenda que não há necessidade de comprovação plena de autoria e materialidade no momento da instauração do inquérito policial como já decidiu o STJ:

“2. Quanto ao ponto, é imperioso destacar que, consoante o disposto no art. 5.º do CPP, para que seja instaurado inquérito policial basta que o delegado tome conhecimento da prática de uma infração criminal, não sendo necessário, neste momento, que haja provas ou indícios cabais do ilícito e de sua autoria, o que certamente será apurado ao longo das investigações e da instrução processual, em caso de instauração de ação penal” (HC 143.499/SP, j. 27.03.2012, rel. Min. Jorge Mussi).”

6.4.7. Início do inquérito policial nos crimes de ação penal pública condicionada e ação penal de iniciativa privada

Nos tópicos anteriores fizemos menção a hipóteses de instauração do inquérito policial nos crimes de ação penal de iniciativa pública incondicionada, ou seja, aqueles crimes em que não há necessidade de qualquer intervenção do ofendido para o início da persecução.

No entanto, quando se tratar de ação penal de iniciativa pública condicionada à representação, requisição do Ministro da Justiça ou ação penal de iniciativa privada, há necessidade de ambas.³⁰

Assim, o art. 5.º, §§ 4.º e 5.º do CPP estabelece: “§ 4.º O inquérito, nos crimes em que a ação pública depender de representação, não poderá sem ela ser iniciado. § 5.º Nos crimes de ação privada, a autoridade policial somente poderá proceder a inquérito a requerimento de quem tenha qualidade para intentá-la”.

Nestes casos, normalmente o estudante se depara com a seguinte dúvida: mas e nos casos de prisão em flagrante ou requisição do juiz ou promotor, pode haver instauração de inquérito policial nestas hipóteses?³¹

Ora, nesta situação somente poderá haver a instauração do inquérito policial caso haja expressa autorização do ofendido ou de seu representante legal, seja em um caso, seja em outro.

Segunda confusão que existe (esta mais comum) é a confusão feita entre os termos “requisição do Ministro da Justiça” e “requisição do Juiz ou Promotor”. Ora, uma não se confunde com a outra.

A requisição do Ministro da Justiça é condição de procedibilidade e equivale à representação nos crimes de ação penal condicionada à requisição do Ministro da Justiça, sem a qual não poderá ser iniciado o inquérito policial (vale dizer, para alguns crimes o legislador exige representação, para outros requisição do Ministro da Justiça). Já a requisição do Juiz ou do Promotor é ordem com a finalidade de instauração de inquérito policial.

6.4.8. O princípio da obrigatoriedade e a instauração do inquérito policial

Como dito anteriormente, uma das características do inquérito policial é sua obrigatoriedade. Ou seja, em princípio feita a *notitia criminis* a autoridade policial tem o dever funcional de instaurar o inquérito policial.

No entanto, esta obrigatoriedade pode ser mitigada seja nos casos de requerimento do ofendido seja nos casos envolvendo requisição do juiz ou do promotor.

A autoridade policial poderá indeferir o requerimento do ofendido para a abertura de inquérito policial caso, por exemplo, entenda que o fato narrado pelo ofendido seja atípico.

Nesta situação do indeferimento caberá recurso para o chefe de polícia. Trata-se de recurso administrativo, ou seja, recurso que não se encontra previsto no Código de Processo Penal mas nas leis dos respectivos estados.

Esta mesma observação vale para questionar quem é o chefe de polícia. Cada Estado tem a organização da sua polícia e da sua segurança pública. Assim, cada Estado define quem é o chefe de polícia.

Quanto ao indeferimento da requisição, vale o que foi dito no tópico 4.4 quando se discutiu a diferença entre requisição e requerimento de instauração do inquérito policial: apenas em situações excepcionais em que haja ordem manifestamente ilegal é que poderá a autoridade policial deixar de atender a requisição.

6.5. Desenvolvimento do inquérito policial

O Código de Processo Penal não estabelece sequência obrigatória a ser observada pela autoridade policial no curso do inquérito policial. Nem teria mesmo sentido que assim o fizesse, na medida em que ela deve ter discricionariedade para seguir o melhor caminho para cada investigação, conforme as necessidades do caso concreto.

Assim, o disposto no art. 6.º do CPP estabelece um rol de condutas a serem tomadas, mas não necessariamente na ordem ali contida:³²

“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;

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, [do Código de Processo Penal], 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 contribuïrem 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

6.5.1. Reprodução simulada dos fatos

A reprodução simulada dos fatos também conhecida como reconstituição consiste no refazimento simulado do ato criminoso para verificar se a infração pode ter sido praticada de determinada forma. Segundo o art. 7.º do CPP poderá ser feita a reprodução desde que não haja contrariedade à moralidade ou à ordem pública.

Ambos os conceitos, moralidade e ordem pública, são de difícil precisão. Devem ser avaliados pela autoridade policial ou judicial com muita cautela e, em especial, a questão da moralidade. Deve-se tentar buscar equilíbrio na definição do que seja moralidade de forma a preservar os direitos individuais tanto do indiciado quanto da vítima, sem contudo afetar sobremaneira a eficácia da investigação.

No âmbito dos tribunais superiores alguns temas tem sido objeto de atenção pelo STF e pelo STJ.

Já se entendeu que a realização de reprodução simulada dos fatos após o encerramento do inquérito policial sem que houvesse qualquer pedido das partes não viola o devido processo legal:

“2. Alegada nulidade do processo, aos seguintes argumentos: a) ilegalidade do interrogatório policial, efetivado no curso da ação penal, meses após o recebimento da denúncia; b) Elaboração, pelo instituto de criminalística, de laudo contendo a reprodução simulada dos fatos, sem qualquer solicitação da Defesa ou determinação do Ministério

Público ou do Juízo, quando já havia sido concluído o inquérito e a ação penal encontrava-se em estado adiantado. 3. Não ocorrência. 4. Ordem denegada” (HC 98.660/SP, j. 29.11.2011, rel. Min. Gilmar Mendes).”

A reprodução simulada pode ser determinada pela autoridade policial ou pelo juiz, mas, neste último caso, o pedido de reprodução simulada tem que ser feito em bases sólidas e claras sob pena de indeferimento:

“1. A reprodução simulada de fatos, nos termos do art. 7.º do CPP, tem por objetivo verificar a possibilidade de haver a infração sido praticada de determinado modo, bem como sanar eventuais dúvidas acerca da autoria do delito. 2. De acordo com o art. 184 do CPP, ‘salvo o caso de exame de corpo de delito, o juiz ou a autoridade policial negará a perícia requerida pelas partes, quando não for necessária ao esclarecimento da verdade’. O texto legal refere-se ao juízo de conveniência tanto da autoridade policial, quanto do magistrado, no que tange à relevância, ou não, da prova resultante da diligência requerida. Assim, não cabe ao Superior Tribunal de Justiça aferir, em lugar do magistrado, a importância da prova para o caso concreto. Precedentes. 3. Recurso ordinário a que se nega provimento” (STJ, RHC 28.286/RJ, j. 17.04.2012, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze).”

O suspeito ou indiciado não é obrigado a colaborar de maneira ativa com a reprodução simulada dos fatos. Parcela da doutrina entende que pode ser determinado seu comparecimento ao ato,³³ mas o STF tem entendido que nem mesmo de maneira passiva pode ser determinado seu comparecimento ao ato:

“c) o direito de se recusar a participar, ativa ou passivamente, de procedimentos probatórios que lhe possam afetar a esfera jurídica, tais como a reprodução simulada (reconstituição) do evento delituoso e o fornecimento de padrões gráficos ou de padrões vocais para efeito de perícia criminal” (HC 96.219/SP, j. 23.06.09, rel. Min. Celso de Mello).”

6.5.2. Prazo para a conclusão do inquérito

O princípio da razoável duração do processo previsto no art. 5.º, LXXVIII, da CF tem incidência ampla, seja na fase processual seja na fase do inquérito policial.

E é justamente por isso que o inquérito policial possui prazos que devem ser respeitados.³⁴ Estes prazos variam conforme os tipos de inquérito policial que existam. Podemos organizá-los da seguinte forma:

Natureza	Preso	Solto
Regra Geral – Art. 10	10 dias	30 dias
Justiça Federal – Art. 66 Lei 5.010/1966	15 dias – pode ser prorrogado por mais 15	30 dias
Tóxicos – Art. 51 Lei 11343/2006	30 dias – pode ser duplicado	90 dias
Inquérito Militar	20 dias	40 dias
Lei 1.521/1951, Art. 10, § 1.º – Crimes contra economia popular	10 dias	10 dias

A contagem deste prazo se dá segundo a regra do direito processual. Vale dizer: trata-se de prazo processual e não de prazo de Direito Penal material. Assim, exclui-se o dia do início e inclui-se o dia do final, muito embora Guilherme Nucci tenha posição distinta neste tema, entendendo que deva ser contado como prazo de Direito Penal material, ou seja, inclui-se o dia do início e exclui-se o dia do fim.³⁵

Desta forma, caso seja preso no dia 08, o inquérito deverá ser encerrado no dia 18. Se o dia 18 cai em final de semana ou feriado será prorrogado para o primeiro dia útil seguinte.³⁶

Como regra o prazo do inquérito policial quando o indiciado encontra-se solto poderá ser prorrogado. Não há no Código de Processo Penal limitação para a duração desta prorrogação, ou seja, não há indicação de quantas vezes poderia haver esta prorrogação.

No entanto, é importante notar que a investigação não pode durar por tempo indeterminado. Com efeito, investigação que dure por tempo indevido viola o princípio da duração razoável do processo e constitui-se em constrangimento ilegal que poderá ser sanado pela via do *Habeas Corpus*.

A jurisprudência não fixou parâmetros para dizer o que é demora indevida do inquérito ou mesmo quais as sanções, mas estabelece quando se admite ampliação da duração do inquérito como no caso abaixo:

“Agravo regimental em recurso ordinário em habeas corpus. Excesso de prazo na conclusão de inquérito policial. Recorrente em liberdade. Inexistência de lesão à liberdade de locomoção. Razoabilidade do prazo. Diversidade de fatos e pessoas investigadas. Recurso a que se nega provimento. 1. De acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o tempo despendido para a conclusão do inquérito assumiria relevância, caracterizando, de fato, constrangimento ilegal, se o recorrente estivesse preso durante o curso das investigações ou se o prazo prescricional tivesse sido alcançado nesse interregno e, ainda assim, a ação penal continuasse em andamento. No entanto, nenhuma dessas hipóteses se fez presente.”

2. “De mais a mais, a complexidade da causa justifica um maior cuidado na condução dos trabalhos de investigação e, por conseguinte, a dilatação dos prazos, nos termos do art. 10, § 3.º, do CPP. No caso, trata-se de investigação destinada a apurar ‘uma imensa pluralidade (passe a redundância) de fatos, aparentemente envolvendo quadrilha ou

bando – para não falarmos em organização criminosa – integrado por mais de 20 (vinte) pessoas, em diferentes locais da Federação’. 3. Agravo regimental a que de nega provimento” (AgRg no RHC 28.133/DF, j. 21.06.2012, rel. Marco Aurelio Bellize).

Há casos em que claramente não se pode tolerar o excesso:

“2. O paciente foi preso preventivamente em 25/9/2015, de modo que não justifica a manutenção da sua custódia após passados quase 11 meses sem que haja sido oferecida denúncia, elaborado relatório minucioso pela autoridade policial (art. 10, § 1º, do CPP) ou mesmo concluídas as investigações criminais. 3. Não obstante os fatos apurados sejam dotados de especial gravidade – homicídio qualificado tentado em contexto de brigas entre torcidas organizadas de times de futebol -, certo é que tal circunstância, embora seja hábil a demonstrar a necessidade de um cuidado maior na condução dos trabalhos investigativos e a justificar a ausência de conclusão do inquérito policial, não autoriza a manutenção da custódia preventiva do paciente, que, conforme já mencionado, foi decretada há praticamente 11 meses. 4. Ordem concedida para, confirmada a liminar – que assegurou ao paciente o direito de aguardar em liberdade o julgamento final deste habeas corpus -, reconhecer o excesso de prazo e determinar a sua imediata soltura, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de continuidade das investigações policiais.” (STJ, HC 343951/MG, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 16.08.2016)

Este caso deixa clara uma questão importante: é preciso maior cautela e responsabilidade ao se requerer prisões preventivas durante o inquérito policial. O Ministério Público e o delegado devem estar cientes de que, decretada a prisão durante o inquérito policial, inicia-se uma contagem regressiva para o término do prazo que não pode ser ignorada. E os juízes devem atuar firmemente no controle deste prazo e relaxar as prisões que o excederem. Afinal de contas, se considerado o prazo de 10 dias para encerramento do inquérito e que este prazo é improrrogável, quantas vezes foi o artigo 10 violado com a prisão do indiciado por 11 meses sem que tenha havido o encerramento do inquérito?³⁷

Na prática cotidiana os motivos normais para a prorrogação do inquérito policial normalmente se dá porque a autoridade policial não conseguiu levantar elementos que apontem indícios suficientes de autoria e prova da materialidade.

Essa prorrogação de prazo é requerida pela autoridade policial nos autos do inquérito que são encaminhados para o juiz. O juiz abre vista para o Ministério Público e, em havendo a concordância deste, o juiz irá deferir o prazo. Caso o Ministério Público discorde, entendemos que o juiz não poderá autorizar o prazo na medida em que o titular da ação penal é o próprio Ministério Público e a ele cabe o juízo de oportunidade e conveniência.

É evidente que o sistema não se mostra adequado. O inquérito deveria tramitar diretamente entre a autoridade policial e o MP. No sistema atual o juiz atua em verdade como chancelador da posição do Ministério Público que é o verdadeiro titular da ação penal dado o sistema acusatório.³⁸

Entendeu o STJ que não é ilegal portaria que estabeleça tramitação direta do inquérito policial entre a Polícia Federal e o Ministério Público Federal:

“Não é ilegal a portaria editada por Juiz Federal que, fundada na Res. CJF n. 63/2009, estabelece a tramitação direta de inquérito policial entre a Polícia Federal e o Ministério Público Federal. De fato, o inquérito policial “qualifica-se como procedimento administrativo, de caráter pré-processual, ordinariamente vocacionado a subsidiar, nos casos de infrações perseguíveis mediante ação penal de iniciativa pública, a atuação

persecutória do Ministério Público, que é o verdadeiro destinatário dos elementos que compõem a “informatio delicti” (STF, HC 89.837-DF, Segunda Turma, DJe 20/11/2009). Nesse desiderato, a tramitação direta de inquéritos entre a Polícia Judiciária e o órgão de persecução criminal traduz expediente que, longe de violar preceitos constitucionais, atende à garantia da duração razoável do processo – pois lhe assegura célere tramitação –, bem como aos postulados da economia processual e da eficiência. Ressalte-se que tal constatação não afasta a necessidade de observância, no bojo de feitos investigativos, da chamada cláusula de reserva de jurisdição, qual seja, a necessidade de prévio pronunciamento judicial quando for necessária a adoção de medidas que possam irradiar efeitos sobre as garantias individuais. Ademais, não se pode alegar que haveria violação do princípio do contraditório e do princípio da ampla defesa ao se impedir o acesso dos autos de inquérito pelos advogados, o que também desrespeitaria o exercício da advocacia como função indispensável à administração da Justiça e o próprio Estatuto da Advocacia, que garante o amplo acesso dos autos pelos causídicos. Isso porque o art. 5º da Res. CJF n. 63/2009 prevê expressamente que “os advogados e os estagiários de Direito regularmente inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil terão direito de examinar os autos do inquérito, devendo, no caso de extração de cópias, apresentar o seu requerimento por escrito à autoridade competente”. Faz-se mister destacar que, não obstante a referida Resolução do CJF ser objeto, no STF, de ação direta de inconstitucionalidade – ADI 4.305 –, o feito, proposto em 2009 pela Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal, ainda está concluso ao relator, não havendo notícia de concessão de pedido liminar. Assim, enquanto não existir manifestação da Corte Suprema quanto ao tema, deve ser mantida a validade da Resolução. Registre-se, ademais, que não se olvida a existência de julgado do STF, nos autos da ADI 2.886, em que se reconhece a inconstitucionalidade de lei estadual que determinava a tramitação direta do inquérito policial entre o Ministério Público e a Polícia Judiciária, por entender padecer a legislação de vício formal. Apesar de o referido julgamento ter sido finalizado em abril de 2014, convém destacar que se iniciou em junho de 2005, sendo certo que, dos onze Ministros integrantes da Corte (que votaram ao longo desses nove anos), quatro ficaram vencidos, e que, dos votos vencedores, três ministros não mais integram o Tribunal. Assim, não há como afirmar como certa a possível declaração da inconstitucionalidade da Resolução do CJF objeto da ADI 4.305.” (STJ, RMS 46.165-SP, rel. Min. Gurgel de Faria, j. 19.11.2015)

O Ministério Público decidirá sobre a prorrogação do inquérito policial, ainda que esta seja fundada em diligências solicitadas pela defesa, e em caso de indeferimento, o Ministério Público oferecerá a denúncia e a diligência solicitada será realizada durante a tramitação do processo.

Caso o indiciado encontre-se preso, somente poderá haver prorrogação nos casos envolvendo a Justiça Federal (ocasião em que o prazo poderá ser prorrogado por igual período de 15 dias) e nos casos envolvendo tráfico de drogas (o prazo poderá ser dobrado) ou ainda nos casos envolvendo prisão temporária em crimes hediondos ou assemelhados (30 dias prorrogáveis por igual prazo).

É preciso que se entenda adequadamente o que se quer dizer com a expressão “poderá ser prorrogado” o inquérito nestes casos. Na verdade, o inquérito poderá ser prorrogado mesmo nos outros casos, mas nesta ocasião haverá excesso que irá gerar o relaxamento da prisão preventiva decretada.

Então que se fique claro: prorrogação sem sanção de relaxamento da prisão poderá haver nas hipóteses de crimes afetos à Justiça Federal, tráfico de drogas e nas hipóteses de prisão temporária em crimes hediondos ou assemelhados. Nos demais casos, haverá a sanção do relaxamento da prisão preventiva decretada:

“3. Não obstante os fatos apurados sejam dotados de especial gravidade – homicídio qualificado tentado em contexto de brigas entre torcidas organizadas de times de futebol -, certo é que tal circunstância, embora seja hábil a demonstrar a necessidade de um cuidado maior na condução dos trabalhos investigativos e a justificar a ausência de conclusão do inquérito policial, não autoriza a manutenção da custódia preventiva do paciente, que, conforme já mencionado, foi decretada há praticamente 11 meses. 4. Ordem concedida para, confirmada a liminar – que assegurou ao paciente o direito de aguardar em liberdade o julgamento final deste habeas corpus -, reconhecer o excesso de prazo e determinar a sua imediata soltura, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de continuidade das investigações policiais”. (STJ, HC 343.951/MG, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, j. 16.08.2016) Quando o Código de Processo Penal foi feito a situação do indiciado quanto à sua liberdade era baseada em um binômio: ou o indiciado estava preso ou o indiciado estava solto.

Em 2011 este leque de opções foi amplamente alterado com o estabelecimento da possibilidade de medidas cautelares pessoais. Hoje o indiciado pode estar preso, solto, ou submetido a alguma das medidas cautelares pessoais diversas da prisão previstas no art. 318 ou medida alternativa prevista no art. 317.

Quanto à medida alternativa prevista no art. 317 (prisão domiciliar) não há dúvida de que deverá seguir o prazo do inquérito do indiciado preso. Isto porque a prisão domiciliar pressupõe o decreto de prisão preventiva e sua substituição pela prisão domiciliar.

Problema maior se tem nas hipóteses das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP.

A jurisprudência não tem se manifestado quanto a este tema e a resposta não pode ser aproximação plena das hipóteses do art. 319 com a prisão para fins de duração do inquérito policial.

Aquelas medidas do art. 319 que representam restrição da liberdade em menor intensidade não justificam a aproximação do inquérito policial. Estas devem seguir o prazo normal do inquérito (30 dias como regra geral).

Já as medidas que representam intensa restrição aos direitos do indiciado devem ser equiparadas aos casos de indiciado preso para fins de duração do inquérito policial. Desta forma, por este critério, o inquérito deverá ser encerrado no prazo de 10 dias quando forem aplicadas as seguintes medidas alternativas à prisão:

- a) “proibição de ausentar-se da comarca” (319, IV)
- b) “suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira” (319, VI)
- c) “internação provisória (...)” (319, VII).

6.5.2.1. Cômputo do período de prisão temporária

O caso da prisão temporária representa uma quebra em nosso paradigma de duração do inquérito policial nos casos do indiciado preso e mostram um equívoco do legislador.

Para que se entenda o equívoco do legislador é preciso compreender primeiro como funciona o sistema da prisão temporária.

Trata-se de prisão prevista na Lei 7.960/1989 e que somente ocorre durante o inquérito policial. Esta prisão tem prazo determinado. Em regra, terá o prazo de 5 dias prorrogáveis

por mais 5 dias. Neste caso não há nenhum grande problema.

O problema se coloca nos casos envolvendo crimes hediondos: isto porque a Lei 8.072/1990 estabeleceu em seu art. 2.º, § 4.º, que o prazo de duração da prisão temporária é de 30 dias prorrogáveis por mais 30 dias. Então, nos casos envolvendo prisão temporária de crimes hediondos o inquérito policial poderá durar até 60 dias (30 dias prorrogáveis por mais 30).³⁹

Caso você ainda não tenha percebido o problema, preste atenção no lamentável expediente que muitas vezes ocorre no cotidiano das infrações penais e respectivos inquéritos policiais.

Durante o inquérito policial podem acontecer, basicamente, duas prisões: a prisão temporária e a prisão preventiva. Caso seja decretada a prisão preventiva, o inquérito policial irá durar 10 dias, sem possibilidade de prorrogação (salvo as hipóteses apontadas acima). Caso seja decretada a prisão temporária, então poderá durar 30 dias prorrogáveis por mais 30 nos casos de crimes hediondos.

Ora, este sistema perverso faz com que haja abuso da prisão temporária por parte de setores da justiça criminal que pretendem manter o indiciado preso e, ao mesmo tempo, precisam que o inquérito policial ainda continue para que as investigações possam ser feitas.⁴⁰

Infelizmente a lei permite este tipo de manipulação que somente ocorrerá com a mudança na mentalidade dos operadores do direito. Desde delegados e promotores que somente pedirão prisões temporárias quando efetivamente for seu caso até juizes que somente irão deferi-las se cabível.⁴¹

6.5.3. Incomunicabilidade do indiciado preso

O art. 21 do CPP cuida da incomunicabilidade do indiciado. Estabelece o Código que ela será decretada pelo juiz, a requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público, não podendo ultrapassar o prazo de 3 dias e não se aplica ao advogado.

Há basicamente duas posições sobre a manutenção da incomunicabilidade no sistema pós 1988.

Primeira posição, defendida por Julio Fabbrini Mirabete sustenta que a incomunicabilidade não foi recepcionada pela CF de 1988. Afirma o autor que o fato de se proibi-la durante o estado de defesa, situação excepcional de restrição às liberdades públicas, indica que ela também se encontra vedada durante a plena vigência do Estado de direito.⁴²

Segunda posição, defendida por Vicente Greco Filho sustenta que o art. 21 do CPP ainda está em vigor. Para Greco Filho a proibição expressa durante o estado de defesa revela sua autorização implícita durante o estado de direito.⁴³

De nossa parte concordamos com Greco Filho. Ora, é preciso que se entenda que o trauma causado pela incomunicabilidade foi gerado, em grande parte, por força dos desaparecimentos forçados ocorridos na época da ditadura militar de triste memória.

Até a Corte Interamericana de Direitos Humanos entende que a incomunicabilidade, por si só, não é inconveniente como se verifica do seguinte julgado:

“51. La incomunicación es una medida de carácter excepcional que tiene como

propósito impedir que se entorpezca la investigación de los hechos. Dicho aislamiento debe estar limitado al período de tiempo determinado expresamente por la ley. Aún en ese caso el Estado está obligado a asegurar al detenido el ejercicio de las garantías mínimas e inderogables establecidas en la Convención y, concretamente, el derecho a cuestionar la legalidad de la detención y la garantía del acceso, durante su aislamiento, a una defensa efectiva.” (Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, sentencia de 12.11.1997 (Fondo)). “

Novamente insiste-se na ideia a restrição ao direito fundamental, por si só, não é inconstitucional ou inconvencional. O problema maior está na forma de redução dos direitos fundamentais e no *quantum* da redução, de forma que o direito fundamental não pode ser reduzido aquém de seu conteúdo essencial.

Embora hoje ainda tenhamos casos de desaparecimentos forçados (como o ocorrido no Rio de Janeiro no que ficou conhecido como Caso Amarildo), o avanço da maturidade democrática no país, ainda que a passos lentos, justifica que se reconheça a possibilidade de incomunicabilidade fora do estado de defesa.

6.5.4. Indiciamento

O processo penal trabalha com juízo progressivo na formação da culpa. Há, basicamente, quatro estágios na formação da culpa. Assim, temos os seguintes graus de responsabilidade penal: a) suspeito; b) indiciado; c) acusado (ou réu) e d) culpado.

O suspeito corresponde ao grau inicial da investigação policial. Quando ocorre um crime, em princípio a polícia tem várias linhas de investigação e, portanto, vários são os suspeitos de terem cometido o delito.

Conforme a investigação vai se desenrolando, os elementos de convicção acabam por apontar para uma ou mais pessoas como autoras da infração penal. Aí aparece a figura do indiciamento. O indiciamento é o ato pelo qual a autoridade policial reconhece formalmente que os indícios de autoria recaem sobre o suspeito.

Com o oferecimento da denúncia e seu recebimento pelo magistrado o *status* do indiciado se altera e passa a ser o de acusado ou réu em processo penal.

Por fim, com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, e apenas com o trânsito em julgado, pode-se falar em culpado. Isto porque dada a presunção de inocência, ainda que se trate de réu confesso, o *status* de condenado só passa a existir com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O Código de Processo Penal não estabelece o momento adequado para o indiciamento. Fica ele, portanto, a critério da autoridade policial. No entanto, não se pode permitir o mau uso deste instrumento.⁴⁴

Infelizmente, nota-se em alguns inquéritos que a autoridade policial somente indicia o suspeito ao final a fim de limitar a sua atuação defensiva no inquérito policial.

O indiciamento deve ser visto de maneira bifronte: atua tanto como mecanismo indicativo para a sociedade de que o trabalho policial está encerrado no que se refere à autoria quanto para o indiciado que passa a poder atuar de maneira mais ampla na questão de sua defesa.

A Lei 12.830/2013 introduziu importantes modificações no sistema e uma delas foi relativa ao indiciamento. O indiciamento passou a ser reconhecido como ato privativo do delegado de polícia nos termos do art. 2.º, § 6.º: “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”. Neste sentido pacificou-se o entendimento do STF:

“Consoante orientação deste Superior Tribunal, "Inadmissível a realização do ato de indiciamento formal do agente após a decisão de recebimento da denúncia, por se tratar de ato desnecessário e sem finalidade processual" (HC 306.281/SP, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5.^a T., DJe 13.04.2016). Nesse sentido: "O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que o indiciamento, após o recebimento da denúncia, configura constrangimento ilegal, pois esse ato é próprio da fase inquisitorial" (RHC 66.641/SP, rel. Min. Nefi Cordeiro, 6.^a T., DJe 10.03.2016)” (STJ, RHC 073083/SP, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 12.09.2016)”

Busca-se, assim, regulamentar de maneira mais efetiva o ato do indiciamento, limitando-se sua legitimidade ativa ao delegado de polícia, de forma que não poderá ser determinado pelo juiz ou promotor.

6.5.4.1. Indiciamento e Habeas Corpus

A jurisprudência tem dado tratamento diferenciado a esta questão a depender do tipo de matéria alegada no *Habeas Corpus*.

Assim, simples questionamento para suspensão do indiciamento não é admitido pela via estreita do HC:

“II – O mero indiciamento em inquérito policial, desde que não abusivo e anterior ao recebimento de eventual denúncia, não configura constrangimento ilegal passível de ser sanado pela via do habeas corpus (Precedentes). (STJ, RHC 72.288/SP, rel. Min. Felix Fischer, j. 28.06.2016)”

No entanto, para discussão de outras questões mais profundas tem sido admitido o manejo do *Habeas Corpus* como é o caso do indiciamento após o recebimento da denúncia.

A jurisprudência tem admitido o uso de *habeas corpus* para a discussão de indiciamento após o recebimento da denúncia. O entendimento tem sido no sentido da impossibilidade de realização do indiciamento após o recebimento da denúncia. E, novamente, não há sentido em se indiciar aquele que já teve seu *status* alterado para acusado no processo penal:

“Consoante orientação deste Superior Tribunal, "Inadmissível a realização do ato de indiciamento formal do agente após a decisão de recebimento da denúncia, por se tratar de ato desnecessário e sem finalidade processual" (HC 306.281/SP, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5.^a T., DJe 13.04.2016). Nesse sentido: "O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que o indiciamento, após o recebimento da denúncia, configura constrangimento ilegal, pois esse ato é próprio da fase inquisitorial" (RHC 66.641/SP, rel. Min. Nefi Cordeiro, 6.^a T., DJe 10.03.2016)” (STJ, RHC 073083/SP, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 12.09.2016)”

6.5.4.2. Condutas a serem tomadas com o indiciamento e as modalidades de indiciamento

Com o indiciamento são tomadas uma série de condutas por parte da autoridade policial:

- a) Identificação do suspeito;

b) Pgressamento (que consiste na colheita de dados da vida pgressa do indiciado);

c) Interrogatório do indiciado;

d) Comunicação aos órgãos de identificação e estatística do indiciamento ocorrido em face do suspeito.

Quanto ao interrogatório, é importante notar que não segue as regras do Código de Processo Penal (art. 187 e ss), de forma que não há que se falar em abertura, pela autoridade policial, de reperguntas por parte da defesa. Esta não aplicação do modelo do Código de Processo Penal contudo não significa que o advogado não possa sugerir ao delegado determinadas perguntas que considere relevantes.

É importante notar que a prerrogativa dada a autoridades no art. 221 do CPP não se aplica quando for hipótese de autoridade que seja investigada e não testemunha como já decidiu o STJ:

“As autoridades com prerrogativa de foro previstas no art. 221 do CPP, quando figurarem na condição de investigados no inquérito policial ou de acusados na ação penal, não têm o direito de serem inquiridas em local, dia e hora previamente ajustados com a autoridade policial ou com o juiz. Isso porque não há previsão legal que assegure essa prerrogativa processual, tendo em vista que o art. 221 do CPP se restringe às hipóteses em que as autoridades nele elencadas participem do processo na qualidade de testemunhas, e não como investigados ou acusados. Precedente citado do STF: Pet 4.600-AL, DJe 26/11/2009. HC 250.970-SP, Rel. Min. Jorge Mussi, j. em 23/9/2014.”

Há, basicamente, duas modalidades de indiciamento, conforme o suspeito esteja presente ou não:

a) indiciamento direto – É o realizado quando presente o suspeito e é a regra no processo penal.

b) indiciamento indireto – É o realizado quando ausente o suspeito.

6.5.5. A identificação criminal

6.5.5.1. Regras que regem o tema e abrangência dos atos

As regras que regulamentam a identificação criminal estão previstas tanto na Constituição Federal quanto em leis específicas. Cronologicamente temos as seguintes regras incidentes sobre o tema:

1 – CF, art. 5.º, LVIII: “O civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”;

2 – Lei 8.069/1990, art. 109: “O adolescente civilmente identificado não será submetido a identificação compulsória pelos órgãos policiais, de proteção e judiciais, salvo para efeito de confrontação, havendo dúvida fundada”.

3 – Lei 9.034/1995, art. 5.º: A identificação criminal de pessoas envolvidas com a ação praticada por organizações criminosas será realizada independentemente da identificação civil.

4 – Lei 10.054/2000, art. 3.º.

5 – Lei 12.037/2009 – Atual Lei de Identificação.

No que tange às leis, é importante notar que o STJ considera que a Lei do Crime Organizado foi revogada pela Lei 10.054/2000 conforme se verifica do acórdão abaixo:

“Penal. Recurso ordinário em habeas corpus. Identificação criminal dos civilmente identificados. Art. 3.º, caput e incisos, da Lei 10.054/2000. Revogação do art. 5.º da Lei 9.034/1995. O art. 3.º, caput e incisos, da Lei 10.054/2000, enumerou, de forma incisiva, os casos nos quais o civilmente identificado deve, necessariamente, sujeitar-se à identificação criminal, não constando, entre eles, a hipótese em que o acusado se envolve com a ação praticada por organizações criminosas. Com efeito, restou revogado o preceito contido no art. 5.º da Lei 9.034/1995, o qual exige que a identificação criminal de pessoas envolvidas com o crime organizado seja realizada independentemente da existência de identificação civil. Recurso provido” (STJ, RHC 12.965/DF, j. 07.10.2003, rel. Min. Felix Fischer).”

Posteriormente esta Lei 10.054/2000 foi revogada pela Lei 12.037/2009, que é a atual lei de identificação criminal em vigor (a Lei 9.034/1995 também não tem mais incidência em nosso sistema tendo sido revogada).

Desta forma, em sede de identificação criminal no processo penal temos as seguintes regras:

1 – CF, art. 5.º, LVIII: “O civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”;

2 – Lei 12.037/2009 – Atual Lei de Identificação.

A identificação abrange dois atos obrigatórios e necessários e um excepcional:

a) abrange a identificação dactiloscópica em caráter obrigatório (retirada das impressões digitais);

b) abrange a identificação fotográfica em caráter obrigatório;

c) abrange a identificação genética em caráter excepcional (ver comentários no próximo tópico sobre a constitucionalidade desta medida).

6.5.5.2. Hipóteses de identificação criminal

Para que seja feita a identificação criminal é preciso, em primeiro lugar, que a pessoa não seja identificada civilmente. A própria Lei da Identificação Criminal estabelece o que se considera documento para fins de identificação em seu art. 2.º ao dispor: “A identificação civil é atestada por qualquer dos seguintes documentos:

I – carteira de identidade;

II – carteira de trabalho;

III – carteira profissional;

IV – passaporte;

V – carteira de identificação funcional;

VI – outro documento público que permita a identificação do indiciado”.

No entanto, ainda que possua algum destes documentos poderá ser feita a identificação criminal nas hipóteses estabelecidas no art. 3.º:

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;

IV – 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;⁴⁵

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.”

Quem determina a identificação criminal é a autoridade policial, salvo na hipótese do inc. IV. Na hipótese do inc. IV somente o juiz poderá determinar a identificação criminal, de ofício, mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa.

Uma vez determinada a identificação criminal o juiz ficará prevento, ou seja, o magistrado que autorizar ou negar a identificação quando esta se mostrar essencial às investigações policiais será o juiz natural da futura ação penal, salvo se for hipótese de juiz plantonista (o que atua nos plantões aos finais de semana e feriados).

Também quando for essencial para as investigações poderá ser determinada a coleta de material biológico para fins de obtenção do perfil genético. Nestas hipóteses somente o magistrado poderá determinar a coleta do material. É importante notar que este dispositivo legal está pendente de regulamentação por Decreto da Presidenta da República.

O tema suscita evidentes controvérsias sobre sua constitucionalidade. É possível alegar a inconstitucionalidade por violação do princípio do *nemo tenetur se detegere*. De outro lado, é possível sustentar-se que não haveria nenhuma ilegalidade na medida em que se trata de identificação criminal prevista constitucionalmente.

De nossa parte entendemos que o tão só fato da coleta de material para a identificação genética não viola a proibição e produção de prova contra si mesmo.⁴⁶ O ponto nevrálgico aqui está em se entender qual o conteúdo essencial do direito fundamental aqui discutido.

A Constituição Federal fala em identificação criminal, mas não apresenta seu conteúdo. O que a nova legislação fez foi ampliar o conteúdo da identificação criminal, antes só restrita ao exame dactiloscópico e fotográfico e agora também tem-se a possibilidade de identificação genética.

O conteúdo essencial da proteção do direito fundamental será violado a depender da forma de regulamentação da medida. Esta medida está pendente de regulamentação por parte da Presidenta da República. E saber se viola ou não, dependerá da regulamentação.

Podemos pensar, por exemplo, que se houver determinação de algum procedimento que cause sofrimento para a pessoa que será identificada, não haverá compatibilidade com o conteúdo do direito fundamental. De outra forma, se houver o estabelecimento de mecanismo que não cause qualquer forma de dor ou constrangimento, então haverá compatibilidade com o direito fundamental.

6.5.5.3. Identificação criminal e o uso do material em outras investigações

Qual o destino que deve ser dado às fotografias e material genético retirados em determinada investigação caso o inquérito seja arquivado? Poderá a autoridade policial valer-se de arquivo fotográfico na delegacia e mostrar para vítimas de quaisquer outros inquéritos policiais? Poderá a autoridade judicial utilizar o material genético colhido em determinada investigação para comparar com elementos achados em outra investigação?

No caso do perfil genético a Lei de Identificação Criminal expressamente autoriza no art. 5.º-A, esclarecendo que estes dados serão armazenados em banco de dados que será gerenciado por unidade oficial de perícia criminal.⁴⁷

Estabelece a lei que o prazo máximo de permanência destes dados é o prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito, conforme claramente apresenta o art. 7.º-A ao dispor que A exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados ocorrerá no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito.

No entanto, não há nenhuma disposição para a questão fotográfica. Diante da omissão legal entendemos que poderá ser mantida arquivada a fotografia perante a autoridade policial pelo prazo máximo da prescrição para o delito, aplicando-se por analogia o disposto no art. 7.º da Lei de Identificação Criminal.

6.5.6. Indiciado menor – nomeação de curador

O Código de Processo Penal estabelece em seu art. 15 que se o indiciado for menor, ser-lhe-á nomeado curador especial. Esta disposição refere-se ao indiciado menor de 21 anos e maior de 18 anos de idade. Isto porque se for menor de 18 anos trata-se de adolescente e, desta forma, será processado na Vara da Infância e da Juventude e o inquérito seguirá os ditames próprios do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Superada esta verificação, é preciso notar que este artigo não tem mais aplicação desde 2002. Com a edição do Código Civil em 2002, a pessoa com 18 anos passou a ser plenamente capaz. Desta forma, hoje este artigo não tem mais incidência dado o fato de que a pessoa com 18 anos é plenamente capaz e não mais necessita de qualquer representante.

Além disso, o artigo do Código de Processo Penal que determinava que o réu menor de 21 teria curador no processo foi revogado, de forma que entende-se que a finalidade do legislador foi retirar do sistema esta figura.

6.5.7. Irregularidades no inquérito e suas repercussões

A posição majoritária se manifesta no sentido de que não há qualquer reflexo no processo de eventuais irregularidades havidas no inquérito policial. Como o inquérito se trata de procedimento administrativo e não de processo não há que se falar em qualquer vício de nulidade, pois a nulidade somente atinge os atos do processo e não do inquérito.

Embora esta posição mostra-se acertada na maioria das vezes, há situações em que ela não se mostra correta. Há situações em que a mácula é tão intensa que haverá sim repercussões na esfera do processo.

Imaginemos, por exemplo, o tema da prova ilícita. E imaginemos que todos os elementos de convicção e de prova que existem nos autos são decorrentes de prova ilícita ou de prova ilícita derivada.

Nesta situação, tendo em vista que a consequência da prova ilícita é justamente o seu desentranhamento (art. 157 do CPP), então isso acabará por macular o processo.

Isto porque a consequência para o processo é que irá faltar justa causa para a ação penal por ausência de suporte probatório mínimo para o oferecimento da denúncia. Se não há provas, a denúncia deve ser rejeitada ou até mesmo poderá haver o trancamento do inquérito policial pela via do *Habeas Corpus*. Para maior compreensão sobre o tema da Justa Causa veja os comentários sobre as condições da ação penal no Capítulo da ação penal. Para maior compreensão da prova ilícita veja os comentários sobre o tema no capítulo das provas.

6.5.8. Requisição administrativa

Pode a autoridade administrativa requisitar o uso de propriedade particular durante a investigação criminal? Ou seja, pode o delegado requisitar o uso de veículos particulares, por exemplo, durante a investigação criminal?

Não se trata aqui do uso de bens que tenham sido apreendidos no curso da investigação criminal. Tem-se aqui, por exemplo, a hipótese de, durante a prisão em flagrante de alguém em que haja perseguição o policial utilizar veículo de particular para continuar a perseguição. O tema é parcialmente regulamentado pela Constituição Federal no art. 5.º, XXV e no art. 22, III.

O art. 5.º, XXV estabelece que no caso de iminente perigo público a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior se houver dano. A leitura deste inciso dá a entender que não haveria necessidade de qualquer regulamentação por parte da Administração Pública.

No entanto, o art. 22, III da CF complementa este inc. XXV do art. 5.º, estabelecendo que cabe a União privativamente legislar sobre requisições civis e militares em caso de iminente perigo e em tempo de guerra. Ora, este art. 22 conduz à ideia de que há necessidade de regulamentação por parte da União por meio de lei e, até o momento, esta lei não foi editada.

Então a situação atual é: não há lei que regule a requisição administrativa de forma que a pergunta inicial se altera: poderia a autoridade policial requisitar estes bens ante a ausência da lei mencionada no art. 22, III, da Constituição Federal?

Entendemos que a ausência de regulamentação legal não impede a requisição administrativa por parte da autoridade. No entanto a análise pela autoridade, ante a ausência de lei, deve ser ainda mais restritiva, ou seja, o “iminente perigo público” deve ser avaliado com cautela ainda maior pela autoridade policial enquanto não vier a lei regulamentando esta requisição.

O STJ tem permitido o uso de bens apreendidos pela polícia com aplicação analógica dos arts. 61 e 62 da Lei 11343/2006 para todos os demais crimes. Esta situação é sensivelmente distinta da discutida neste tópico pois ela pressupõe que tenha havido prévia apreensão durante o inquérito de determinados bens:

“É possível a aplicação analógica dos arts. 61 e 62 da Lei 11.343/2006 para admitir a utilização pelos órgãos públicos de aeronave apreendida no curso da persecução penal de crime não previsto na Lei de Drogas, sobretudo se presente o interesse público de evitar a deterioração do bem. Isso porque, em primeiro lugar, de acordo com o art. 3.º do CPP, a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito. Assim, é possível, sobretudo porque permitido

pelo próprio CPP, o uso da analogia, que consiste em processo de integração por meio do qual se aplica a uma determinada situação para a qual inexistia hipótese normativa própria um preceito que regula hipótese semelhante. Ressalte-se, ainda, que, para o uso da analogia, não importam a natureza da situação concreta e a natureza do diploma de onde se deve extrair a norma reguladora. Em segundo lugar, porque a exigência contida no art. 61 da Lei 11.343/2006, referente à existência de interesse público ou social, encontra-se cumprida no presente caso, qual seja, evitar a deterioração do bem apreendido. Por fim, em terceiro lugar, porque a preocupação em se prevenir que a demora nos processos judiciais venha a propiciar a degeneração do bem apreendido é atual, existindo, inclusive, no projeto do novo Código de Processo Penal (PL 8.045/2010), seção específica a tratar do tema, sob o título “Da utilização dos bens por órgãos públicos”, o que demonstra a efetiva ocorrência de lacuna no Código atualmente em vigor, bem como a clara intenção de supri-la. Decisão monocrática citada: Inq 603, Min. Paulo Gallotti, DJ 14/11/2008.” (STJ, REsp 1.420.960-MG, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 24.02.15)”

6.5.9. Meios de obtenção de prova e teoria do juízo aparente

Imagine-se que no curso de determinada investigação policial sejam tomadas medidas judiciais de restrição da privacidade tais como interceptação telefônica, busca e apreensão e quebra de sigilo bancário. Posteriormente percebe-se que algum elemento faz alterar toda a competência do caso. Assim, qual seria o efeito deste tema para os meios de obtenção de prova anteriormente produzidos no inquérito?

Vamos imaginar situação concreta: é deferida interceptação telefônica e, durante seu decorrer ou após ele percebe-se que um dos investigados era Deputado Federal e que deveria o feito estar no STF. Nesta situação quais os efeitos para a interceptação telefônica esta incompetência havida?

Esta situação também se aplica para as hipóteses envolvendo incompetência constitucional de outra natureza como é o caso da Justiça Estadual e da Justiça Federal. Assim, também teremos o mesmo problema quando se trata de investigação em andamento na Justiça Estadual e que posteriormente é descoberto elemento que a transfira para a Justiça Federal. Quais os efeitos nesta situação?

O Supremo Tribunal Federal responde este tema com a teoria do juízo aparente. Esta teoria foi aplicada pela primeira vez no HC 81260-1/ES, tendo por relator o Min. Sepúlveda Pertence. Os demais acórdãos costumam fazer referência a este caso paradigma:

“Ora, é óbvio que o problema da identificação do juízo competente se põe de imediato, também com relação a tais medidas cautelares pré-processuais – sejam eles de caráter propriamente jurisdicional ou administrativo, ditas de jurisdição voluntária – mas em momento no qual ainda não se pode partir – no que tange à competência material – , do elemento decisivo de sua determinação para o processo, que é o conteúdo da denúncia.

Aí, parece claro, o ponto de partida para a fixação da competência – não podendo ser o fato imputado, que só a denúncia eventual e futura, precisará – haverá de ser o fato suspeitado, vale dizer, o objeto do inquérito policial em curso.”

E continua o STF:

“Não será lícito assentar que, já ao tempo da decisão de quebra de sigilo, estivesse excluída a hipótese inicial de crimes em detrimento da União. E a persistência da suspeita da comissão deles – se conexos a outros, da alçada estadual – era bastante para estender a todos, naquele momento, a competência do Juízo Federal para o privimento cautelar de jurisdição voluntária, acerca do qual se controverte” (STF, HC 81260-1/ES, Rel. Min.

Sepúlveda Pertence, j. 14.11.01) “

A decisão do STF mostra-se correta: se no momento da análise da medida de urgência não há nada que conduza para a incompetência deste juízo, então não há que se falar em nulidade da decisão proferida pelo juiz que, à época, era competente e posteriormente se torna incompetente.

Parece-me que o problema maior está na sinceridade ou insinceridade dos argumentos apresentados pelos órgãos de Estado. Vale dizer, não se pode, por mecanismos extravagantes burlar as regras de competência constitucional.

Não se pode admitir, por exemplo, que um juiz que saiba que entre os investigados conste pessoa com competência por prerrogativa de função, furte-se a este conhecimento e continue com a investigação em primeiro grau para ficar com o caso sob sua competência.

Não pode nem mesmo o magistrado, nesta situação, fazer o desmembramento da investigação e remeter os autos para o STF por exemplo, permanecendo com a investigação dos demais em primeiro grau:

“1. O Plenário desta Suprema Corte mais de uma vez já decidiu que ‘é de ser tido por afrontoso à competência do STF o ato da autoridade reclamada que desmembrou o inquérito, deslocando o julgamento do parlamentar e prosseguindo quanto aos demais’ (Rcl 1121, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 04/05/2000, DJ 16-06-2000 PP-00032 EMENT VOL-01995-01 PP-00033). Nessa linha de entendimento, decidiu o Plenário também que, ‘até que esta Suprema Corte procedesse à análise devida, não cabia ao Juízo de primeiro grau, ao deparar-se, nas investigações então conjuntamente realizadas, com suspeitos detentores de prerrogativa de foro – em razão das funções em que se encontravam investidos -, determinar a cisão das investigações e a remessa a esta Suprema Corte da apuração relativa a esses últimos, com o que acabou por usurpar competência que não detinha’”(STF, AP 871 QO/PR, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 10.06.14)”

Também aplicou o STF esta teoria em caso envolvendo vereador que possuía prerrogativa de função na Constituição Estadual e que teve a interceptação telefônica decretada pelo juiz de primeiro grau quando esta norma da Constituição Estadual tinha sua constitucionalidade discutida:

“Em conclusão de julgamento, a 1.^a Turma negou provimento a agravo regimental e manteve decisão que negou sequência a recurso extraordinário por falta de prequestionamento. No caso, o juízo autorizara a quebra do sigilo telefônico do agravante, vereador à época dos fatos. Em seguida, o tribunal de origem declarara a incompetência dessa autoridade judicial com base em norma da Constituição do Estado do Rio de Janeiro que estabelece a competência do tribunal de justiça para processar e julgar ação contra vereador, mas legitimara as provas produzidas na fase investigatória – v. Informativo 640. O Colegiado, por maioria, rejeitou a proposta formulada pelo Ministro Dias Toffoli (relator) no sentido da concessão da ordem, de ofício. O Ministro Luiz Fux salientou que a nulidade não seria proclamada nas hipóteses em que fosse possível a ratificação de atos prolatados por juiz incompetente inclusive em desfavor do réu. O Ministro Marco Aurélio sublinhou que a Constituição (CF, art. 28, X) garantiria ao tribunal de justiça a competência para julgar os prefeitos. Entretanto, essa regra não poderia ser ampliada pelas Constituições estaduais para abarcar os vereadores. Pontuou, ademais, que à época em que determinada à interceptação telefônica, haveria decisão do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no sentido da inconstitucionalidade dessa prerrogativa de foro. Vencido o proponente, que aduzia que a prova coligida seria nula, porquanto autorizada por magistrado sabidamente incompetente.” (STF, RE 632343 AgR/RJ)

Rel. Min. Dias Toffoli, j. 03.03.15)

É evidente que a insinceridade dos agentes de Estado em sua atuação é de difícil verificação, mas alguns elementos deixam clara sua presença, que irá gerar inclusive a ilicitude da prova. Assim, por exemplo, caso haja indicação expressa pela autoridade a outros investigados que omitam qualquer fala relativa às autoridade com prerrogativa de função, haverá clara insinceridade na atuação dos agentes de Estado que não pode ser tolerada. Esta insinceridade desvirtua toda a finalidade da proteção dos direitos fundamentais e faz com que as quebras à privacidade do indivíduo, longe de serem simplesmente nulas tornem-se ilícitas.

6.6. O encerramento do inquérito policial

O encerramento do inquérito policial é marcado por um relatório da autoridade policial nos termos do art. 10 do CPP. Trata-se de descrição da autoridade policial do que houve e de suas conclusões.

O relatório não vinculará o Ministério Público e muito menos o Juiz. O promotor pode, assim, oferecer denúncia por outro crime diverso do tipificado pela autoridade policial.

Poderá ser oferecida queixa-crime ou denúncia mesmo que não haja relatório da autoridade policial.⁴⁸ Assim, por exemplo, temos a situação em que a autoridade policial requer a concessão de prazo para a continuidade das investigações. Caso o Ministério Público entenda que não são necessárias novas investigações poderá diretamente oferecer denúncia. Isso se deve à característica da dispensabilidade do inquérito policial.

Caso o relatório da autoridade policial mostre-se sem qualquer fundamentação, não haverá nulidade a contaminar a ação penal. Como foi dito acima, o inquérito é peça informativa, de forma que seus vícios, em princípio, não contaminam a ação penal.

Neste sentido entendeu o STJ:

“6. O inquérito é peça meramente informativa, sendo que a ausência de fundamentação do relatório final da autoridade policial não contamina a ação penal” (AgRg no REsp 1.172.258/RS, 5.^a T., j. 16.10.2012, rel. Min. Jorge Mussi).

Haverá peculiaridades conforme se trate de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal de iniciativa pública. Vejamos cada uma delas separadamente.

6.6.1. Encerramento do inquérito policial nos crimes de ação penal de iniciativa privada

Nos casos envolvendo ação penal de iniciativa privada o inquérito policial é encaminhado para o juízo competente para a ação principal após o relatório da autoridade policial (art. 19 do CPP).

Ao chegar em juízo irá aguardar a manifestação do ofendido pelo restante do prazo decadencial (em regra, são 6 meses a contar do conhecimento da autoria, para maiores detalhes vide o capítulo sobre a ação penal).

O ofendido poderá oferecer a queixa-crime desde que dentro do prazo decadencial. É importante notar que o prazo de 6 meses se dá para o oferecimento da queixa-crime e não para a instauração do inquérito policial ou para o término do inquérito policial.

O querelante pode, ainda, requerer o arquivamento do feito e aqui irá surgir uma

questão interessante. Caso o magistrado entenda que havia indícios suficientes para a propositura da ação penal, dado o princípio da disponibilidade da ação penal, então o juiz irá declarar extinta a punibilidade por renúncia ao direito de queixa. Caso o magistrado entenda que razão assiste ao querelante, irá simplesmente arquivar o feito.

6.6.2. Encerramento nos casos envolvendo ação penal de iniciativa pública

O trâmite conforme determina o art. 10 do CPP é que os autos sejam encaminhados ao juízo e que este os encaminhe para o Ministério Público. Novamente entendemos que esta atuação não se mostra adequada nos casos em que não haja restrição a direitos fundamentais (como, por exemplo, nas hipóteses em que o réu se encontra preso ou que haja interceptação telefônica).

Enquanto não se coloca em nosso sistema a figura do juiz de garantias, deve-se restringir ao máximo a atuação do magistrado no inquérito policial para evitar contaminações indevidas e quebras do modelo acusatório.

Ao receber os autos o promotor terá as seguintes opções:

- a) oferecer denúncia;
- b) requerer diligências imprescindíveis ao oferecimento da denúncia;
- c) declinar de suas atribuições e requerer a remessa dos autos para outro Promotor;
- d) requerer a remessa dos autos para outro juízo caso entenda se tratar de juízo incompetente.

Quanto à denúncia, ela será estudada no capítulo da ação penal, mas, por ora, é importante que se compreenda que a denúncia será oferecida sempre que existirem indícios suficientes de autoria e prova da materialidade.

Quanto ao requerimento de diligências, é importante notar que nosso sistema vive uma curiosa situação. Entende-se, majoritariamente, que o juiz não pode indeferir as diligências requeridas pelo Ministério Público.

Ora, se o juiz não pode indeferir as diligências requeridas pelo MP, qual o sentido de o requerimento ser dirigido ao juiz? Novamente o juiz simplesmente chancela o requerimento feito pelo MP. É preciso que seja repensado o trâmite do inquérito policial, retirando-se a figura do juiz quando não houver hipótese de restrição a direitos fundamentais. Isso torna o inquérito mais ágil.

De nossa parte entendemos que se o pedido de diligências for manifestamente indevido, o juiz poderá indeferi-lo dado o princípio da razoabilidade. Não se pode condescender com a irrazoabilidade, de forma que se a decisão pelas diligências for manifestamente irrazoável não poderá ser admitida.

Caso o magistrado indefira o pedido de diligências, então duas são as alternativas possíveis. Em regra, caberá mandado de segurança por parte do Ministério Público contra a decisão do Juiz. No entanto, alguns estados preveem em suas leis de organização judiciária um recurso chamado correição parcial. Nestes Estados em que couber a correição parcial, não será cabível o mandado de segurança.

O Promotor também pode entender que não se trata de processo afeto a suas atribuições e requerer a redistribuição para outro promotor. Esta hipótese somente se dá caso não haja alteração da competência do juízo, sendo questão interna administrativa

entre promotores.

Caso o promotor que receba os autos entender que não possui atribuição para atuar no feito, haverá conflito de atribuições entre os promotores. O conflito de atribuições é regulamentado internamente por cada Ministério Público mas, regra geral, quem decide sobre este conflito é o Procurador-Geral de Justiça.

Caso o conflito se dê entre promotores de distintos Ministérios Públicos (União e Estado ou entre Estados distintos) a competência para o julgamento será do Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, *f*, da CF). O STF contudo entendeu que neste caso deverá ser o conflito resolvido pelo Procurador Geral da República:

“Compete ao PGR, na condição de órgão nacional do Ministério Público, dirimir conflitos de atribuições entre membros do MPF e de Ministérios Públicos estaduais.” (ACO 924/PR, rel. Min. Luiz Fux, j. 19.05.2016)”

Também pode o promotor entender que se trata de competência afeta a outro juízo e requerer a remessa dos autos para este juízo que entende competente. Não se trata propriamente de exceção de incompetência, mas de alegação de incompetência por simples petição do promotor nos autos.

Caso o juiz indefira o pedido do promotor, Gustavo Badaró entende que o promotor deverá oferecer denúncia e, conjuntamente, opor exceção de incompetência para julgamento pelo magistrado.⁴⁹ O STF, contudo, tem posicionamento diverso nesta questão conforme apontado no item 6.3.1 em que tratamos do arquivamento indireto, devendo ser aplicado o art. 28 do CPP por analogia.

Gustavo Badaró ainda cita Tourinho Filho em passagem em que este afirma que se o magistrado rejeitar a exceção será cabível apelação com fundamento no art. 593, II, do CPP. Discordamos de Tourinho Filho na medida em que a sistemática do código é pela inadmissibilidade de recurso da decisão que rejeita a exceção, tanto que o recurso em sentido estrito somente o admite da decisão que acolhe a exceção (art. 581, III, do CPP).⁵⁰ Daí porque concordamos com a posição de Gustavo Badaró sobre este tema.

Por fim, o promotor poderá propor o arquivamento do inquérito policial ao juiz, este tema será tratado no próximo tópico.

6.6.3. Arquivamento do inquérito policial

O inquérito policial pode ser arquivado por distintos fundamentos. Podemos destacar entre estes motivos:

- a) Atipicidade da conduta, ou seja, o fato não constitui crime.
- b) Excludentes de ilicitude, por exemplo, os fatos praticados em legítima defesa.
- c) Excludentes da culpabilidade: por exemplo, a inexigibilidade de conduta diversa. De se destacar, neste ponto, que há uma única causa de exclusão da culpabilidade que não gera o arquivamento, trata-se da inimputabilidade, em que obrigatoriamente deverá haver o oferecimento da denúncia.
- d) Ausência de elementos informativos para a propositura da ação penal: ausência de indícios suficientes de autoria ou de prova da materialidade.

É importante notar um detalhe técnico quanto às causas extintivas da punibilidade. Quando o promotor propõe o arquivamento porque considera que está extinta a

punibilidade o juiz não determina simplesmente o arquivamento.

O juiz deve declarar extinta a punibilidade e, por consequência, determinar a remessa dos autos do inquérito policial ao arquivo. Há um provimento por parte do juiz declarando extinta a punibilidade. Esta orientação técnica é importante, pois irá gerar consequências para as hipóteses de desarquivamento do inquérito policial abaixo tratadas.

Em nosso sistema o arquivamento do inquérito policial não é feito pela autoridade policial dado o caráter de indisponibilidade do inquérito (art. 17 do CPP).

O arquivamento do inquérito policial é responsabilidade, no ordenamento, de dois órgãos distintos: tanto o Ministério Público quanto o Poder Judiciário participam deste ato.

Quando o promotor propõe o arquivamento os autos são enviados para o juiz que pode tomar duas decisões: pode aceitar o pedido de arquivamento e neste caso os autos serão arquivados ou pode dele discordar.

Caso o juiz discorde do pedido do promotor deverá aplicar o art. 28 do CPP que faculta ao Procurador-Geral as seguintes possibilidades:

- a) ele próprio oferecer denúncia;
- b) designar outro promotor;
- c) insistir no arquivamento;
- d) determinar a realização de novas diligências.

A primeira situação não é comum na prática cotidiana. Isto porque o Procurador - Geral possui uma série de importantes atribuições que lhe demandam a atenção, dando em regra atenção para outros casos, conduta que se mostra a nosso ver mais razoável.

Também poderá o Procurador-Geral designar outro Promotor de Justiça para oferecer denúncia. A necessidade de ser outro promotor se dá pelo fato de que os promotores gozam de independência funcional, de forma que não poderia o Procurador-Geral determinar a um promotor que entende ser caso de arquivamento que oferecesse a denúncia.⁵¹

No entanto, é preciso que se observe esta situação com cautela. O promotor designado pelo Procurador-Geral tem o dever funcional de oferecer denúncia. Não poderá este promotor invocar a independência funcional. Isto porque este promotor designado não atua em nome próprio, mas se trata em verdade de uma *longa manus* do Procurador-Geral, ou seja, ele atua em nome do Procurador-Geral, sendo seu representante.

No âmbito da Justiça Federal, o arquivamento do inquérito policial possui uma peculiaridade, caso o juiz discorde da proposta de arquivamento feita pelo promotor o juiz remeterá os autos para a Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, esta dará um parecer e então remeterá os autos para o Procurador-Geral da República.

Este parecer é meramente opinativo e não vincula o Procurador-Geral. Este procedimento também se aplica ao MP do Distrito Federal e Territórios, mas neste caso os autos não vão para o Procurador-Geral da República e sim para o Procurador-Geral do Distrito Federal.

Nos casos envolvendo competência originária, não há que se falar em aplicação do art.

28 do CPP.⁵² O pedido do Procurador-Geral é de observância obrigatória como já decidiu o STJ ou mesmo de qualquer membro do Ministério Público que atue em sede de competência originária:

“Se membro do MPF, atuando no STJ, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação que tramitem originariamente perante esse Tribunal Superior, este, mesmo considerando improcedentes as razões invocadas, deverá determinar o arquivamento solicitado, sem a possibilidade de remessa para o Procurador-Geral da República, não se aplicando o art. 28 do CPP. Isso porque a jurisprudência do STJ é no sentido de que os membros do MPF atuam por delegação do Procurador-Geral da República na instância especial. Assim, em decorrência do sistema acusatório, nos casos em que o titular da ação penal se manifesta pelo arquivamento de inquérito policial ou de peças de informação, não há alternativa, senão acolher o pedido e determinar o arquivamento. Nesse passo, não há falar em aplicação do art. 28 do CPP nos procedimentos de competência originária do STJ”(Inq 967-DF, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 18.3.15) De nossa parte entendemos que o arquivamento do inquérito policial não deve passar pelo crivo do juiz. Ao passar pelo crivo do juiz este juiz é forçado a emitir um juízo sobre os fatos narrados.⁵³

Quando ele emite um juízo de que há provas, este juiz acaba por perder a imparcialidade para julgar o caso na hipótese de virar processo. O sistema acusatório nesta hipótese é ferido de morte.⁵⁴

O Código de Processo Penal é que precisa adaptar-se ao sistema acusatório e não o contrário. Daí porque entendemos que o sistema de controle do arquivamento deve ser unicamente feito dentro do Ministério Público.

É comum que alguns leitores nessa hora costumem pensar que não há problemas, pois suas comarcas possuem mais de um juiz ou mais de uma vara. Ora é preciso sempre pensar com os olhos voltados para o Brasil. Raras são as comarcas em que isso acontece. A maioria das comarcas do Brasil é formada por um único juiz que cuida de todos os processos e inquéritos.

Enquanto vigorar o sistema do art. 28 teremos quebras diárias do sistema acusatório, pois o mesmo juiz que decidiu que havia indícios suficientes de autoria é o juiz que irá julgar a causa. E, o que é pior, esta quebra é vista com naturalidade pela imensa maioria da doutrina e o pacífico posicionamento da jurisprudência.

Um sistema que se mostraria adequado para solucionar este feito seria a troca de juízes. A lei deveria prever que o juiz que aplicasse o art. 28 do CPP ficaria impedido de julgar o processo e assumiria seu substituto automático (ou o juiz da vara ao lado ou o juiz da comarca mais próxima).

Por fim, de se notar que, embora não conste expressamente no art. 28, a *práxis* consagrou a possibilidade de o Procurador-Geral baixar os autos para a realização de diligências antes de tomar alguma daquelas posturas mencionadas no art. 28 do CPP.

6.6.3.1. Modalidades de arquivamento

A doutrina apresenta duas modalidades de arquivamento: o arquivamento implícito e o arquivamento indireto.

Quanto ao arquivamento indireto, sua primeira manifestação surge em julgado do Plenário do STF de 01.04.1982. No caso discutido, Procurador da República entendeu que era incompetente para que o inquérito prosseguisse naquele juízo federal e requereu ao

juiz que remetesse os autos para a Justiça Estadual. O juiz discordou do entendimento do promotor e o STF teve então que se debruçar sobre qual a solução correta a ser dada neste caso.

Entendeu o STF que quando o promotor requer a remessa dos autos a outro juízo e o juiz discorda, tem-se a figura do arquivamento indireto, devendo o juiz aplicar o art. 28 do CPP por analogia e remeter os autos ao Procurador-Geral (CAtr 12-1/BA, j. 01.04.1982, rel. Min. Rafael Mayer, Plenário do STF).

Assim, haverá arquivamento indireto sempre que o promotor entender que a competência é de outro juízo e o juiz discordar, devendo aplicar no caso o art. 28 do CPP.

Com a devida vênia, quer nos parecer que a questão não se mostra correta. O problema de competência não pode ser definido ao largo do órgão judicial. Entendemos que a razão neste caso está com Gustavo Badaró,⁵⁵ que sustenta que o promotor, nesta situação, deve oferecer a denúncia e opor exceção de incompetência para a jurisdicionalização da questão.

Já a figura do arquivamento implícito se dá em outra situação. O arquivamento implícito ocorreria sempre que o promotor deixasse de oferecer denúncia contra um dos indiciados (arquivamento implícito subjetivo) ou em face de um dos crimes (arquivamento implícito objetivo).⁵⁶

O entendimento prevalente é no sentido de que não existe a figura do arquivamento implícito em nosso sistema.⁵⁷ O não oferecimento de denúncia em face de um dos indiciados ou de um dos crimes investigados não gera arquivamento implícito, conforme se verifica de trecho de acórdão do STF:

“2. A jurisprudência deste Supremo Tribunal é firme no sentido de que não há arquivamento implícito de ação penal pública” (STF, HC 127011 AgR/RJ, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 12.05.2015).”

E também o STJ possui o mesmo entendimento:

“3. Nos termos dos precedentes desta Corte não se admite o arquivamento implícito de ação penal pública no ordenamento jurídico brasileiro.” (STJ, RHC 48710/SP, rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 05.05.2016)”

Havendo mais de um indiciado ou mais de um delito, se o MP oferecer denúncia apenas a um deles, poderá propor nova ação contra o outro, no prazo determinado por lei.⁵⁸

Pode haver retratação do pedido de arquivamento antes da decisão do juiz, ante a troca do Procurador-Geral da República? Para o STF não é possível, pois o entendimento do arquivamento é da instituição e não do ocupante do cargo (STF, Inq. 2.028/BA):

“Na hipótese dos autos, o procurador-geral da República requerera, inicialmente, o arquivamento dos autos, tendo seu sucessor oferecido a respectiva denúncia sem que houvessem surgido novas provas. Na organização do Ministério Público, vicissitudes e desavenças internas, manifestadas por divergências entre os sucessivos ocupantes de sua chefia, não podem afetar a unicidade da instituição. A promoção primeira de arquivamento pelo Parquet deve ser acolhida, por força do entendimento jurisprudencial pacificado pelo Supremo Tribunal Federal, e não há possibilidade de retratação, seja tácita ou expressa, com o oferecimento da denúncia, em especial por ausência de provas novas. Inquérito arquivado, em relação ao senador da República, e determinada a remessa dos

autos ao Juízo de origem, quanto aos demais denunciados.” (STF, Inq 2028/BA, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 28.04.2004)”

Pacelli⁵⁹ entende que poderia ser reaberto o inquérito, uma vez que “o *fato jurídico* que impede a reabertura do inquérito e, assim, *indiretamente, a retratação* da pretensão de arquivamento, é exatamente a *decisão judicial* nesse sentido. Inexistente esta, a manifestação anterior não poderia se encontrar acobertada por efeitos preclusivos, mesmo de ordem temporal”.

6.6.3.2. Recorribilidade do arquivamento

Como regra geral, a decisão do magistrado que determina o arquivamento não é objeto de recurso, ou seja, é irrecorrível. Há exceções, contudo, previstas em leis especiais uma exceção criada pela jurisprudência:

a) Nos crimes contra a economia popular caberá recurso de ofício pelo juiz (tecnicamente conhecido como reexame necessário) – art. 7.º Lei 1.521/1951.

b) Nos crimes contra a saúde pública também caberá recurso de ofício pelo juiz (reexame necessário) – art. 7.º Lei 1.521/1951.

c) Na contravenção de jogo do bicho, desde que este fora do Juizado Especial Criminal caberá recurso em sentido estrito quando o inquérito foi instaurado por *delatio criminis* – art. 6.º, parágrafo único, Lei 1.508/1951.

d) Na contravenção de aposta em corrida de cavalos fora do hipódromo também caberá recurso em sentido estrito – art. 6.º, parágrafo único, da Lei 1.508/1951.

e) Quando a decisão pelo arquivamento for teratológica, a vítima poderá impetrar mandado de segurança contra a decisão do juiz conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“Contudo, no caso vertente, verifica-se que a controvérsia reside na circunstância de tal decisão ter sido proferida em desacordo com o princípio da legalidade, visto que o Magistrado de primeiro grau não respeitou os ditames dos arts. 109 e 110 do CP, que regem a matéria a respeito da prescrição, atuando fora da esfera estabelecida pelo legislador. 5. Por conseguinte, é possível o conhecimento do mandado de segurança no âmbito penal, notadamente quando impetrado contra decisão teratológica, que, no caso, determinou o arquivamento de inquérito policial por motivo diverso do que a ausência de elementos hábeis para desencadear eventual persecução penal em desfavor do indiciado” (STJ, HC 123.365/SP, j. 22.06.2010, rel. Min. Og Fernandes).

Em todos estes casos acima apresentados, caso seja dado provimento ao recurso ou ao mandado de segurança significa que o Tribunal entendeu que o juiz deveria ter aplicado o art. 28 do CPP, de forma que remeterá os autos ao Procurador-Geral de Justiça para as providências contidas no art. 28 do CPP.

Entendemos ser importante permitir a manifestação do ofendido em sede de arquivamento do inquérito policial. Esta legitimação da decisão que se efetiva pelo procedimento tem caráter democrático e republicano, não sendo adequado impedir a atuação do ofendido ou de seus sucessores. O STJ entretanto parece alterar sua posição anterior, tendo a sua Corte Especial decidido justamente pelo contrário:

“Na ação penal pública incondicionada, a vítima não tem direito líquido e certo de impedir o arquivamento do inquérito ou das peças de informação. Considerando que o

processo penal rege-se pelo princípio da obrigatoriedade, a propositura da ação penal pública constitui um dever, e não uma faculdade, não sendo reservado ao Parquet um juízo discricionário sobre a conveniência e oportunidade de seu ajuizamento. Por outro lado, não verificando o Ministério Público material probatório convincente para corroborar a materialidade do delito ou a autoria delitiva ou entendendo pela atipicidade da conduta, pela existência de excludentes de ilicitude ou de culpabilidade, ou, ainda, pela extinção da punibilidade, pode requerer perante o Juiz o arquivamento do inquérito ou das peças de informação. O magistrado, concordando com o requerimento, deve determinar o arquivamento, que prevalecerá, salvo no caso de novas provas surgirem a viabilizar o prosseguimento das investigações pela autoridade policial (art. 18 do CPP). Se discordar, porém, deve o magistrado encaminhar o pedido de arquivamento, com o inquérito ou peças de informação, à consideração do Procurador-Geral de Justiça, o qual deverá: a) oferecer a denúncia, ou designar outro órgão ministerial para fazê-lo; ou b) insistir no arquivamento, estando, nessa última hipótese, obrigado o Juiz a atender. Poderá, ainda, o Procurador-Geral requerer novas diligências investigatórias. Há, portanto, um sistema de controle de legalidade muito técnico e rigoroso em relação ao arquivamento de inquérito policial, inerente ao próprio sistema acusatório. No exercício da atividade jurisdicional, o Juiz, considerando os elementos trazidos nos autos de inquérito ou nas peças de informações, tem o poder-dever de anuir ou discordar do pedido de arquivamento formulado pelo Ministério Público. Não há, porém, obrigação de, em qualquer hipótese, remeter os autos para nova apreciação do Procurador-Geral. Assim, se constatar pertinência nos fundamentos do pedido de arquivamento, o Juiz terá o poder-dever de promover o arquivamento, não cabendo contra essa decisão recurso. Ademais, no sistema processual penal vigente, a função jurisdicional não contempla a iniciativa acusatória, de maneira que, do mesmo modo que não poderá o Juiz autoprovocar a jurisdição, não poderá obrigar o Ministério Público, diante de sua independência funcional, a oferecer a denúncia ou a ter, em toda e qualquer hipótese, reexaminado o pedido de arquivamento pela instância superior, o respectivo Procurador-Geral. Ao Ministério Público cabe formar a *opinio delicti* e, se entender devido, oferecer a denúncia. Desse modo, uma vez verificada a inexistência de elementos mínimos que corroborem a autoria e a materialidade delitivas, pode o Parquet requerer o arquivamento do inquérito, e o Juiz, por consequência, avaliar se concorda ou não com a promoção ministerial. Uma vez anuindo, fica afastado o procedimento previsto no art. 28 do CPP, sem que, com isso, seja violado direito líquido e certo da possível vítima de crime de ver processado seu suposto ofensor (RMS 12.572-SP, Sexta Turma, DJ de 10/9/2007). Cumpre salientar, por oportuno, que, se a vítima ou qualquer outra pessoa trazer novas informações que justifiquem a reabertura do inquérito, pode a autoridade policial proceder a novas investigações, nos termos do citado art. 18 do CPP. Nada obsta, ademais, que, surgindo novos elementos aptos a ensejar a persecução criminal, sejam tomadas as providências cabíveis pelo órgão ministerial, inclusive com a abertura de investigação e o oferecimento de denúncia.” (STJ, MS 21.081-DF, Rel. Min. Raul Araújo, j. 17.06.15)

6.6.4. Desarquivamento do inquérito policial

A decisão que determina o arquivamento do inquérito policial não gera coisa julgada material, ou seja, é possível desarquivar o inquérito e retomar as investigações caso haja novas provas que conduzam ao esclarecimento do crime e desde que não esteja extinta a punibilidade conforme se depreende do art. 18 do CPP e Súmula 524 do STF.⁶⁰

É preciso, porém, que se entenda o que significam provas novas. Há dois tipos de provas novas, as provas formalmente novas (são as que não existiam no processo, mas não trazem nenhum dado novo) e as provas substancialmente novas (são as que trazem um dado novo para o processo). Somente as provas substancialmente novas é que permitem o desarquivamento do inquérito policial.

Assim, imagine-se a seguinte situação hipotética: Gabriel G. M. foi investigado pelo homicídio de William S. Durante as investigações foram ouvidas três testemunhas, Edgard, Alan e Poe. As três testemunhas disseram que viram o suspeito entrar na casa da vítima, ouviram tiros, viram o suspeito sair da casa da vítima e encontram-na morta. O inquérito foi arquivado por falta de indícios suficientes de autoria. Passado um ano surge uma nova testemunha, Peter P, que reproduz o mesmo teor dos depoimentos anteriormente prestados. Ora, nesta situação, não há que se falar em prova substancialmente nova a justificar o desarquivamento do inquérito policial pois não fora trazido dado novo.

Há, contudo, situações em que se reconhece que o arquivamento do inquérito policial faz coisa julgada material:

a) quando o juiz reconhecer a atipicidade da conduta, ou seja, que o fato imputado não constitui crime;⁶¹

b) quando for declarada extinta a punibilidade (salvo nos casos em que haja certidão de óbito falsa, como se verá no capítulo de ação penal),⁶²

Nestas hipóteses a declaração do magistrado pela atipicidade da conduta ou pela extinção de punibilidade haverá coisa julgada material de maneira que não poderá ser desarquivado o inquérito policial.

Mesmo que o arquivamento seja promovido por juízo absolutamente incompetente entende-se que pelos princípios do *favor rei*, *favor libertatis* e *ne bis in idem* não é possível a reabertura de inquérito policial no juízo competente:

“Cuida-se de *habeas corpus* em que se discute, em síntese, se a decisão que determina o arquivamento do inquérito policial no âmbito da Justiça comum, reconhecendo a atipicidade do fato e a incidência de cláusula excludente da ilicitude, impede o recebimento da denúncia pelo mesmo fato perante a Justiça especializada, no caso a Justiça Militar. A Turma concedeu a ordem ao entendimento de que a decisão de arquivamento do inquérito policial no âmbito da Justiça comum, acolhendo promoção ministerial no sentido da atipicidade do fato e da incidência de causa excludente de ilicitude, impossibilita a instauração de ação penal na Justiça especializada, uma vez que o Estado-Juiz já se manifestou sobre o fato, dando-o por atípico, o que enseja coisa julgada material. Registrou-se que, mesmo tratando-se de decisão proferida por juízo absolutamente incompetente, deve-se reconhecer a prevalência dos princípios do *favor rei*, *favor libertatis* e *ne bis in idem*, de modo a preservar a segurança jurídica que o ordenamento jurídico demanda. Precedentes citados do STF: HC 86.606-MS, DJ 03.08.2007; do STM: CP-FO 2007.01.001965-3-DE, DJ 11.01.2008; do STJ: APn 560-RJ, DJe 29.10.2009; HC 90.472-RS, DJe 03.11.2009; RHC 17.389-SE, DJe 07.04.2008; HC 36.091-RJ, DJ 14.03.2005, e HC 18.078-RJ, DJ 24.06.2002” (STJ, HC 173.397/RS, j. 17.03.11, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura).

O Superior Tribunal de Justiça entende que nesta hipótese de extinção da punibilidade deve ser excluída informação do indiciado constante de folha de antecedentes por violar a proteção da intimidade:

“É indevida a manutenção na folha de antecedentes criminais de dados referentes a processos nos quais foi reconhecida a extinção da pretensão punitiva estatal. Não há por que serem mantidos os registros do investigado ou processado no banco de dados do instituto de identificação nos casos de arquivamento do inquérito policial, absolvição, reabilitação ou extinção da punibilidade pelo advento da prescrição, porquanto as referidas informações passam a ser de interesse meramente eventual do juízo criminal. A

manutenção dos dados na folha de antecedentes criminais nessas circunstâncias constitui ofensa ao direito à preservação da intimidade de quem foi investigado ou processado. Assim, os dados deverão ficar apenas registrados no âmbito do Poder Judiciário e disponibilizados para consultas justificadas de juízes criminais” (STJ, RMS 29.273/SP, j. 20.09.2012, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura).

Não há manifestação quanto à atipicidade da conduta, no entanto, por dever de coerência, o raciocínio deve ser o mesmo. Desde que o arquivamento do inquérito policial faça coisa julgada material não deve constar na folha de antecedentes do indivíduo.

Há, porém, questão polêmica referente ao arquivamento fundamentado em excludente de ilicitude. O STF tem o entendimento de que este arquivamento não faz coisa julgada material. No entanto, o próprio Supremo está revendo esta questão no *Habeas Corpus* 87.395/PR de Relatoria do Min. Ricardo Lewandowski e a tendência é que altere seu posicionamento. O feito ainda não foi julgado.⁶³

O STJ antes mesmo do julgamento do HC do Supremo Tribunal Federal acima mencionado entende que faz coisa julgada material o arquivamento do inquérito policial fundado em causa excludente da ilicitude:

“Promovido o arquivamento do inquérito policial pelo reconhecimento de legítima defesa, a coisa julgada material impede a rediscussão do caso penal em qualquer novo feito criminal, descabendo perquirir a existência de novas provas. Isso porque a decisão judicial que define o mérito do caso penal, mesmo no arquivamento do inquérito policial, gera efeitos de coisa julgada material. Ademais, a decisão judicial que examina o mérito e reconhece a atipia ou a excludente da ilicitude é prolatada somente em caso de convencimento com grau de certeza jurídica pelo magistrado. Assim, na dúvida se o fato deu-se em legítima defesa, a previsão legal de presença de suporte probatório de autoria e materialidade exigiria o desenvolvimento da persecução criminal. Ressalte-se que a permissão de desarquivamento do inquérito pelo surgimento de provas novas contida no art. 18 do CPP e na Súmula 524/STF somente tem incidência quando o fundamento do arquivamento for a insuficiência probatória – indícios de autoria e prova do crime. Pensar o contrário permitiria a reabertura de inquéritos por reavaliação jurídica e afastaria a segurança jurídica das soluções judiciais de mérito, como no reconhecimento da extinção da punibilidade, da atipia ou de excludentes da ilicitude.” (STJ, Resp 791471/RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 25.11.14)

O STF contudo, abandonando o julgamento do feito acima mencionado julgou este tema em data posterior ao STJ e entendeu não haver coisa julgada material mesmo em se tratando de causa excludente da ilicitude:

“O arquivamento de inquérito policial em razão do reconhecimento de excludente de ilicitude não faz coisa julgada material. Esse o entendimento da Segunda Turma, que, em conclusão de julgamento e por maioria, denegou a ordem em “habeas corpus” em que se pleiteava o reconhecimento da coisa julgada material e a extinção de ação penal. No caso, em razão da suposta prática do delito de homicídio tentado (CP, art. 121, § 2º, IV, c/c art. 14, II), foram instaurados dois inquéritos — um civil e um militar — em face do ora paciente e de corréus. O inquérito policial militar fora arquivado em 21.10.1993, a pedido do Ministério Público, que entendera que os agentes teriam agido em estrito cumprimento de dever legal. Já no inquérito policial civil, o paciente fora denunciado em 23.12.1998 e, instruída a ação penal, condenado à pena de 10 anos de reclusão. O Colegiado, inicialmente, destacou que, à época em que proferida a decisão determinando o arquivamento do inquérito policial militar, a Justiça Castrense seria competente para processar e julgar o paciente pelo delito em questão, já que somente com o advento da Lei 9.299/1996 teria sido deslocado o julgamento dos crimes dolosos contra a vida de civis

para o tribunal do júri. Por outro lado, consoante o Enunciado 524 da Súmula do STF, decisão proferida por juiz competente, em que tivesse sido determinado o arquivamento de inquérito a pedido do Ministério Público, em virtude de o fato apurado estar coberto por causa excludente de ilicitude, não obstaría o desarquivamento quando surgissem novas provas, reiterado o que decidido no HC 95.211/ES (DJe de 22.8.2011). A decisão da Justiça Militar, na hipótese em comento, não afastara o fato típico ocorrido, mas sim sua ilicitude, em razão do estrito cumprimento do dever legal, que o Ministério Público entendera provado a partir dos elementos de prova de que dispunha até então. Nesse diapasão, o eventual surgimento de novos elementos de convicção teria o condão de impulsionar a reabertura do inquérito na justiça comum, a teor do art. 18 do CPP (“Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia”). Na espécie, a simples leitura das provas constantes dos autos apontaria uma nova versão para os fatos delituosos, em consequência do prosseguimento das investigações na justiça comum, não havendo impedimento legal para a propositura da nova ação penal contra o paciente naquela seara. Vencido o Ministro Teori Zavascki (relator), que entendia estar configurada a coisa julgada material. (STF, HC 125101/SP, rel. orig. Min. Teori Zavascki, red. p/ o acórdão Min. Dias Toffoli, 25.08.2015.)

Entendo que a razão está com o STF. Não se pode conceder ao arquivamento do inquérito policial efeito típico daquele promovido por sentença, em que há cognição plena ou exauriente. Nem se diga que seria o mesmo efeito dado à atipicidade da conduta. É que o juízo de cognição necessário para a análise da atipicidade da conduta é mais simples do que aquele envolvendo causas excludentes da ilicitude. Acompanhamos assim a posição do STF. Não encontramos julgamento do STJ sobre este tema posteriormente à decisão do STF.

O inquérito policial também poderá ser encerrado pela via do trancamento. O trancamento do inquérito policial quando não houver justa causa, ou seja, quando há indícios evidentes da inocência do indiciado, ou quando há atipicidade da conduta ou ainda quando esteja extinta a punibilidade.

Esta situação contudo é medida excepcional e que deve estar plenamente comprovada e desde logo, sem que haja necessidade de aprofundamento do contexto fático probatório como reconhece a jurisprudência conforme se verifica de ambos os julgados abaixo indicados

“2. É assente a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o trancamento de ação penal ou de inquérito policial, em sede de habeas corpus, constitui medida excepcional, somente admitida quando restar demonstrado, sem a necessidade de exame do conjunto fático-probatório, a atipicidade da conduta, a ocorrência de causa extintiva da punibilidade ou a ausência de indícios suficientes da autoria ou prova da materialidade.” (STJ, HC 326.959/SP, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 01.09.2016)

O conteúdo da justa causa precisa ser melhor definido pelos Tribunais Superiores, pois ora se utiliza um conteúdo e ora outro. O tema da falta de justa causa será mais bem tratado no capítulo da ação penal.

Trancado o inquérito policial é de se discutir o destino do material probatório existente no inquérito que fora trancado. Vale dizer, poderá ser usado em nova investigação o material que fora anteriormente colhido no inquérito trancado?

O STJ entendeu que sim conforme se vê do seguinte julgado:

“A fim de não restarem dúvidas, porém, torno certo que a concessão da ordem por

inválida investigação desenvolvida na polícia federal, acarreta também a invalidação dos indiciamentos ali realizados e pertinentes registros desfavoráveis a indiciados, isto atingindo a todos por aquela investigação perseguidos. A prova poderá ser aproveitada na polícia civil, a quem competirá realizar novas oitivas, indiciamento e validamente conduzir a persecução investigatória plena.” (STJ, Edcl no RHC 50054/SP, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 04.12.14).

De nossa parte entendemos que a questão não pode ser decidida de maneira unicamente ambivalente com um simples sim ou não. Entendemos que o material colhido no inquérito policial trancado poderá ser utilizado ou não a depender do motivo que ensejou o trancamento do inquérito policial. Se o motivo pelo qual houve o trancamento do inquérito policial é daqueles que contaminam todo o material colhido, então nada poderá ser aproveitado. Caso contrário, o que não estiver contaminado poderá ser usado.

Assim, a título de exemplo, caso seja determinado o trancamento do inquérito policial dada a ilicitude da prova e conseqüente desentranhamento e inutilização, tudo o que dela decorrer não poderá ser utilizado em outro inquérito.

Por outro lado, caso seja trancado o inquérito policial por violação da Súmula Vinculante 24 não há justificativa para que não seja utilizado, posteriormente, o material produzido no inquérito policial.

6.7. Técnicas especiais de investigação

Tem surgido na doutrina a utilização de terminologia nova ligada à investigação, trata-se das chamadas técnicas especiais de investigação. As técnicas especiais de investigação encontram previsão normativa na Convenção de Palermo, mais precisamente em seu art. 20 que dispõe:

“Artigo 20 – Técnicas especiais de investigação

1. Se os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico nacional o permitirem, cada Estado-Parte, tendo em conta as suas possibilidades e em conformidade com as condições prescritas no seu direito interno, adotará as medidas necessárias para permitir o recurso apropriado a entregas vigiadas e, quando o considere adequado, o recurso a outras técnicas especiais de investigação, como a vigilância eletrônica ou outras formas de vigilância e as operações de infiltração, por parte das autoridades competentes no seu território, a fim de combater eficazmente a criminalidade organizada.

2. Para efeitos de investigações sobre as infrações previstas na presente Convenção, os Estados Partes são instados a celebrar, se necessário, acordos ou protocolos bilaterais ou multilaterais apropriados para recorrer às técnicas especiais de investigação, no âmbito da cooperação internacional. Estes acordos ou protocolos serão celebrados e aplicados sem prejuízo do princípio da igualdade soberana dos Estados e serão executados em estrita conformidade com as disposições neles contidas.

3. Na ausência dos acordos ou protocolos referidos no parágrafo 2 do presente Artigo, as decisões de recorrer a técnicas especiais de investigação a nível internacional serão tomadas casuisticamente e poderão, se necessário, ter em conta acordos ou protocolos financeiros relativos ao exercício de jurisdição pelos Estados Partes interessados.

4. As entregas vigiadas a que se tenha decidido recorrer a nível internacional poderão incluir, com o consentimento dos Estados Partes envolvidos, métodos como a interceptação de mercadorias e a autorização de prosseguir o seu encaminhamento, sem alteração ou

após subtração ou substituição da totalidade ou de parte dessas mercadorias.”

Danilo Andreato, partindo da definição legal, as define como “(...) meios de prova ou de obtenção de elementos de prova utilizados quando da inviabilidade de obtê-los por intermédio dos instrumentos investigativos convencionais, em última análise restritos a provas documental e/ou testemunhal, insuficientes para dar corpo ao dever de proteção e direito à segurança principalmente em face das características estruturais do crime organizado e da complexidade dos delitos econômicos e transnacionais do cometidos por grupos dessa espécie”.⁶⁴ Luiz Rascovski também as define como “(...)novos e possíveis meios de investigação para obtenção de provas essenciais que levem à penalização das organizações criminosas (...)”.⁶⁵

De igual forma temos a definição apresentada por Hans Nilsson como “techniques for gathering information systematically in such a way as not to allow the target person to know of them, applied by law enforcement official for the purpose of detecting and investigating crimes and suspects”.⁶⁶

Não há dúvida de que, ao menos por força da previsão convencional, nossos olhos devem se voltar a este fenômeno: técnicas especiais de investigação. De todas as definições acima apresentadas salta aos olhos que a clandestinidade é uma das características essenciais das técnicas especiais de investigação.⁶⁷ Este elemento de clandestinidade fica ainda mais claro quando pensamos nas técnicas especiais de investigação expressamente mencionadas na Convenção de Palermo: a) entrega vigiada; b) vigilância eletrônica; c) infiltração.

Ora, fica então uma pergunta que ainda me parece fundamental: qual o sentido do termo “técnicas especiais de investigação”? Precisamos do uso deste termo? Haverá outro termo em nosso ordenamento que represente melhor estas medidas?

O caráter clandestino de todas estas técnicas de investigação faz com que sejam reconhecidas como meios de obtenção de prova. Meios de obtenção de prova consistem em mecanismos de produção probatória que restringem direitos fundamentais, notadamente a privacidade.

Contudo, se esta técnicas especiais de investigação são meios de obtenção de prova, porque a Convenção de Palermo fez uso do termo “técnicas especiais de investigação”? Creio que a chave toda está em buscar a origem do termo, ou seja, a Convenção de Palermo.

A alta especialidade das organizações criminosas exige que a investigação utilize técnicas de inteligência normalmente não utilizadas para os demais crimes e sem a coordenação que os demais crimes possuem.

Assim, a título de comparação, um simples crime de furto não exige as mesmas técnicas investigativas que uma organização criminosa que seja estruturada para a prática de crimes variados que lesem o patrimônio público.

Desta forma entendo que o sentido utilizado pela Convenção de Palermo para o termo “técnicas especiais de investigação” é o de reforço à ideia de investigação coordenada pela autoridade policial com a utilização em especial de meios de obtenção de prova.

6.8. A investigação: crises e transformações do modelo vigente

No modelo original traçado pelo legislador temos um esquema processual bifásico

baseado no binômio pesquisa-justificação. Vale dizer, a investigação preliminar baseia-se na ideia de pesquisa e justificação da hipótese para que seja oferecida a denúncia por parte da acusação.

O modelo é traçado de forma a que haja esta fase inicial com sigilo externo como regra e, posteriormente, com o início da ação penal é desenvolvido o processo público, com ausência de sigilo em regra.

Este modelo traçado pelo legislador conduz a problemas graves.

Em primeiro lugar, podemos destacar a concorrência de atribuições ou, o que é até mesmo pior, a concorrência entre os papéis exercidos pelos distintos sujeitos que atuam no inquérito policial. Assim, por exemplo, a falta de delimitação clara dos papéis destinados ao Ministério Público e à Polícia no inquérito policial leva invariavelmente a tensões entre ambas as instituições. Há aparente litigiosidade contida nas relações entre ambas as instituições que acaba por explodir nos casos em que haja a intervenção da mídia, notadamente quando se trata de questões envolvendo competência originária dos tribunais.

É preciso que seja traçado novo modelo investigativo em que sejam delimitados adequadamente os papéis de cada um dos atuantes no inquérito policial. É preciso que haja clareza na delimitação dos papéis, pois apenas por meio desta clareza é que serão atenuadas as tensões existentes entre as distintas carreiras.

Também é preciso que o juiz seja cada vez mais afastado do inquérito policial em reforço ao sistema acusatório. Por isso são bem vindas as reformas do processo penal que buscaram esta limitação do papel do juiz no inquérito policial como é a reforma que limitou a atuação do juiz em relação às medidas cautelares pessoais dando nova redação ao art. 282 do CPP.

Daí porque, como dito acima, precisamos repensar o papel do art. 28 do CPP em nosso sistema. Trata-se de manifestação do sistema inquisitivo, em que o juiz faz as vezes de acusador. Precisamos evoluir para a concretização no modelo legal do desenho constitucional do sistema acusatório.

Outra questão relevante que precisa ser revista no modelo atual de relações entre o inquérito e o processo refere-se aos elementos de investigação e as provas existentes no inquérito policial e que acompanham a denúncia oferecida pelo Ministério Público.

Enquanto aquilo que não for irrepetível, cautelar ou antecipado produzido no inquérito policial acompanhar a denúncia correremos o eterno risco de continuar com o sistema em que a produção probatória em juízo visa apenas confirmar aquilo que se produziu no inquérito policial.

Este modelo desenvolvido de pesquisa no inquérito com afastamento por completo da defesa gera, não raras vezes, a impressão no cidadão de que aquilo que vai ser feito em juízo é mera repetição do existente no inquérito.

Quando esta repetição não se confirma em juízo, o sentimento de frustração e desconfiança por parte do leigo na justiça acaba sendo natural. Pode parecer estranho que em um livro técnico, destinado a técnicos, fale-se dos problemas existentes em relação ao leigo.

No entanto, não podemos, nós do direito, viver em processo de ignorância em relação ao cidadão, em processo de exclusão do outro. Vale dizer, o Direito é importante demais

para que seja confinado a um único grupo de pessoas, sejam elas técnicos ou políticos.

Este modelo de investigação do inquérito também gera outro inconveniente: trata-se do julgador ver-se influenciado de tal forma que sua atividade vise simplesmente a confirmar os dados constantes do inquérito policial.

O que se busca com estes questionamentos é aprimorar o sistema, de forma que se caminhe em direção ao sistema acusatório. Desta forma, sistema mais imparcial, com efetivação ampla da paridade de armas, tende a ser sistema mais justo do que aquele em que uma das partes tem sua posição elevada em relação à outra sem que haja justificativa ontológica para a disparidade de tratamentos.

FOOTNOTES

1

Na doutrina, negando a possibilidade do Ministério Público instaurar e conduzir a investigação criminal, entre outros NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 13. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 105: “O tema é, sem dúvida, controverso, comportando várias visões a respeito, mas cremos inviável que o promotor de justiça, titular da ação penal, assumo, sozinho, a postura de órgão investigatório, substituindo a polícia judiciária e produzindo inquéritos visando à apuração de infrações penais e de sua autoria”; Entende Tourinho (*Manual de processo penal*. 16. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 154) que “para que possam proceder as investigações [Ministério Público], necessária será emenda constitucional alterando não só aquela disposição [art. 129, I e VIII, da CF] como também a do art. 144 do mesmo diploma. E, se a emenda vier, que se faça a coisa perfeita: transferindo-se as atuais funções dos Delegados aos membros do Ministério Público. Permitir a estes apenas as investigações dos crimes do colarinho branco é subestimar e afrontar a atividade daqueles que lutam corpo a corpo com a criminalidade”.

2

Sobre tal possibilidade, cf.: FELDENS, Luciano; SCHIMIDT, Andrei Zenkner. *Investigação criminal e ação penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 58 e ss.

3

De acordo com BADARÓ (*Processo penal*. 4 ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 153-154). “Em um regime em que vigora a ‘legalidade da inteira repressão’, na feliz síntese de Figueiredo Dias (*Direito...*, p. 77), não há como admitir que tal disciplina possa se dar por ato diverso de lei, suprindo, pois, tal *déficit* legislativo, a Res. 13/2006, do Conselho Superior do Ministério Público Federal. Nesse mesmo sentido: FERNANDES, Scarance. *O equilíbrio na investigação...*, p. 326; GIACOMOLLI, *A fase preliminar...*, p. 67”.

4

. GRINOVER, Ada Pelegrini. Investigações pelo Ministério Público. *Boletim IBCCRIM*, n. 145, p. 4, São Paulo, dez. 2004.

5

. O art. 77, § 1.º, parte final, determina que o exame de corpo de delito é dispensável quando a materialidade delitiva estiver demonstrada por boletim médico ou prova equivalente.

6

. MACHADO, André Augusto Mendes. *A investigação defensiva*. Dissertação de mestrado. USP. p. 153.

7

. De acordo com BADARÓ (*Processo penal*. cit., p. 148) “Os arts. 391-bis a 391 decies do CPP preveem ações cabíveis na investigação defensiva: conversa informal com testemunhas; pedido de declaração escrita a testemunhas; obtenção de declarações de testemunhas registradas documentalmente; requisição de documentos à Administração Pública; acesso a locais públicos ou abertos ao público, para verificação do estado do lugar ou de coisas; acesso a lugares privados ou não abertos ao público, desde que haja concordância de quem tem disponibilidade do lugar ou autorização judicial”.

8

. No mesmo sentido, MARQUES, Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Millennium Editora, 2009. vol. 1, p. 120): “Costuma-se dividir a polícia criminal em *administrativa e judiciária*”. TOURINHO FILHO (*Manual de processo penal*. 16. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 110) divide as polícias em “Administrativa, de Segurança e Judiciária”; BADARÓ (*Processo penal*. cit., p. 113) faz referência apenas a polícia de segurança e polícia judiciária. Aury Lopes Júnior (*Direito processual penal*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 121-122) assim divide as polícias: “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 e, no âmbito federal, pela Polícia Federal. (...) 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”.

9

. TOURINHO FILHO (*Manual de processo penal*. cit., p. 110) denomina de polícia administrativa “aquela que tem por objeto “as limitações impostas a bens jurídicos individuais”, limitações essas que visam a assegurar o ‘completo êxito da administração’”, dando como

exemplo a Polícia Aduaneira. Já a sua denominação de polícia de segurança é aquela que “tem por objetivo as medidas preventivas, visando à não alteração da ordem jurídica”.

10

. No mesmo sentido NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 12. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 100.

11

. No mesmo sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 12. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 98; MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Millennium Editora, 2009. vol. 1, p. 124; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Cit., p. 114.

12

. Aury Lopes Junior (*Sistemas de investigação, preliminar no processo penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 44) destaca, ainda, duas outras finalidades do inquérito policial: (2) garantia da sociedade: imediata reação ao delito, inclusive como requerimento de medidas cautelares pessoais e patrimoniais; (3) garantia do investigado de não ser processado sem um mínimo de elementos que indiquem a probabilidade da ocorrência de um fato definido como crime e sua autoria.

13

. Em sentido contrário, Scarance Fernandes (*Processo Penal Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 67) entende que o inquérito policial “constitui um conjunto de atos praticados por uma autoridade administrativa”. O inquérito não é um processo administrativo. E vai além: “Sequer o inquérito é procedimento, pois falta-lhe característica essencial do procedimento, ou seja, a formação por atos que devam obedecer a um sequência predeterminada pela lei, em que, após a prática de um ato, passa-se à do seguinte até o último da série, numa ordem necessariamente observada.

14

. CAPRIOLI, Francesco. Org. CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio. *Compendio di procedurapenale*. 5. ed. CEDAM: Padova, 2010. p. 489.

15

. GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p 81.

16

. Nesse sentido: TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. Cit., p. 116; GRECO FILHO, Vicente. Cit., p. 77; MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Cit., p. 124; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 60; FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. Cit., p. 67. Em sentido contrário, TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2. ed. ver. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2004. p. 181 se manifesta pela contrariedade também no inquérito policial.

17

. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 9. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015, p. 792.

18

. Para Tourinho (*Manual de processo penal*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 116) o inquérito em geral não tem caráter punitivo, por isso tem natureza inquisitiva, já o inquérito com vistas à expulsão do estrangeiro tem caráter punitivo, portanto, deve ter o contraditório.

19

. De forma semelhante, destaca NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 10. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 74) que no inquérito “reúne a polícia judiciária todas as provas preliminares que sejam suficientes para apontar, com relativa firmeza a ocorrência de um delito e seu autor”. E, em outro passo da obra, destaca que “o ideal seria coletar documentos e perícias urgentes, fazer oitivas informais e abreviadas, somente para formar, verdadeiramente, a convicção do representante do Ministério Público, encerrando-o, sem maiores delongas ou formalidades” (ib., p. 102).

20

. Nesse sentido: GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. Cit., p. 77; NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. Cit., p. 74.

21

. Segundo classificação de NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 13. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 114 a *notitia criminis* pode ser: “a) direta, quando o próprio delegado, investigando, por qualquer meio descobre o acontecimento; b) indireta, quando a vítima provoca a sua atuação, comunicando-lhe a ocorrência, bem como quando o promotor ou juiz requisitar a sua atuação”.

22

. MARQUES, Frederico. *Elementos...*, vol.1, p. 134.

23

. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. Cit., p. 119.

24

. MARQUES, Frederico. *Elementos...*, vol.1, p. 135.

25

. Nesse sentido: NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. Cit., p. 101; GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. Cit., p. 80. Em sentido contrário: MIRABETE, Julio Fabbrini. Cit., p. 65.

26

. Para NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. Cit., p. 108 o requerimento “é uma solicitação, passível de indeferimento, razão pela qual não tem a mesma força de uma requisição (...) A parte faz um requerimento ao juiz, pleiteando a produção de uma prova, por exemplo”. Já a representação “pode cuidar-se do ato do ofendido que, expondo à autoridade competente o crime do qual foi vítima, pede providências”.

27

. Nesse sentido: OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 17. ed. rev. e ampl. de acordo com as Leis 12.654, 12.683, 12.694, 12.714, 12.735, 12.736, 12.737 e 12.760, todas de 2012. São Paulo: Atlas, 2013. p. 59; JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 320; Id., *O Ministério Público...*, p. 328; RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 24. ed. rev. e atual., São Paulo: Atlas, 2016, p. 20; PRADO, *Sistema acusatório...*, p. 135; LIMA, Marcellus Polastri. *Manual...*, p. 97. Segundo LOPES JUNIOR, Aury (*Direito processual penal* Cit., p. 130): “[...] não cabe ao juiz requisitar abertura de inquérito policial, não só porque a ação penal de iniciativa pública é de titularidade exclusiva do MP, mas também porque é um imperativo do sistema acusatório”.

28

. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual...*, vol.1, p. 224.

29

. No mesmo sentido NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução*

30

. No regime da Lei 9.099/1995, tanto no caso de ação penal condicionada como no caso de ação penal privada, é possível iniciar a persecução penal – isto é, lavrar o termo circunstanciado – sem a representação ou requerimento da vítima. Tanto a representação, na ação penal pública condicionada, quanto a queixa, na ação penal privada, deverão ser oferecidas na audiência preliminar (art. 75, *caput*). De observar, porém, que, no regime da referida lei, o sistema deveria funcionar com a lavratura imediata do termo circunstanciado e o encaminhamento, também imediato, do autor do fato e da vítima ao Juizado, para a realização da audiência preliminar, o que não ocorre na prática.

31

. De acordo com BADARÓ (*Processo Penal*. Cit., p. 132), o auto de prisão não tem o condão de iniciar o inquérito policial, vez que “na ação penal pública condicionada à requisição do Ministro da Justiça, deve ser aplicado, por analogia, o disposto no § 4.º do art. 5.º do CPP, não se admitindo que o inquérito policial se inicie sem tal ato”.

32

. GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. cit., p. 81.

33

. Nesse sentido: MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. Cit., p. 94; NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. Cit., p. 101; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. Cit., p. 137.

34

. AURY LOPES JÚNIOR (*Direito Processual Penal* Cit., p. 129) entende que se “descumprido o prazo fixado em lei, deveria haver uma sanção (algo inexistente), como a pena de “inutilidade dos atos praticados depois de esgotado o prazo” ou mesmo a perda do poder de acusar do Estado pelo decurso do tempo”.

35

. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 13. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 126 entende que a contagem do prazo de duração do inquérito policial diante da prisão do suspeito deve ser contado como prazo penal: “Por isso, entendemos deva ser contado como se faz com qualquer prazo penal, nos termos do art. 10 do Código Penal, incluindo-se o primeiro dia (data da prisão) e excluindo o dia final. Assim, se

alguém, por exemplo, for preso em flagrante no dia 10, tem a polícia judiciária até o dia 19, no final do expediente, para remeter o inquérito a juízo. Outra solução implicaria a dilação do prazo, como se fosse um simples prazo processual, situação inadmissível para quem se encontra cautelarmente detido”, deste mesmo modo entende TOURINHO (*Manual de processo penal*. Cit., p. 150).

36

. Em sentido contrário NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 13. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 126: “Não se usa, por óbvio, a contagem processual que prorroga o prazo vencendo em final de semana ou feriado para o dia útil subsequente, devendo a autoridade policial cuidar de antecipar a entrega dos autos à Vara competente, antes de adentrar data que prevê o fechamento do fórum, sob pena de configuração do constrangimento ilegal. Não se utiliza, tampouco, a prorrogação do início da contagem de um sábado, quando o sujeito foi preso em flagrante, para a segunda-feira, quando há expediente forense. O prazo, nesta hipótese, começa a contar no próprio sábado”.

37

Resposta para esta pergunta: se considerarmos que cada mês tem 30 dias apenas (e não 31) e considerarmos os primeiros 10 dias desta prisão como válidos, chegaremos ao resultado de que foi o prazo desrespeitado por 32 vezes até que fosse reconhecida a ilegalidade da manutenção da prisão.

38

. Nesse sentido: JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. Op. cit., p. 332; PRADO, *Sistema Acusatório...*, p. 175. RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. Cit., 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”.

39

. RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. Cit., p.116.

40

. TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. Cit., p. 261.

41

. Para Aury Lopes Junior (*Direito Processual Penal*. Cit., p. 129) ainda que a lei de crimes

hediondos preveja a possibilidade de prorrogar o prazo de 30 dias por igual período, na prática não deveria acontecer, vez que o prazo inicial já é excessivamente longo, muito além do necessário para que a polícia realize as diligências imprescindíveis que exijam a prisão do imputado.

42

. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. Cit., p. 118; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. cit., p. 78; NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 13. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 131.

43

. GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. Cit., p. 83.

44

. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. cit. p. 143.

45

. Para Aury Lopes Junior (*Direito Processual Penal*. Cit., p. 144) a permissão de identificação criminal do civilmente identificado quando a identificação criminal for essencial às investigações policiais “poderá servir como forma de negar eficácia ao direito de não produzir prova contra si mesmo, quando – por exemplo – o imputado se recusa a fornecer suas digitais para confrontação com aquelas encontradas no local do delito. Diante da recusa, determina o juiz a identificação criminal e o material necessário para a perícia datiloscópica é extraído compulsoriamente, burlando a garantia constitucional do *nemo tenetur se detegere*”. Discordamos do autor na medida em que a restrição à proibição de produção de prova contra si mesmo é princípio constitucional tanto quanto a identificação criminal. Vale dizer, ambos os preceitos são igualmente protegidos pela Constituição Federal de maneira que não se pode utilizar um em detrimento absoluto do outro, devendo ambos conviverem. Este convívio se dá pela correta aplicação da Lei da Identificação Criminal.

46

. Neste sentido NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 13. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 124 com a seguinte ressalva: “Por óbvio, não se pode generalizar a colheita de material biológico, mormente para comparar com dados já obtidos na cena do crime, de modo a incriminar o suspeito. Seria exigir do mesmo a produção de prova contra seus interesses. Porém, o contrário é válido. Se tiver sido geneticamente identificado, em ato posterior, caso a polícia consiga algum dado na cena do delito, nada impede a comparação. Aliás, o mesmo se faz quando se encontra a impressão digital de alguém no lugar onde a infração penal foi cometida”.

47

. Para BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 4 ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016. p. 142: “Por analogia com a regra do *caput* do mesmo art. 7º da lei nº 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”.

48

. Neste sentido NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 13. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 132.

49

. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 4 ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 331.

50

. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. Cit. 611.

51

. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Cit. p. 148.

52

. Nesse sentido: GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. Cit., p. 88; NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. Cit., p. 144; RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. Cit., p. 178. Na jurisprudência: TJSP, Inq. 115.740-0/0, Inq. 116.066-0/1.

53

. RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. cit., p. 78. 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, JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. Op. cit., p. 34, 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”.

54

Nesse sentido BADARÓ (*Processo Penal*. Cit., p. 148) entende que “uma vez mais, aqueles que propugnam pelo afastamento do juiz das atividades de investigação preliminar consideram que o art. 28 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”.

55

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo penal*. 3 ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2015. p. 325.

56

Nesse sentido: JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. Op. cit., p. 171; TOURINHO FILHO, *Manual...*, p. 161; NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. Cit., p. 144-145. Em sentido diverso, RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. Cit., p. 123, 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”.

57

Em sentido contrário MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. cit. p. 82.

58

Pacelli entende que se houver indiciado não incluído na denúncia “cumpre ao magistrado renovar a vista ao órgão do *parquet* para manifestação expressa sobre a exclusão, não se admitindo *arquivamento implícito*. Se o Ministério Público entender inexistir a apontada coautoria e/ou participação e não aditar a inicial, o juiz deve dar prosseguimento ao processo, remetendo cópias do expediente ao órgão de revisão do Ministério Público (art. 28, CPP, e art. 62, LC 75/1993) para que não haja prejuízo à persecução (risco de prescrição)”. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. Op. cit., p. 70.

59

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. Op. cit., p. 72.

60

. Nesse sentido JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. Op. cit., p. 173; RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. Cit., p. 216.

61

. Nesse sentido, no tocante à atipicidade da conduta: MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código de Processo Penal anotado*. Cit., p. 118; NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. Cit., p. 123; FELDENS, Luciano; Schimidt, Andrei Zenkner. *Investigação criminal e ação penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 46. Na jurisprudência: STF, Pet nº 3.927/SP, Pet nº 3.943/MG, HC nº 83.346/SP, HC nº 84.156/MT, HC nº 80.560-4/GO, STJ, RHC nº 17.389/SE, RHC nº 18.099/SC, HC nº 27.574/RJ – RSTJ 195/40, RHC nº 9.118/RS.

62

. Nesse sentido, quanto à extinção da punibilidade: FELDENS, Luciano; SCHIMIDT, Andrei Zenkner. *Investigação criminal e ação penal*. Op. cit., p. 46; NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. Cit., p. 123. Na jurisprudência: STF, HC 84.235/RO, STJ, RHC 9.118/RS.

63

. O último andamento constante do site do STF é datado de 17.02.12 e aguarda-se a devolução dos autos para julgamento.

64

. ANDREATO, Danilo. *Técnicas Especiais de Investigação, premissas teóricas e limites constitucionais*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013, p. 53.

65

. RASCOVSKI, Luiz. *Entrega vigiada: meio investigativo de combate ao crime organizado*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 58.

66

. Em tradução livre “técnicas de coleta sistemática de informação aplicadas de maneira a que o alvo não saiba de sua existência por agentes da lei com o propósito de detectar e investigar crimes e suspeitos”, in NILSSON, Hans G. Special investigation techniques and developments in mutual legal assistance: the crossroads between police Corporation and judicial cooperation. Work product of the 125th International Training Course Visiting: Expert’s papers. Resource material series, n. 65, p. 41. Disponível em: www.unafei.or.jp/english/pages/RMS/No65.htm com acesso em 05.05.15.

. Esta característica também é ressaltada por Fernanda Regina Vilarés em sua tese de doutorado *Ação Controlada e criminalidade organizada: os controles necessários à atividade investigativa* (Tese de doutorado apresentada perante a Universidade de São Paulo, defendida em 2015, p. 21).