

BEATRIZ AFONSO PASCOAL QUEIROZ

A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL SOB O PRISMA DA EFICIÊNCIA

Dissertação de mestrado

Orientador: Professor Titular Dr. Antonio Magalhães Gomes Filho

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2016

BEATRIZ AFONSO PASCOAL QUEIROZ

A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL SOB O PRISMA DA EFICIÊNCIA

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do programa de pós-graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, na área de processo penal, sob orientação do Professor Titular Antonio Magalhães Gomes Filho, do Departamento de Direito Processual Penal.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo-SP

2016

QUEIROZ, Beatriz Afonso Pascoal

A investigação criminal sob o prisma da eficiência

Beatriz Afonso Pascoal Queiroz; orientador: Antonio Magalhães Gomes Filho – São Paulo, 2016.

165f.

Dissertação (mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

1. Inquérito policial. 2. Investigação criminal. 3. Finalidade 4. Eficiência 5. Contraditório e direito de defesa. 6. Polícia. 7. Direito de investigação. 8. Ciclo completo de polícia.

II. A investigação criminal sob o prisma da eficiência

CDU _____

BANCA EXAMINADORA

RESUMO

QUEIROZ, Beatriz Afonso Pascoal. **A investigação criminal sob o prisma da eficiência**. 2016. 165f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

A dissertação analisa a investigação criminal sob o prisma da eficiência. Parte da premissa de que a persecução penal é ineficiente e conclui que a raiz da ineficiência está na investigação criminal, primeira fase da persecução, cuja importância é subestimada pela doutrina em geral. A investigação criminal tem por finalidade apurar o suposto crime e a respectiva autoria. O interesse do que nela se produz se protraí para além dessa fase e alcança todos os interessados na investigação, não apenas o titular da ação penal. Com base nos elementos de informação, as possíveis partes da ação penal constroem suas narrativas processuais e selecionam fontes de prova pertinentes e, ainda com base nesses elementos, o juiz toma uma série de decisões. A investigação criminal tem um campo de abrangência muito maior que o do processo penal e por isso não deve ser muito limitada. Em contrapartida, deve ser informal e dinâmica. Dessa assertiva, decorrem inúmeras outras: a atividade mais importante da primeira fase da persecução penal é a investigação, e não o registro dos atos de investigação; nessa fase, deve-se admitir o direito de defesa, mas não o contraditório; ao titular da ação penal e ao investigado deve ser assegurado, em igualdade de condições, o direito de investigação, ampliando-se o campo de conhecimento do juiz.

Além disso, o equilíbrio do sistema processual penal e a eficiência da persecução penal dependem de que cada instituição exerça a função que lhe é própria, sem prejuízo dos mecanismos de controle, mas sem usurpação de funções alheias. À polícia, por atribuição constitucional, cabe a função de investigação criminal, não sendo admissível que o ministério público a substitua no exercício dessa função. Não obstante, reformulações na estrutura policial são necessárias, especialmente para que se assegure o ciclo completo de polícia, hoje inexistente, garantindo-se maior eficiência da atividade policial do ponto de vista probatório.

Palavras-chave: Inquérito policial. Investigação criminal. Finalidade. Eficiência. Contraditório e direito de defesa. Polícia. Direito de investigação. Ciclo completo de polícia.

ABSTRACT

QUEIROZ, Beatriz Afonso Pascoal. **Criminal investigation under the prism of efficiency**. 2016. 165p. Dissertation (Master degree) – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2016.

This dissertation analyzes criminal investigation focusing on efficiency. It starts from the assumption that criminal prosecution is inefficient. Following, it contends that the inefficiency lies in criminal investigation, the first stage of persecution, whose importance is underestimated by doctrine in general. The purpose of the criminal investigation is to ascertain the alleged crime and its perpetrator(s). The interest for what it generates is carried over beyond this stage and reaches all those interested in the investigation, not just the public prosecutors. Based on the information elements, the possible parties of the criminal action develop their procedural narratives and select relevant sources of evidence. Thus, grounded on those elements, the judge takes a number of decisions.

Criminal investigation has a far greater scope than that of the criminal proceedings and therefore should not be very limited. On the other hand, it should be informal and dynamic. From this assertion, many more follow: the most important activity of the first stage of the criminal prosecution is the investigation, not a record of investigation practices; at this stage, the right of defense should be accepted, but not the contradictory; it should be also assured both to public prosecutors and suspects the right of investigation under equal conditions, enhancing judge's knowledge.

In addition, the balance between the criminal procedural system and the efficiency of criminal proceedings prosecution depends on each institution carrying out its own duties, both without prejudice to the control mechanisms and usurpation of other tasks. Police, under constitutional attribution, is assigned criminal investigation. Thus, it is not acceptable that Public Prosecutions Office replaces it in exercising this function. Nonetheless, reshaping police structure is required, mainly in order to ensure the complete police cycle, which is now non-existent, providing greater efficiency to the police activity from the evidentiary standpoint.

Keywords: Police inquiry. Criminal investigation. Intent. Efficiency. Contradictory and Right of Defense. Police. Right of investigation. Full Police Cycle.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	BREVE HISTÓRIA DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NO BRASIL	15
2.1	Considerações iniciais	15
2.2	A Constituição de 25.03.1924 e o Código de Processo Criminal de Primeira Instância do Império	15
2.3	A Lei n. 261, de 03.12.1841, e o Regulamento n. 120, de 31.01.1842	18
2.4	A Lei n. 2.033, de 20.09.1871, e o Decreto n. 4.824, de 22.11.1871	21
2.5	A Constituição da República de 1891. Legislação federal e estadual	22
2.6	A Constituição da República de 1934 e o Projeto Vicente Ráo	23
2.7	O Código de Processo Penal de 1941	25
2.8	O projeto de Código de Processo Penal n. 8.045/2010	26
2.9	A importância dos ensinamentos de Joaquim Canuto Mendes de Almeida: distinção entre atos de investigação e o registro desses atos	32
2.10	Considerações finais	35
3	FINALIDADES E IMPORTÂNCIA DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL	36
3.1	Considerações iniciais	36
3.2	Finalidades do processo penal	36
3.3	Finalidades da investigação criminal	38
3.4	Tempo e profundidade da investigação	46
3.5	Valor probatório dos elementos de informação	49
3.6	Considerações finais	56
4	CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E CARACTERÍSTICAS DO INQUÉRITO POLICIAL	59
4.1	Considerações iniciais	59
4.2	Conceito de inquérito policial	61
4.3	Natureza jurídica de inquérito policial	62
4.4	Características do inquérito policial: dispensável, escrito e sigiloso	63
4.4.1	Procedimento dispensável	63
4.4.2	Procedimento escrito	64
4.4.3	Procedimento sigiloso	65
4.5	Considerações finais	69
5	DIREITOS E GARANTIAS NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL	71
5.1	Considerações iniciais	71
5.2	O artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988	72
5.3	O contraditório na investigação criminal	73
5.4	O direito de defesa na investigação criminal	79

5.5	Indiciamento	87
5.6	Considerações finais	90
6	A ENGRENAGEM DO SISTEMA DA JUSTIÇA CRIMINAL: O PAPEL DE CADA UMA DAS INSTITUIÇÕES	92
6.1	Considerações iniciais	92
6.2	Modelos de investigação criminal conforme a instituição encarregada de promovê-la	93
6.3	Modelo de investigação criminal adotado no Brasil. Críticas a esse modelo	94
6.4	Poderes de investigação do Ministério Público	96
6.5	A proposta de Emenda Constitucional n. 37	102
6.6	A posição do Supremo Tribunal Federal	102
6.7	A posição do ministério público no processo penal	105
6.8	A paridade de armas	108
6.9	Considerações finais	108
7	O DIREITO À INVESTIGAÇÃO	115
7.1	O direito à prova	115
7.1.1	Considerações iniciais	115
7.1.2	O direito à prova no direito brasileiro	116
7.1.3	Conceito de prova e suas acepções	117
7.1.3.1	Acepção ampla	117
7.1.3.2	Acepções específicas	117
7.1.4	Momentos probatórios	118
7.2	O direito à investigação	119
7.3	O direito à investigação na legislação brasileira	121
7.4	A investigação defensiva	126
7.5	O projeto de Lei n. 8.045/2010	127
7.6	Considerações finais	128
8	A POLÍCIA COMO FATO DE EFICIÊNCIA	130
8.1	Considerações iniciais: interesse do estudo da polícia para o processo penal	130
8.2	Origem, conceito e funções de polícia	130
8.2.1	Breve nota sobre a origem da polícia	130
8.2.2	Conceito de polícia	133
8.2.2.1	Conceito original	133
8.2.2.2	Conceito atual	133
8.2.2.2.1	Acepção ampla	133
8.2.2.2.2	Acepção restrita	134
8.2.3	Funções de polícia	134
8.3	Classificação da polícia. Polícia administrativa e judiciária	135
8.4	Disciplina da segurança pública na Constituição Federal	136
8.4.1	Órgãos do sistema de segurança pública	136
8.4.2	Atribuições dos órgãos de polícia	137
8.4.3	Atribuições das polícias militar e civil	139
8.4.4	Natureza jurídica da função da polícia judiciária	141
8.5	A unificação da polícia	143
8.5.1	Origem histórica da divisão entre as polícias civil e militar	143

8.5.2	Pontos a considerar no debate sobre a unificação da polícia	145
8.5.2.1	Militarização	145
8.5.2.2	Gestão de recursos	147
8.5.2.3	As diferentes filosofias da polícia civil e militar	147
8.5.2.4	Ciclo completo de polícia	149
8.6	Considerações finais	152
9	CONCLUSÃO	153
	REFERÊNCIAS	158

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa terá por objeto a análise da investigação criminal sob o prisma da eficiência. Essa análise pressupõe a definição precisa da finalidade da investigação criminal. Pretendemos aprofundar o debate – e polemizar – em torno da ideia corrente na doutrina de que a principal finalidade do inquérito policial é possibilitar ao titular da ação penal a formação da *opinio delicti*. Esse é, a nosso ver, um viés parcial.

A investigação criminal tem por finalidade apurar o crime e a respectiva autoria. O que nela se produz não interessa apenas ao titular da ação penal, mas também a eventual investigado e, quando a ação penal é proposta, o resultado da investigação se protraí para além da primeira fase da persecução penal.

Utilizaremos o vocábulo eficiência com o significado – usualmente empregado nas ciências econômicas e de administração – de aptidão para produzir o resultado.

A eficiência da investigação pode, portanto, ser relacionada à sua capacidade de reconstruir o fato passado e de apurar o suposto delito.

A escolha do tema se justifica pelo fato de as principais obras nacionais que versam sobre investigação criminal privilegiarem a análise da incidência dos direitos e garantias fundamentais nessa fase da persecução penal.

A preferência da doutrina pela análise da investigação sob esse prisma é compreensível, dado que, até pouco tempo, o investigado era tratado como objeto da investigação e a ele não se reconhecia quase nenhum direito, concepção que, aos poucos, está mudando.

Há espaço para uma abordagem diferente, que procure identificar os fatores de eficiência da investigação, de forma a viabilizar a melhor apuração do crime e da autoria.

A pretensão de se otimizar a eficiência da investigação criminal não implica aceitar a flexibilização dos direitos e garantias fundamentais.¹ Em vez disso, entendemos que a

¹ Luís Flávio Saporì, sociólogo e pesquisador na área de segurança pública, recusa a ideia de que a busca pela concretização de direitos humanos e a busca pela eficiência são antagônicas. Nesse sentido: “Observe-se que esta obra pretende também romper com a abordagem, ainda presente na sociologia brasileira, que privilegia a análise do fenômeno da violência urbana exclusivamente pela ótica da garantia dos direitos humanos. Não se deve esquecer que a incapacidade dos governos de alcançarem resultados efetivos na contenção da atividade criminosa constitui uma fonte crônica de violação dos direitos humanos no cenário nacional. E resultado na provisão da ordem pública significa redução dos indicadores de criminalidade e violência. O respeito aos direitos civis da cidadania constitui pré-requisito inalienável no alcance de tais resultados, sem dúvida alguma. E é possível, com certeza, implementar ações governamentais que garantam maior eficiência no controle da violência e simultaneamente manter sob controle o uso da violência por parte das agências repressivas do Estado. E a experiência recente da política de segurança pública de Minas Gerais é uma evidência concreta da viabilidade desse ‘sonho’”. (SAPORI, Luiz Flávio. **Segurança pública no Brasil**.

investigação criminal, como hoje se desenvolve, atenta contra o direito à igualdade, prevalecendo ainda uma visão que prestigia o titular da ação penal em detrimento do investigado/acusado, muito embora ambos sejam partes.

Esperamos que a pesquisa possa contribuir para a reflexão de questões importantes e para a evolução do estudo sobre o tema.

O trabalho tem sete capítulos, além da introdução e da conclusão.

Logo após a Introdução, no segundo capítulo, faremos uma breve análise da história da investigação criminal no Brasil, destacando a importância e a atualidade da doutrina de Joaquim Canuto Mendes de Almeida.

No terceiro capítulo, analisaremos as finalidades da investigação criminal, em contraposição às finalidades do processo penal. Essa análise é fundamental. Não é possível afirmar se algo é ou não eficiente se não precisarmos qual é a sua finalidade. Esse é, portanto, o ponto de partida para a pesquisa e identificação de possíveis fatores de eficiência ou, sob a ótica reversa, de ineficiência. Essa definição é condição para identificar o resultado esperado da investigação, qual o volume e a profundidade de informações que devem ser buscadas e a quem essas informações são destinadas.

Discutiremos a importância da investigação criminal, fase da persecução penal que, ao contrário da fase processual, não está limitada pelos termos da acusação. A investigação criminal, realizada em regra por meio de inquérito policial, é no Brasil tratada pela legislação e pela doutrina como uma fase de menor importância, preparatória do processo penal, limitada em tempo e profundidade, destinada essencialmente a permitir que o titular da ação penal forme a *opinio delicti*.

No Código de Processo Penal brasileiro há poucos dispositivos sobre a investigação, distribuídos sem rigorosa preocupação sistemática. Na doutrina, diversos e respeitados autores têm se dedicado ao tema, porém – com a nítida e legítima preocupação de promover uma mudança na concepção sobre o inquérito policial –, têm, em seus estudos, analisado a investigação sob o prisma do respeito aos direitos e garantias fundamentais, deixando em segundo plano a questão da eficiência.

O cometimento de um crime deve, *em tese*, levar à penalização do respectivo autor. O processo penal é o instrumento para a aplicação do direito penal e a sua eficiência pode ser medida por critérios diversos. Se considerarmos o montante de crimes que são elucidados e que resultam, conforme a lei penal, em punição do respectivo autor,

constataremos que o sistema criminal é, em grau preocupante, pouco eficiente.

De fato, inúmeros crimes remanescem sem solução. Em alguns casos, a investigação nem ao menos se inicia. Em muitos outros, o inquérito é instaurado, mas é arquivado por não reunir suficientes elementos de informação que demonstrem a existência de indícios do crime e, sobretudo, da autoria. Muitos processos penais são, enfim, concluídos com decisões de absolvição por insuficiência de provas.

Essa realidade faz surgir a necessidade de se repensar a investigação criminal como hoje se desenvolve, tanto mais porque o resultado que ela produz se propaga para além daquela fase.

Não se espera que seja possível esclarecer todos os crimes. Reconhece-se no processo penal um instrumento de aplicação regrada da lei penal, uma garantia do indivíduo contra o Estado. Se não for possível reconstruir o fato passado com observância das regras do jogo e concluir, com segurança, sobre a existência de um crime e da respectiva autoria, o inquérito deve ser arquivado ou a ação penal deve ser julgada improcedente. Isso, porém, não impede uma avaliação da eficiência, uma vez que o resultado de improcedência pode decorrer da dificuldade, no caso concreto, de reconstrução do fato passado ou – o que é objeto desse estudo – da ineficiência dos órgãos do Estado em viabilizar essa reconstrução.

Acreditamos que a raiz da ineficiência do processo está fincada na fase da investigação criminal.

O processo penal não se presta a esclarecer o crime e a autoria. Presta-se a permitir que o juiz verifique, com observância das garantias processuais, se há provas que sustentem a versão apresentada na peça acusatória inicial e extraia as consequências legais da conclusão a que chegar.

Essa verificação é feita com base nas provas produzidas durante o processo ou, mais precisamente, durante o *devido processo legal*.

Porém, quando o processo penal se inicia, as partes, em regra, já têm conhecimento das fontes de prova de que irão se valer. A grande maioria dessas fontes é descoberta durante a investigação criminal, embora possa uma fonte de prova, não revelada pela investigação, emergir durante o processo. Os róis de testemunhas, por exemplo, são indicados na peça acusatória e na defesa escrita. A elaboração do rol não é aleatória e costuma se basear em informações reunidas durante a investigação criminal. De fato, durante o processo penal não se exerce atividade de investigação, o que, se ocorrer, será eventual e excepcional. No processo penal, há, sim, uma *atividade de legitimação*, ou não,

da acusação.

Sob essa ótica, a investigação deficiente repercute no processo penal e é fator decisivo para a impunidade, que, por sua vez, afeta a eficiência do direito penal como mecanismo de pacificação social.

No quarto capítulo, analisaremos o conceito, a natureza jurídica e as características do inquérito policial. A importância desse capítulo está, sobretudo, na diferenciação entre inquérito policial e investigação criminal, expressões tidas, frequentemente, como sinônimas, quando não o são. Explicaremos a opção pelo uso, no título e, de um modo geral, no corpo do trabalho, da expressão *investigação criminal*, em vez de *inquérito policial*.

No quinto capítulo, analisaremos se o contraditório e a ampla defesa se aplicam à fase de investigação e como isso repercute na eficiência da investigação.

No sexto capítulo, analisaremos qual é o papel de cada uma das instituições do sistema de justiça criminal e exporemos brevemente quais são os principais modelos de investigação criminal: modelo de investigação pela polícia, adotado no direito brasileiro, modelo de investigação judicial e modelo de investigação pelo ministério público. Destacaremos a importância de cada instituição, para o equilíbrio do sistema, exercer a função que lhe cabe e, nesse contexto, analisaremos se deve ser reconhecido ao ministério público poderes de investigação. Por fim, indicaremos qual o modelo de investigação que consideramos mais adequado.

No sétimo capítulo, trataremos do direito à investigação. A Constituição Federal não prevê expressamente o direito à investigação. Não prevê nem mesmo o direito à prova. Porém, o direito à prova no processo penal é decorrente de princípios e normas constitucionais. É decorrente dos direitos ao devido processo legal, ao contraditório, à ampla defesa e à presunção de inocência. E o direito à investigação decorre do direito à prova.

Os estudos a respeito do direito de investigação ainda estão em desenvolvimento, mas a possibilidade de as partes investigarem e contribuírem para a investigação é uma tendência. Bem o demonstra o projeto de Lei n. 8.045/10, que propõe a criação de um novo Código de Processo Penal, cujo artigo 13 prevê, embora timidamente, a investigação defensiva. Falaremos da importância da investigação pelas partes, bem como do desafio de viabilizar a investigação pela defesa em condições de paridade com o ministério público.

No oitavo capítulo, estabelecida a premissa de que a polícia é a instituição mais adequada para investigar, faremos uma análise a seu respeito.

A polícia é tema pouco discutido em processo penal por ser considerado assunto de segurança pública. Porém, essa visão não leva em consideração o fato de ela ser a instituição responsável pela investigação.

Analisaremos a origem e o conceito de polícia, os órgãos que integram o sistema de segurança pública no Brasil e as atribuições desses órgãos, especialmente das polícias militar e civil.

A forma como a polícia brasileira está estruturada, com a divisão, nos Estados e Distrito Federal, entre polícias civis e militares, é apontada por diversos especialistas em segurança pública como fator de ineficiência da investigação criminal.

Abordaremos questões pertinentes a esse debate, como militarização da polícia, gestão de recursos, coexistência de duas polícias com filosofias diferentes e ciclo completo de polícia.

A unificação da polícia é apontada por parte da doutrina como uma alternativa para a ineficiência da polícia, reflexão que procuraremos estimular.

Por fim, na conclusão, relacionaremos os pontos principais de cada capítulo e indicaremos quais são os possíveis fatores de eficiência/ineficiência da investigação criminal e o que, sob o nosso ponto de vista, pode ser feito para melhoria do quadro atual.

2 BREVE HISTÓRIA DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NO BRASIL

2.1 Considerações iniciais

Nosso direito nasceu das instituições lusitanas.² Não nos interessa, porém, retroceder a tanto.

Não é objetivo deste trabalho analisar a história do processo penal, nem analisar, em detalhes, a história do inquérito policial. O assunto será tratado de forma superficial, apenas para que se tenha uma ideia da origem e da evolução no Brasil desse veículo de investigação criminal.

A história do inquérito policial no Brasil é marcada, primeiro, pela confusão entre funções policiais e judiciárias e, segundo, pela tentativa de delimitar essas funções.³

O nome, inquérito policial, é criação do Decreto n. 8.424, de 22 de novembro de 1871. Mas as suas funções surgiram muito tempo antes e especializaram-se com a separação da polícia e da judicatura.⁴

2.2 A Constituição de 25.03.1924 e o Código de Processo Criminal de Primeira Instância do Império

A primeira Constituição após a independência do Brasil, outorgada em 25 de março de 1824, ao tratar do poder judiciário, estabeleceu que seria composto por juízes e jurados⁵ e, ainda, que haveria juízes de paz, cujas atribuições seriam especificadas em lei.⁶

² Desde o descobrimento, vigoraram no Brasil as Ordenações do Reino: Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, nesta ordem.

³ Mesmo antes da independência, o Alvará de 25 de junho de 1760, que criou a figura do Intendente Geral de Polícia, expressou a intenção de separar as funções policiais das judiciárias. Mas não o fez: “antes do alvará, os corregedores, os ouvidores, os juízes de fora e os juízes ordinários acumulavam as funções policiais e judiciárias; depois do alvará, o Intendente Geral da Polícia acumulou funções judiciárias às policiais”. Além disso, “Esse Alvará, como o que se lhe seguiu, de 15 de janeiro de 1780, acerca das funções do Intendente Geral de Polícia, não definiu precisamente a linha de separação entre a polícia judiciária e a polícia administrativa”. (ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: RT, 1973, p.62).

⁴ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: RT, 1973, p.62.

⁵ Artigo 151. O Poder Judicial independente, e será composto de juízes, e jurados, os quais terão lugar assim no cível, como no crime nos casos, e pelo modo, que os códigos determinarem; Artigo 152. Os Jurados pronunciam sobre o fato e os juízes aplicam a Lei.

⁶ Artigo 160. Nas cíveis, e nas penais civilmente intentadas, poderão as partes nomear juízes árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas partes; Artigo 161. Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará processo algum; Artigo 162. Para este fim haverá juízes de paz, os quais serão eleitos pelo mesmo tempo, e maneira, por que se elegem os vereadores das câmaras. Suas atribuições e distritos serão regulados por Lei.

A Lei de 15 de outubro de 1827 criou os juizados de paz, nas freguesias e capelas curadas, integrados por um juiz de paz e um suplente.

Aos juízes de paz foram atribuídas funções diversas (artigo 5º), de que são exemplos: conciliar as partes que pretendem demandar (parágrafo 1º); julgar pequenas demandas (parágrafo 2º); dispersar aglomerações que representem perigo de desordem (parágrafo 3º); colocar o bêbado em custódia (parágrafo 4º); obrigar os vadios, mendigos e meretrizes escandalosas a assinar termo de bem viver e, posteriormente, vigiar-lhes a conduta (parágrafo 5º); fazer o auto de corpo de delito (parágrafo 7º); indicado o criminoso, fazê-lo conduzir à sua presença, para interrogá-lo, à vista dos fatos e das testemunhas, e reduzir a escrito o interrogatório; convencido de ser ele o autor do delito, mandar prendê-lo e encaminhá-lo, junto com o termo de interrogatório, ao juiz competente (parágrafo 8º); manter uma relação dos criminosos, para prendê-los (parágrafo 9º); vigiar sobre a conservação das matas e florestas públicas (parágrafo 12º).

Vê-se que o juiz de paz concentrava atividades administrativas de diversas naturezas e judiciárias, interessando-nos em especial as funções de elaborar o corpo de delito e formar a culpa (artigo 5º, parágrafos 7º e 8º).

Em 29 de novembro de 1832 foi promulgado o Código de Processo Criminal de Primeira Instância,⁷ incorporando ideias liberais e dividido em duas partes: a primeira tratava da organização judiciária e a segunda do procedimento.

A primeira parte estabelecia, em síntese, que as províncias se dividiam em comarcas, termos e distritos de paz. Em cada distrito, havia um juiz de paz, auxiliado por um escrivão, inspetores de quarteirão e oficiais de justiça. No termo, havia um juiz municipal, um promotor de justiça, um conselho de jurados e escrivães. Na comarca, havia pelo menos um juiz de direito e um dos juízes de direito acumulava a função de chefe de polícia.⁸

Na disciplina do Código, as funções dos juízes de paz foram reduzidas, mas, as de caráter policial, em linhas gerais, foram mantidas (artigo 12), com destaque para a função de elaborar o auto de corpo de delito e formar a culpa dos suspeitos de crime (parágrafo 4º).

O Código ainda estabeleceu que competiria aos juízes municipais “exercitar

⁷ As matérias relativas à organização judiciária e ao procedimento em segunda instância foram disciplinadas pelo Regulamento das Relações do Império, de 3 de janeiro de 1833.

⁸ Segundo Marta Saad, o Código consagrou a polícia como um órgão do Judiciário. (SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: RT, 2004, p.60).

cumulativamente a jurisdição policial” (artigo 35, parágrafo 3º).⁹

A segunda parte do Código tratava do procedimento. Ao juiz de paz, cabia receber as queixas e denúncias e proceder à formação da culpa.

Apresentada a queixa ou denúncia, com o auto de corpo de delito, se houvesse,¹⁰ o juiz de paz mandava autuá-la e ouvia de duas a cinco testemunhas, que tivessem conhecimento do delito e do respectivo autor (artigo 140). Sempre que possível, o suspeito do delito era conduzido à presença do juiz para assistir à inquirição das testemunhas e ser interrogado (artigo 142), de tudo se lavrando auto (artigo 143). Se o juiz se convencesse da existência do crime e da autoria, julgava procedente a queixa ou denúncia e, nos casos cabíveis, mandava prender o suspeito (artigo 144). Se não se convencesse, julgava improcedente a queixa ou denúncia (artigo 145).

Após a formação da culpa e declarada a procedência da acusação pelo juiz de paz, por meio da decisão de pronúncia, o preso e os atos documentados eram colocados à disposição do juiz de direito, a quem caberia presidir o júri nos diferentes termos da comarca.

O júri era formado por dois conselhos. Ao primeiro, “júri de acusação”, cabia decidir sobre a admissibilidade da acusação, e ao segundo, “júri da sentença”, cabia decidir sobre a procedência da acusação.

O procedimento de formação de culpa, anterior ao recebimento da queixa ou denúncia, era, portanto, conduzido pelo juiz de paz e tinha por finalidade estabelecer a existência do crime e indícios de autoria:

[...] Única base para a acusação criminal, era preparado pelo juiz de paz, a quem cabia lavar auto de corpo de delito e formar a culpa dos delinquentes, o que incluía a inquirição testemunhal e o registro apenas de dois a cinco depoimentos de testemunhas.¹¹

Embora não houvesse previsão de um rito, o que tornava a atividade do juiz de paz discricionária era um procedimento curto e célere, marcado pela limitação quantitativa e qualitativa de atos, que tinha como objetivo servir de base à acusação.¹²

⁹ O artigo 35 do Código de Processo Criminal de 1832 estabelecia: “O juiz municipal tem as seguintes atribuições: Parágrafo 1º. Substituir no Termo ao juiz de direito nos seus impedimentos ou faltas; Parágrafo 2º. Executar dentro do Termo as sentenças e mandados dos juízes e Tribunais; Parágrafo 3º. Exercitar cumulativamente a jurisdição policial”.

¹⁰ Se o delito deixasse vestígios, deveria ser formado o auto de corpo de delito. Se não, duas testemunhas deporiam sobre o fato e suas circunstâncias.

¹¹ SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: RT, 2004, p.33.

¹² Apesar da limitação, assegurava-se certa participação do investigado: “Assim, não havia citação do

Essa forma de organização da polícia, em que se atribuía aos juízes de paz as funções de polícia e que tinha como chefe um juiz de direito, foi considerada um defeito:

Somado a essa organização judiciária peculiar, descentralizada e até certo ponto faccionista, devido, como se disse, ao grande poder conferido aos juízes de paz, seguiu-se um período regencial anárquico e atribulado, de desordem, agitações políticas e movimentos revolucionários, demonstrando “fraqueza dos meios legais estabelecidos para coibir os abusos que eram praticados. E a reação conservadora não tardou a se manifestar, imputando ao Código, muito liberal, a anarquia nacional, como se uma lei fosse capaz de tamanha façanha”: o período de agitações políticas e movimentos revolucionários que assolou o País entre 1830 e 1840 provocou a reação monárquico-conservadora, notadamente na esfera da organização judiciária e policial, visto que o sistema adotado pelo Código de 1832 se apresentava pouco eficiente para restaurar, de vez, a ordem e a tranquilidade.¹³

A promulgação da Lei n. 261, em 03 de dezembro de 1841, foi uma resposta, de cunho autoritário, a esse período liberal.

2.3 A Lei n. 261, de 03.12.1841, e o Regulamento n. 120, de 31.01.1842

A Lei n. 261, de 1841, e seu Regulamento n. 120, de 1842, reformaram o Código de Processo Criminal de Primeira Instância.

Segundo Joaquim Canuto Mendes de Almeida, “suas inovações foram sobretudo de organização judiciária e política do país, tendentes a garantir a força do poder nacional contra as exageradas prerrogativas dos elementos regionais”.¹⁴

A lei criou no município da Corte e em cada província um chefe de polícia, além de delegados e subdelegados (artigo 1º). O chefe de polícia deveria ser escolhido entre desembargadores e juízes de direito e os delegados e subdelegados entre juízes e cidadãos (artigo 2º).

Aos chefes de polícia, na Corte e em cada província, e aos delegados, nos distritos,

acusado nessa primeira fase, mas é certo que, se residisse no distrito de paz e ali estivesse preso ou afiançado, poderia, no dizer do artigo 142, ser conduzido à presença do juiz de paz a tempo de assistir aos depoimentos, ser interrogado pelo juiz e contestar as testemunhas, sem as interromper. Garantia-se, de certo modo, a participação do suspeito, por meio de reperguntas. Mas, como não havia no Código Criminal de Primeira Instância fórmulas substanciais para a formação da culpa, a atividade do juiz de paz era discricionária, e este podia, ao empuxo da necessidade e da urgência das provas, indeferir os pedidos do suspeito levado à sua presença”. (SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: RT, 2004, p.34-35).

¹³ SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: RT, 2004, p.39-40.

¹⁴ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: RT, 1973, p.131.

foram transferidas diversas funções dos juízes de paz, com destaque para as funções de formar o auto de corpo de delito e a culpa (artigo 4º, parágrafo 1º).

A lei também estabeleceu que seriam funções dos chefes de polícia e dos delegados, dentre outras: tomar providências para a prevenção de delitos e manutenção da ordem e tranquilidade (artigo 4º, parágrafo 4º); conceder mandados de busca (artigo 4º, parágrafo 8º); remeter ao juiz competente as provas e os esclarecimentos que houverem obtido sobre um delito, com a exposição do caso e de suas circunstâncias, para fins da formação da culpa (artigo 4º, parágrafo 9º).

Aos subdelegados caberiam as mesmas funções dos delegados, com algumas limitações (artigo 5º). O artigo 6º estabelecia: “As atribuições criminais e policiais que atualmente pertencem aos juízes de paz e, que por esta lei não forem especialmente devolvidas às autoridades que cria, ficam pertencendo aos delegados e subdelegados”.

Os juízes municipais passaram a ter uma quantidade de atribuições maior que a originalmente prevista no Código de Processo Penal de 1832, algumas delas antes pertencentes aos juízes de paz. Além disso, conforme o artigo 17, parágrafo 2º, caberia aos juízes municipais “as atribuições criminais e policiais que competiam aos juízes de paz”. Esse dispositivo é um exemplo da confusão que se fazia a respeito do que eram funções policiais e “criminais” e a quem cabia exercê-las.

Por outro lado, os juízes municipais passaram a ter como – nova – atribuição a de sustentar ou revogar, de ofício, as pronúncias feitas pelos delegados e subdelegados (as pronúncias feitas pelos chefes de polícia e juízes municipais produziam seus efeitos independentemente de ratificação).

O Regulamento n. 120, promulgado em 31 de janeiro de 1842, a pretexto de regular a execução da parte criminal e policial da Lei n. 261/1841, não contribuiu para a melhor delimitação das atribuições dos delegados de polícia, juízes municipais e juízes de paz. Pelo contrário.

No artigo 1º, enumerou as autoridades a quem caberia exercer, *de forma cumulativa*, a polícia administrativa e judiciária, dentre as quais: chefes de polícia, no município da Corte e nas províncias; delegados e subdelegados, nos distritos; juízes municipais, nos termos; juízes de paz, nos seus distritos.

O Regulamento, por outro lado, separou o que eram funções de polícia administrativa e de polícia judiciária, relacionando as primeiras no artigo 2º e as segundas no artigo 3º.

Assim, estabeleceu que eram funções de polícia administrativa, *dentre outras*:

obrigar a assinar termo de bem viver aos vadios, mendigos e bêbados; julgar as contravenções às posturas das câmaras municipais; tomar providências para a prevenção dos delitos e manutenção da segurança e tranquilidade; inspecionar teatros e espetáculos públicos; remeter, quando conveniente, provas e esclarecimentos que houverem obtido sobre um delito, com a exposição do caso e de suas circunstâncias, aos juízes competentes, a fim de formarem a culpa. E que eram funções de polícia judiciária: *elaborar o corpo de delito*; prender os culpados; conceder mandados de busca; julgar crimes, a que não seja imposta pena maior que multa até 10\$000, prisão, degredo ou desterro, até seis meses.

Nos artigos 4º a 20, o Regulamento tratou da organização – ou desorganização – da polícia, merecem destaque dois dos artigos. Assim, previa o artigo 5º:

No município da Corte e nas províncias do Rio de Janeiro, Bahia, Alagoas, Paraíba, Maranhão, Pernambuco, Minas Gerais, Pará e São Paulo, os chefes de polícia não acumularão outras funções; nas outras, porém, poderão exercer conjuntamente as de juiz de direito da Capital, e sua Comarca e Termo”

E o artigo 17:

Os delegados de polícia, quer sejam juízes municipais, quer sejam tirados de outra classe de cidadãos, empregarão no expediente e escrituração de todos os negócios a seu cargo os escrivães e oficiais de justiça que servirem perante juízes municipais, os quais serão obrigados a obedecer-lhes e a cumprir as suas ordens, debaixo das penas da lei.

A partir da Lei n. 261/1841, portanto, a formação da culpa passou a ser preparada, cumulativamente, pelos chefes de polícia, pelos delegados e subdelegados e pelo juiz municipal, em substituição ao juiz de paz:

Como visto, o sumário de culpa terminava com a pronúncia, proferida por qualquer das autoridades acima referidas, que realizavam a formação da culpa. Contudo, as funções jurisdicionais da polícia eram limitadas. Os delegados e subdelegados que pronunciassem deveriam remeter o processo ao juiz municipal, para a manutenção ou não da decisão. Poderiam, também, em vez de pronunciar, remeter as informações ao juiz municipal, que formaria a culpa. Assim, nesse último caso, a autoridade indagadora tratava de registrar os resultados das indagações anteriores, a fim de auxiliar a autoridade competente para a formação da culpa. Isso comprova, desde então, que as atividades de investigar e indagar são diferentes das atividades de registrar informações para o fim da pronúncia, como juízo da acusação.¹⁵

¹⁵ SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: RT, 2004, p.46.

Em razão da necessidade de reduzir as investigações a escrito, para que a autoridade policial pudesse remeter os dados, provas e esclarecimentos ao juiz municipal ou ao juiz de direito, o Regulamento n. 120/1842 previa que as autoridades policiais fossem auxiliadas por funcionários da secretaria e escrivães:

Como se pode perceber, o legislador pátrio começava, então, a determinar o registro dos resultados das indagações anteriores, como mero auxílio à autoridade sumariante, prestado quando a primeira autoridade indagadora não fosse ao mesmo tempo a competente para a formação da culpa, e devesse, por isso, informar-se para informar, mediante “provas e mais esclarecimentos que houverem de remeter, para a formação da culpa a juízes competentes”.¹⁶

A Lei n. 261/1841 ainda suprimiu o júri de acusação.

Seja na distinção entre atribuições policiais e “criminais”, seja na definição de a quem cabia exercê-las, seja enfim na forma de escolha para cada um dos cargos, imperava uma grande confusão.

2.4 A Lei n. 2.033, de 20.09.1871, e o Decreto n. 4.824, de 22.11.1871

A Lei n. 261/1841 e o Regulamento n. 120/1841 foram alterados, 30 anos depois, pela Lei n. 2.033, de 20.09.1871 e pelo Decreto n. 4.824, de 22.11.1871.¹⁷

A atribuição para a formação da culpa passou aos juízes municipais e aos juízes de direito. As autoridades policiais deixaram de pronunciar. Mas diante da necessidade de colheita de elementos de informação logo após a notícia dos delitos, às autoridades policiais foram conferidas atribuições voltadas a esse fim, especificadas no artigo 10 da Lei n. 2.033/1871 e nos artigos 38 e 45 do Decreto n. 4.824/1871:

[...] O decreto determinava que os chefes, delegados e subdelegados de polícia deveriam logo que lhes chegasse a notícia de algum crime, proceder às diligências necessárias à verificação deste (artigo 38), por meio do exame de corpo de delito, exames e buscas para apreensão de instrumentos e documentos, inquirição de testemunhas, perguntas ao réu

¹⁶ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: RT, 1973, p.201.

¹⁷ Para Marta Saad, “essa lei reveste-se de importância quando se constata que durante o período republicano, durante o qual se facultou constitucionalmente aos Estados elaborar seus próprios Códigos de Processo Penal, conforme se analisará adiante, muitas das unidades federativas não o fizeram, preferindo manter a legislação então vigente, qual seja, a Lei 2.033/71, com algumas pequenas reformas, a qual vigorou, então, até 1941, quando se promulgou novo Código de Processo Penal, em âmbito federal”. (SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: RT, 2004, p.51).

e ao ofendido e tudo mais que pudesse ser útil ao esclarecimento do fato (artigo 39). Dizia, ainda, que, se aparecesse a autoridade judiciária competente para a formação da culpa e investigasse o fato criminoso, a autoridade policial se limitaria a auxiliá-la, seja agindo *ex officio*, seja atendendo às requisições formuladas pela autoridade judiciária ou requeridas pelo promotor público (artigo 40). Se a autoridade judiciária competente não comparecesse logo ou não se instaurasse imediatamente o processo de formação da culpa, a autoridade policial deveria proceder ao inquérito policial (artigo 41), consistente em todas as diligências necessárias ao descobrimento do fato criminoso, suas circunstâncias e seus autores, co-autores ou cúmplices, devendo ser reduzido a escrito (artigo 42).¹⁸

Àquela altura, uma melhor delimitação das funções policiais e judiciais começava a se verificar, embora houvesse ainda certa promiscuidade, como se constata do disposto no artigo 40. Para Joaquim Canuto Mendes de Almeida, a Lei n. 2.033/1871 e o Decreto n. 4.824/1871, senão criaram, consagram o inquérito policial, definido no artigo 42 do Regulamento 4.824 como

todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e de seus autores e cúmplices, ou seja, uma forma de apuração prévia do fato e autoria, co-autoria e participação, já nos moldes e com a denominação que conhecemos hoje¹⁹: no regime instaurado pela Reforma Judiciária de 1871, em que o inquérito se disciplinou em função de auxiliar da formação da culpa e com anterioridade, a participação do indiciado, nele, foi determinada pelo legislador pátrio. Os resultados escritos dessa atividade auxiliar é que, no seu conjunto, passaram a compor aquilo que se denominou, desde então, inquérito policial. Não passaram eles, entretanto, a excluir, mas, ao contrário, continuaram a pressupor a existência de indagações anteriores – a investigação – em que nenhum papel ativo pode obviamente caber ao indiciado.²⁰

Após as duas reformas do Código de Processo Penal, ocorridas em 1841 e 1871, a legislação do Império tornou-se esparsa. Foram feitas “Consolidações”, que, no entanto, não se converteram em lei.

2.5 A Constituição da República de 1891. Legislação federal e estadual

A Constituição da República de 1891, no artigo 34, parágrafo 3º, atribuiu ao

¹⁸ SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: RT, 2004, p.51-52.

¹⁹ SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: RT, 2004, p.54-55.

²⁰ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: RT, 1973, p.204.

Congresso Nacional a competência para “legislar sobre direito civil, comercial e criminal da República e o processual da justiça federal”, conferindo aos Estados, de forma implícita, a possibilidade de legislarem em matéria processual.

Essa autonomia dada aos Estados representou uma quebra na unidade em matéria processual. Alguns Estados – como Rio Grande do Sul, Pará, Minas Gerais, Sergipe, Rio Grande do Norte, Distrito Federal e Maranhão – elaboraram os seus próprios Códigos de Processo Penal, enquanto outros continuaram a usar o Código de Processo Criminal de 1832.

O Estado de São Paulo não adotou um Código próprio de Processo Penal, embora tenha sido elaborado um projeto, com um título dedicado aos atos preliminares da ação penal e um capítulo dedicado ao inquérito policial.²¹

No âmbito federal, o Decreto n. 848, de 11.10.1890, portanto, anterior à Constituição Republicana de 1891, organizou a Justiça Federal e, posteriormente, o Decreto n. 3.084, de 5.11.1898, aprovou a Consolidação das Leis referentes à Justiça Federal.

O tratamento diferenciado dado à apuração preliminar nos diversos Códigos foi motivo de críticas.²²

2.6 A Constituição da República de 1934 e o Projeto Vicente Ráo

A nova Constituição, promulgada em 16 de julho de 1934, pôs fim ao sistema pluralista, instituído pela Constituição de 1891. O artigo 5º, XIX, “a”, restabeleceu a unidade processual, conferindo à União a competência privativa para legislar em matéria processual.

O artigo 11 das Disposições Transitórias da Constituição previa que, após a promulgação da Constituição, seria nomeada uma comissão para elaborar um projeto de Código de Processo Penal.

A comissão formada elaborou o projeto de Código de Processo Penal e, em 15.08.1935, Vicente Ráo, então ministro da justiça, apresentou-o ao presidente da República.

Na Exposição de Motivos, Vicente Ráo destacou as principais inovações do projeto, dentre as quais, a supressão do inquérito policial e a instituição do juizado de

²¹ SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: RT, 2004, p.69.

²² SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: RT, 2004, p.69-70.

instrução. Expondo os supostos defeitos do sistema vigente, sustentou o ministro:

Uma inspeção, por mais ligeira que seja, das leis do processo penal vigente, revela desde logo, a par de um lastimável atraso, uma evidente inadaptação às condições atuais de nossa vida social. Diga-se a verdade por inteiro e com coragem: à apuração da responsabilidade criminal não se procede, hoje ainda, em juízo, mas perante a polícia. Esta, em vez de se limitar às funções de investigação e de manutenção da ordem, forma e conteúdo do processo e, antecipando-se às autoridades judiciárias, pratica atos inequivocamente processuais, tais como, por exemplo, as declarações do acusado e o depoimento das testemunhas, que toma por escrito. É ao que se chama “inquérito”, ou seja, a peça donde o Ministério Público, raramente colaborador de sua feitura, extrai os elementos para a denúncia, escolhe a dedo o rol das testemunhas de acusação e colhe a indicação das demais provas, inicialmente constituídas, todas elas, pelo espírito obliterado, que a prática do ofício determina, da autoridade policial respectiva.

Nessa linha de raciocínio, argumentava que o processo se transformou numa mera reprodução daquilo que foi produzido no inquérito policial:

[...] Chama-se a isso, por sua vez, “formação da culpa”, que vem a ser a procura, pelo promotor e pelo juiz sumariante, da ratificação do inquérito, isto é, da peça formada fora do juízo e sem maior garantia, quer para o acusado, quer para a ordem social.

Explicava ainda que os elementos de informação colhidos durante o inquérito policial não têm o valor legal de prova e, quando devem se reproduzir em juízo, muito tempo já decorreu, o que torna o sistema duplamente prejudicial:

Para evitar os males expostos, o Projeto, fiel aos princípios fundamentais que o ditaram, procura atender a um interesse legítimo e a outro, isto é, ao da sociedade e ao do acusado, harmonizando-os, fundindo-os num interesse só, que é o do respeito à lei. Estabelece normas mais severas, mais seguras, para evitar a impunidade do crime, mas também faculta ao criminoso, ou a quem é reputado tal, meios honestos, cercados de igual segurança, para a produção de sua defesa.

Separa, efetivamente, a investigação da formação do processo. Reconduz a polícia a função que lhe é peculiar e restitui à Justiça a plenitude de sua real competência.

Como solução, o projeto institui o juizado de instrução²³: Retira-se à

²³ Para Joaquim Canuto Mendes de Almeida, “o sistema do projeto, ao contrário do que anuncia o governo, não suprime o inquérito policial, nem as funções judiciais da Polícia, mas, apenas, denomina o inquérito de ‘diligências policiais’, reduzindo teoricamente a respectiva autoridade a fazer exames, vistorias, buscas e apreensões, avaliações, e a ‘conduzir à presença do juiz as pessoas cuja audiência seja útil à averiguação da verdade. Praticamente, porém, terá essa autoridade de ouvir as testemunhas, porque não poderá adivinhar-

polícia, por essa forma, a função, que não é sua, de interrogar o acusado, tomar o depoimento de testemunhas, enfim, colher provas sem valor legal; conserva-lhe, porém, a função investigadora, que lhe é inerente, posta em harmonia e legalizada pela coparticipação do juiz, sem o que o resultado das diligências não podem, nem devem ter valor probatório.

O projeto Vicente Ráo não se converteu em lei: “o Golpe de Estado de 1937 e a Constituição que lhe seguiu impediram a aprovação e a discussão do projeto”.²⁴

No Estado Novo uma nova comissão foi constituída e elaborou o projeto de lei que resultou no Código de Processo Penal, Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941, ainda em vigor.

2.7 O Código de Processo Penal de 1941

O Código de Processo Penal de 1941 manteve o inquérito policial como forma de apuração preliminar do delito. Na Exposição de Motivos, o ministro Francisco Campos justificou a manutenção do inquérito policial:

Foi mantido o inquérito policial como processo preliminar ou preparatório da ação penal, guardadas as suas características atuais. O ponderado exame da realidade brasileira, que não é apenas a dos centros urbanos, senão também a dos remotos distritos das comarcas do interior, desaconselha o repúdio do sistema vigente.

O preconizado juízo de instrução, que importaria limitar a função da autoridade policial a prender criminosos, averiguar a materialidade dos crimes e indicar testemunhas, só é praticável sob a condição de que as distâncias dentro do seu território de jurisdição sejam fácil e rapidamente superáveis. Para atuar proficuamente em comarcas extensas, e posto que deva ser excluída a hipótese de criação de juizados de instrução em cada sede do distrito, seria preciso que o juiz instrutor possuísse o dom da ubiquidade. De outro modo, não se compreende como poderia presidir a todos os processos nos pontos diversos da sua zona de jurisdição, a grande distância uns dos outros e da sede da comarca, demandando, muitas vezes, com os morosos meios de condução ainda praticados na maior parte do nosso *hinterland*, vários dias de viagem, seria imprescindível, na prática, a quebra do sistema: nas capitais e nas sedes de comarca em geral, a imediata intervenção do juiz instrutor, ou a instrução única; nos distritos longínquos, a continuação do sistema atual. Não cabe, aqui, discutir as proclamadas vantagens do juízo de instrução. Preliminarmente, a sua adoção entre nós, na atualidade, seria

lhes a ciência que tenham dos fatos interessantes à elucidação da verdade; e, verbalmente ou por escrito extraprocessual, prestará ao juiz, a esse respeito, as necessárias informações, tal como hoje é função dos depoimentos do inquérito policial”. (ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: RT, 1973, p.154-155).

²⁴ SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: RT, 2004, p.74.

incompatível com o critério de unidade da lei processual. Mesmo, porém, abstraída essa consideração, há em favor do inquérito policial, como instrução provisória antecedendo a propositura da ação penal, um argumento dificilmente contestável: é ele uma garantia contra apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime ou antes que seja possível uma exata visão de conjunto dos fatos, nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas. Por mais perspicaz e circunspeta, a autoridade que dirige a investigação inicial, quando ainda perdura o alarma provocado pelo crime, está sujeita a equívocos ou falsos juízos a priori, ou a sugestões tendenciosas. Não raro, é preciso voltar atrás, refazer tudo, para que a investigação se oriente no rumo certo, até então despercebido. Por que, então, abolir-se o inquérito preliminar ou instrução provisória, expondo-se a justiça criminal aos azares do detetivismo, às marchas e contramarchas de uma instrução imediata e única? Pode ser mais expedito o sistema de unidade de instrução, mas o nosso sistema tradicional, com o inquérito preparatório, assegura uma justiça menos aleatória, mais prudente e serena.

O Título II do Livro I do Código de Processo Penal, denominado “Do Inquérito Policial”, possui 20 dispositivos sobre o inquérito (artigo 4º ao 23), que disciplinam a atividade de investigação criminal.

Além desses dispositivos, há outros espalhados no Código de Processo Penal, relacionados à investigação.

Não analisaremos todos os dispositivos. Nossa atenção estará voltada para o disposto no artigo 4º, que, em síntese, estabelece que a polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais e terá por fim a “apuração das infrações penais e da sua autoria”.

2.8 O projeto de Código de Processo Penal n. 8.045/2010

Encontra-se em tramitação, na Câmara dos Deputados, o projeto de Código de Processo Penal n. 8.045/2010. O projeto prevê diversas alterações para adequar a legislação processual à Constituição Federal e outras tantas que atendem aos reclamos da doutrina mais moderna. No Livro I, “Da Persecução Penal”, estão os Títulos que mais interessam ao nosso trabalho: Título I (Dos Princípios Fundamentais) e Título II (Da Investigação Criminal).

Mencionaremos, brevemente, os principais dispositivos desses Títulos, apenas para que se tenha uma ideia do novo panorama caso o projeto seja aprovado.

O Título I estabelece que o processo penal será realizado sob o contraditório e a ampla defesa, garantida a manifestação do defensor técnico em todas as fases

procedimentais (artigo 3º) e que o processo terá estrutura acusatória, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição probatória do órgão de acusação (artigo 4º).

O Título II, em linhas gerais, estabelece que a investigação criminal tem por objetivo identificar fontes de provas (artigo 8º); fixa o momento a partir do qual se caracteriza a condição jurídica de investigado (artigo 9º); que o sigilo deve ser assegurado para elucidar o fato e para preservar a intimidade e a vida privada da vítima, das testemunhas e do investigado (artigo 10); garante ao investigado e ao seu defensor o acesso ao material produzido na investigação, salvo quanto às diligências em andamento (artigo 11); que, antes que a investigação criminal seja concluída, é direito do investigado ser ouvido pela autoridade competente (artigo 12); que o investigado e seu defensor podem tomar a iniciativa para identificar fontes de prova (artigo 13).

O artigo 14 institui o juiz de garantias, responsável “pelo controle da legalidade da investigação e pela salvaguarda dos direitos individuais [...]”, estando as atividades de competência do juiz de garantias relacionadas nos incisos I a XII.

O artigo 16 estabelece, por outro lado, que o juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências do artigo 14, ficará impedido de funcionar no processo.

O projeto mantém o modelo de investigação policial, caracterizado por ter na polícia a instituição responsável pela apuração dos delitos e respectiva autoria e pela condução do inquérito policial.

Aliás, não poderia ter instituído diferente modelo sem violar a Constituição Federal, que cuida do assunto (artigo 144, parágrafos 1º a 10).

Do artigo 20 ao 23, o projeto trata da “abertura do inquérito policial” e inova positivamente ao não prever a possibilidade de o inquérito ser iniciado por “requisição do juiz”, possibilidade constante do atual Código (artigo 5º, II) e que é incompatível com o modelo acusatório de processo penal.

Nesse sentido é o entendimento de Eugênio Pacelli:

O artigo 5º, II, do CPP autoriza o próprio juiz a requisitar inquérito policial. A nosso aviso, contudo, semelhante dispositivo somente tem pertinência com a ordem jurídica anterior à Constituição Federal, na qual se permitia aos magistrados até a iniciativa da ação penal (conforme o revogado artigo 531, CPP) nos casos de homicídio e de lesões corporais culposos. Hoje, com a afirmação da privatividade da ação penal pública para o Ministério Público, pensamos ser absolutamente inadmissível a requisição do inquérito policial pela autoridade judiciária. Tendo chegado ao seu conhecimento a possível existência de fato delituoso, o juiz deve

encaminhar as peças ao órgão do Ministério Público, tal como se encontra disposto no artigo 40 do CPP. Note-se que, como já ressaltamos, nos termos do parágrafo único do artigo 4º do CPP, a competência da polícia judiciária não excluirá a competência de autoridades administrativas, a quem por lei sejam cometidas funções tipicamente investigativas, no âmbito de suas atividades institucionais. Assim, também os órgãos e as entidades da Administração Pública, direta e indiretamente, poderão exercer função investigatória, quando prevista em lei, devendo encaminhar o procedimento ao Ministério Público, quando, no exercício das respectivas funções, constatarem a prática de ilícitos que também possam ser caracterizados como infrações penais.²⁵

Vamos além. Pensamos que até mesmo a requisição pelo ministério público é de discutível cabimento. Parece-nos que se trata de ingerência indevida nas atribuições da polícia judiciária, incompatível com o sistema acusatório. Melhor seria que o promotor de justiça, ao vislumbrar, no exercício de suas funções, a ocorrência de um crime de ação penal pública, oficiasse à autoridade policial, para que ela analisasse, com independência, se o caso é ou não de instauração de inquérito policial. Enfim, a cada órgão a sua atribuição, sem prejuízo dos mecanismos de controle.

Do artigo 24 ao 29, o projeto trata das “diligências investigativas”. O artigo 24, *caput*, estabelece, em síntese, que, salvo em relação às infrações de menor potencial ofensivo, o delegado de polícia, ao tomar conhecimento da prática de infração penal, e desde que haja fundamento razoável, instaurará inquérito policial, enquanto os incisos I a X deste dispositivo e o artigo 25 enumeram as providências que o delegado deve tomar. O artigo 29 tem especial importância, com impacto na eficiência da investigação criminal, dispondo:

No inquérito, as diligências serão realizadas de forma objetiva e no menor prazo possível, sendo que as informações poderão ser colhidas em qualquer local, cabendo ao delegado de polícia resumi-las nos autos com fidedignidade, se obtidas de modo informal.

Trata-se, a nosso ver, de um dos dispositivos mais importantes do projeto porque, de certa forma, resgata a distinção entre atos de investigação e o registro desses atos e, ao fazê-lo, propicia a desburocratização e a maior liberdade de atuação da autoridade policial, ambas imprescindíveis para o sucesso das investigações em geral.

Outra previsão importante, também com impacto na eficiência da investigação, é a do parágrafo 3º do artigo 28, no sentido de que a testemunha ouvida na fase de

²⁵ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.58-59.

investigação deverá comunicar à autoridade policial qualquer mudança de endereço.

São comuns os casos em que a testemunha ouvida no inquérito policial não é localizada na fase processual, inviabilizando a produção da prova. A nova previsão, ao estabelecer um dever da testemunha, tende a minimizar o problema, pois o descumprimento do dever imposto poderá caracterizar o crime de desobediência.

O artigo 30 trata do indiciamento, dispondo que “Reunidos elementos suficientes que apontem para a autoria da infração penal, o delegado de polícia cientificará o investigado, atribuindo-lhe, fundamentadamente, a condição jurídica de indiciado, respeitadas todas as garantias constitucionais e legais”.

Em que pese positiva a previsão de fundamentação do indiciamento, o dispositivo não elimina a dificuldade de se estabelecer quando a pessoa deve ser indiciada. A aferição da suficiência de elementos sobre a autoria da infração penal cabe à autoridade policial e é subjetiva. Trata-se, portanto, de uma dificuldade prática, difícil de ser superada por meio de disciplina legal.

Nos termos do parágrafo 1º, a condição de indiciado poderá ser atribuída desde o auto de prisão em flagrante até o relatório final da autoridade policial.

O parágrafo 2º dispõe que o delegado de polícia deverá colher informações sobre os antecedentes, a conduta social e a condição econômica do indiciado.

Trata-se de dispositivo menos abrangente que o similar constante do atual Código de Processo Penal (artigo 7º, IX) e que determina que a autoridade policial averigue

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

Aury Lopes Jr. faz duras críticas ao artigo 7º, IX, do Código vigente:

A disposição legal é absurda, como absurdo é imaginar-se que um juiz, ao fixar a pena (artigo 59 do CP), poderá (des)valorar ‘conduta social’ e ‘personalidade do agente’. A principal justificativa do dispositivo é servir de base para o juiz quando da análise dos requisitos do artigo 59 do CP. Contudo, juízes não são antropólogos ou sociólogos e – mesmo que fossem – não possuem elementos para fazer tal avaliação. No que se refere à ‘personalidade do agente’ não existe a menor possibilidade de tal avaliação se realizar e, muito menos, ter valor jurídico. Na mesma linha, salvo os casos de vidência e bola de cristal, não há como fazer uma avaliação segura sobre a personalidade de alguém, até porque existem mais de 50 definições diferentes sobre a personalidade. É um dado

impossível de ser constatado de modo empírico, tampouco demonstrável objetivamente para poder ser desvalorado. O diagnóstico da personalidade é extremamente complexo e envolve histórico familiar, entrevistas, avaliações, testes de percepção temática e até exames neurológicos, e não se têm notícias de que os juízes tenham feito isso... Não podemos admitir um juízo negativo sem fundamentação e base conceitual e metodológica.²⁶

Discordamos do entendimento. Trata-se de providência de grande importância. A autoridade policial, com base nos elementos de informações colhidos e com apoio da polícia científica, tem condições de traçar um perfil do suspeito. Esse perfil é importante para analisar a coerência e a credibilidade das hipóteses aventadas e indicar o rumo das investigações; não é prova, nem serve de parâmetro para a aplicação da pena, mas pode auxiliar na análise do conjunto informativo.

José Braz, em interessante passagem da sua obra, trata da importância da psicologia judiciária para a definição de perfis criminais:

A psicologia judiciária tem prestado um contributo muito significativo em distintos sectores da investigação criminal, dos quais, pela sua particular importância destacamos dois, que serão objecto de referência em capítulo posterior:

- O desenvolvimento da comunicação interpessoal, designadamente as chamadas técnicas e metodologias de entrevista e interrogatório;
- O estudo, a interpretação e a análise do comportamento delincente e a definição de perfis criminais.

Realçamos o facto de o crescente recurso às ciências e áreas do saber experimental ter criado na opinião pública, uma falsa e redutora ideia de uma investigação criminal de laboratório e bata branca, exclusivamente direccionada para a produção de prova material, resultante de recolha e tratamento analítico de vestígios físicos e materiais.

Recentemente, alguma literatura de ficção e sobretudo o cinema, têm contribuído sobremaneira para a difusão dessa ideia ficcionada, com contornos frequentemente irrealis e fantasiosos.

É naturalmente inegável o imenso contributo da ciência em geral e das ciências experimentais em particular para o aumento da eficácia e da capacidade de resposta da moderna investigação criminal, sendo igualmente indiscutível a solidez demonstrativa da prova material em contraposição à natureza frequentemente precária e tendencialmente indiciária da prova pessoal.

Mas isso não significa, de modo algum, um redireccionamento unívoco da investigação criminal no sentido da prova material ou uma correspondente perda da importância da prova pessoal. Nem no plano normativo. Nem tampouco no plano técnico-material.

O crime faz parte da natureza humana e do que ela encerra de mais profundo e paradoxal. No dizer de Bataille ‘é uma característica da

²⁶ LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.240.

espécie humana, e apenas dela, mas acima de tudo é algo secreto, impenetrável e escondido. O crime esconde-se e as coisas mais terríveis são, indiscutivelmente, as que nos iludem’.

O verdadeiro ‘laboratório’ onde a investigação criminal – enquanto instrumento ao serviço da Justiça penal, – perscruta e persegue continuamente a verdade, só pode ser a sociedade, porque é nela que os homens interagem de forma complexa e quantas vezes dramática, rompendo e destruindo os laços da coexistência e solidariedade que sustentam e dão sentido ao viver comunitário.²⁷

Da mesma forma, o estado de ânimo do suspeito pode ser bastante significativo, embora não seja um dado que, isoladamente, tenha algum valor. Há relatos, por exemplo, de suspeitos que, embora próximos da vítima, têm reações absolutamente fora do padrão, a exemplo de caso que se tornou bastante conhecido da mídia em que a suspeita de matar os pais, logo após o crime, foi a um motel com o namorado.

É certo que cada um reage ao seu modo a acontecimentos trágicos, o que não significa que essas percepções não tenham o seu valor, feita a análise a partir de um padrão de normalidade.

Por tudo isso, pensamos que, nesse ponto, a mudança, ao restringir os dados que devem ser ponderados pela autoridade policial, não foi positiva, mas esperamos, em contrapartida, que a autoridade policial efetivamente cumpra o dispositivo, atentando para os antecedentes, a conduta social e a condição econômica do investigado.

O parágrafo 3º dispõe que o indiciado será advertido sobre a necessidade de fornecer corretamente o seu endereço, para fins de citação e intimações futuras, e sobre o dever de comunicar eventual mudança do local onde possa ser encontrado.

Trata-se de importante previsão, a exemplo da relacionada às testemunhas. A conduta do acusado que, ciente desse dever, muda de endereço sem comunicar a autoridade policial, pode justificar a decretação da prisão preventiva, se denotar a intenção de furtar-se à lei penal.

Os artigos 31 e 32 do projeto cuidam dos prazos de conclusão do inquérito e trazem inovações, como: a ampliação do prazo para a conclusão do inquérito de investigado preso de 10 para 15 dias, prazo ainda exíguo e insuficiente – melhor seria que o projeto tivesse estabelecido prazos maiores tanto para os inquéritos de investigados presos como para os de investigados soltos; a previsão de que o pedido de prorrogação, que deverá ser

²⁷ BRAZ, José Alberto Campos. **Investigação criminal**. A organização, o método e a prova. Os desafios da nova criminalidade. 3.ed. Versão digital (*ebook*). Almedina, 2013, posição n.261.

detalhado, seja encaminhado ao ministério público, não mais ao juiz; e, principalmente, a fixação de prazo fatal, de 720 dias, para a conclusão do inquérito, findo o qual, o inquérito deverá ser arquivado, salvo exceção prevista no parágrafo 2º: “Em face da complexidade da investigação, constatado o empenho da autoridade policial e ouvido o ministério público, o juiz das garantias poderá prorrogar o inquérito pelo período necessário à conclusão das diligências faltantes”.

Os artigos 33 a 35 cuidam “do relatório e da remessa dos autos ao ministério público”. Estabelece o artigo 33:

Os elementos informativos do inquérito policial devem ser colhidos no sentido de elucidar os fatos e servirão para a formação do convencimento do Ministério Público sobre a viabilidade da acusação, bem como para a efetivação de medidas cautelares, pessoais ou reais, a serem decretadas pelo juiz das garantias.

Pensamos que o legislador, ao inserir esse dispositivo, reproduziu um equívoco em que a doutrina incorre, ao indicar o ministério público como destinatário da investigação criminal, como se a investigação não interessasse, em igual medida, ao investigado.

Findo o inquérito, a autoridade policial fará relatório e remeterá os autos ao ministério público, que poderá: oferecer a denúncia; requisitar, fundamentalmente, a realização de diligências; encaminhar os autos a outro órgão do ministério público, por falta de atribuição para a causa; requerer o arquivamento.

Os artigos 38 a 40 cuidam do arquivamento do inquérito e não trazem nenhuma inovação merecedora de nota.

Por fim, os artigos 41 a 44 cuidam da identificação criminal, estabelecendo, em síntese, em conformidade com a Constituição Federal, que o civilmente identificado não será submetido à identificação criminal, salvo nas hipóteses que relaciona.

Evidentemente, se aprovado o projeto, surgirão problemas de interpretação e aplicação dos dispositivos. À doutrina e à jurisprudência caberá lidar com todas essas dificuldades. Contudo, ainda que mereça críticas pontuais, o projeto representa um avanço.

2.9 A importância dos ensinamentos de Joaquim Canuto Mendes de Almeida: distinção entre atos de investigação e o registro desses atos

A análise histórica da estrutura da persecução penal brasileira feita por Joaquim Canuto Mendes de Almeida tem grande importância para a pesquisa a que nos propusemos

elaborar.

Considerados os fins deste trabalho, tem especial relevância a distinção feita pelo autor entre os atos de investigação – a que ele se referia como *indagações preliminares* – e o registro desses atos – o inquérito policial propriamente dito.

Em diversas passagens da sua mais famosa obra o autor destacou essa distinção. Ao tratar do “sumário da culpa”, que, no regime do Código de Processo Criminal de 1832, ocorria na fase de instrução preliminar:

A criação do sumário da culpa, pelo Código de Processo Criminal, satisfaz, assim, o propósito do legislador pátrio, de que ele constituísse base da acusação criminal, e mais do que isso, a única base da acusação criminal.

[...]

Como quer que fosse, o sumário de culpa, quer iniciado por efeito de denúncia ou queixa, quer de ofício, pressupunha indagações anteriores e irregistradas: para proceder “à inquirição de duas até cinco testemunhas” que tivessem notícia da existência do delito e de quem seja o criminoso” (artigo 140), o juiz de paz devia entregar-se a pesquisas, às quais, por desnecessário, o legislador não fazia expressa referência; a seleção das numerárias não se poderia operar, sem que a autoridade sumariante tomasse informações mais amplas, em função do sumário de culpa, capazes de lhe permitir racional escolha das testemunhas que devessem jurar. A tarefa de atender urgentemente às providências consequentes à notícia da infração, já então existia. O registro escrito de seus resultados, porém, é que recaía sobre os elementos de convicção necessários ou úteis, fixáveis mediante o processo da formação de culpa. Este, escrito, e aquelas, não escritas e subjacentes, constituíam atribuições da mesma autoridade.²⁸

Ao tratar da atuação defensiva durante o inquérito policial – que ele admitia –, o autor alertava para a necessidade de a autoridade impedir que os atos fossem tumultuados ou tivessem o seu curso prejudicado:

Ao indiciado se há de negar o direito de intervir nas diligências de investigação, propriamente ditas, as quais, como preliminares, precedem o registro, no inquérito policial, de cada elemento de convicção real, pessoal ou documental. Essa intervenção não teria sentido, nem nas investigações que o inquérito policial pressupõe, nem – convém notar – nas investigações, que, mesmo depois de instaurada a ação penal, podem ou devem policialmente realizar-se, de ofício ou por solicitação do juiz ou do Ministério Público, paralelamente ao procedimento judicial.²⁹

²⁸ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: RT, 1973, p.199-201.

²⁹ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: RT, 1973, p.199-201.

O autor afirmava ainda que a polícia é “uma necessidade da justiça penal” e ponderava:

Se o crime lesa a sociedade, mais do que ofende o indivíduo; se a pena interessa mais à ordem pública do que satisfaz o interesse privado; a justiça penal busca ativamente a verdade criminal. Os órgãos dessa atividade são, por isso mesmo órgãos de investigação e de ação judiciário-penal. A ação, quer do juiz, quer do funcionário, especializado ou não, desse ministério público, seria tão impossível sem a investigação prévia da verdade e dos meios de prová-lo em juízo quanto é, igualmente, impossível ao advogado do autor de uma demanda cível movê-la em juízo sem, antes, assenhorear-se dos dados do litígio e dos meios de prova produtíveis judicialmente em favor de seu constituinte.

Se a investigação é uma necessidade de pesquisa da verdade real e dos meios de poder prová-la em juízo, não menos necessária parece a liberdade discricionária de investigação, sem a qual essa função de polícia seria mutilada, contrariaria sua própria natureza. O homem investiga a verdade procurando nas matérias os sinais físicos ou químicos dos fenômenos e na memória de seus semelhantes os resíduos mentais dos acontecimentos. Privar a investigação de um ou de alguns processos naturais de consultar a matéria ou a mente acerca da realidade ocorrida, é mutilá-la e, por isso mesmo, mutilar a verdade investigável.

À vista dessas considerações, de procedência irrecusável, parece-nos perigosa, em virtude da extensão em que pode ser entendida, a afirmação de que escapam à competência investigatória, por exemplo, as inquirições de testemunhos ou o interrogatório dos suspeitos. O perigo cessa, porém, completada a assertiva: escapam à competência investigatória as inquirições de testemunhas ou o interrogatório dos suspeitos que não se destinem exclusivamente à função informativa. O adiamento torna, entretanto, supérflua a afirmação porque não só depoimentos e interrogatórios, mas também a produção de quaisquer meios de prova, são alheios à competência policial pura, que investiga apenas para informar e não para provar.

Todos os gêneros e espécies de meios de prova podem ser objeto de investigação. E devem ser sempre que necessários à descoberta da verdade. A limitação da liberdade investigatória só é admissível quando a discricção e arbítrio policiais possam representar uma injusta lesão a direitos individuais e suas garantias. Por isso, cerceia-se, mui, justamente, a liberdade de investigação, quando, por exemplo, envolva infrações domiciliares, buscas e apreensões forçadas, detenções prolongadas, medidas essas cujo caráter jurisdicional não pode ser posto em dúvida.³⁰

O autor aponta a Lei n. 261/1841 e o Regulamento n. 120/1841 como o primeiro momento em que se diferenciou com mais clareza a atividade da coleta preliminar de informações (atividade de investigação) e a atividade de documentação dos resultados dessa atividade preliminar.

A Lei n. 2.033/1871 e o Regulamento n. 4.824/1871 reforçaram essa distinção,

³⁰ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: RT, 1973, p.60-62.

atribuindo aos delegados e subdelegados de polícia as funções de realizar diligências para o esclarecimento dos fatos supostamente criminosos e de, num segundo momento, transmitirem esses dados aos promotores de justiça.

A essa importante distinção, nunca se deu a devida importância, a ponto de raramente ser lembrada pela doutrina atual.

2.10 Considerações finais

As digressões à legislação da época do Império e da República, anteriores ao atual Código de Processo Penal, são importantes para demonstrar a confusão que se fazia entre atribuições policiais e judiciárias.

O processo de definir o que eram funções de polícia e judiciárias não foi linear. Ainda mais difícil foi o processo de definir quem deveria desempenhar cada uma dessas funções.

Os reflexos de toda essa confusão – que não se desfez por completo – ainda hoje são sentidos e, como se buscará demonstrar ao longo do trabalho, afeta a eficiência da investigação criminal.

Bem delimitar as funções de cada órgão é fundamental para o bom funcionamento e equilíbrio do sistema, sobretudo num sistema que se pretende acusatório. E, lançada a questão para os dias atuais, essa preocupação se estende à delimitação das funções do ministério público. A par disso, é fundamental garantir, efetivamente, a igualdade entre as partes. Por oportuno, antecipamos a nossa posição no sentido de que o ministério público é parte e a ele deve ser dispensado tratamento igual ao do investigado/acusado.

É preciso ainda reavivar a distinção entre atos de investigação e o registro desses atos, distinção que na atualidade raramente é feita pela doutrina, em que pese fundamental e com afetação na eficiência da investigação criminal.

A atividade de investigação tornou-se secundária, enquanto a atividade de registro dos atos de investigação tornou-se principal. Em outras palavras, os genuínos atos de investigação cederam lugar à escrituração de atos, muitas vezes limitando-se o inquérito policial a essa escrituração.

Essa inversão na ordem das coisas merece reflexão.

3 FINALIDADES E IMPORTÂNCIA DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

3.1 Considerações iniciais

A identificação das finalidades da investigação criminal é o ponto de partida para a pesquisa da eficiência dessa atividade.

Essa identificação, em termos práticos, permitirá determinar o volume e a profundidade de informações que se devem buscar nesta fase, a quem essas informações se destinam e qual deve ser a participação dos interessados. Permitirá, enfim, identificar os possíveis fatores de eficiência da investigação ou, sob a ótica reversa, de ineficiência.

Além de definirmos quais são as finalidades da investigação, é preciso distingui-las das finalidades do processo penal.

Na doutrina, prevalece o entendimento de que a finalidade da investigação criminal é a reunião do mínimo de elementos necessários para a formação da *opinio delicti* e de que a finalidade do processo penal é a aplicação do direito penal objetivo.

Pretendemos aprofundar o debate – e polemizar – em torno da ideia corrente na doutrina de que a finalidade do inquérito policial é possibilitar ao titular da ação penal a formação da *opinio delicti*. Esse é, a nosso ver, um viés parcial e, sobretudo, limitado.

A investigação criminal tem por finalidade apurar o crime e a respectiva autoria mediante a reconstrução do fato passado, reconstrução feita a partir de elementos informativos – e, eventualmente, de provas – revelados por fontes de prova.

Utilizaremos o vocábulo eficiência com o significado – usualmente empregado nas ciências econômicas e de administração – de aptidão para produzir o resultado.

A eficiência da investigação pode, portanto, ser relacionada à sua capacidade de apurar o suposto delito por meio da reconstrução do fato passado.

3.2 Finalidades do processo penal

Principiemos pela doutrina sobre os fins do processo penal, uma vez que muito mais densa que a doutrina sobre a investigação, cuja importância é relegada.

O processo penal é o instrumento necessário para a aplicação do direito objetivo. Mas não só isso.

Vicente Greco Filho³¹ reconhece no processo penal uma das garantias mais importantes que nos foram legadas pelas declarações universais de direito para a imposição das penas criminais.

A ordem jurídica atribui ao indivíduo a liberdade de agir, de modo que só por força de lei alguém poderá ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa. No que se refere às restrições da liberdade decorrentes da sanção criminal, além da descrição típica do delito e da prévia cominação da pena, há necessidade de que seja a pessoa submetida ao devido processo legal.

O processo constitucionalmente estruturado atua como uma indispensável garantia passiva contra o arbítrio do que eventualmente representa o Estado, cabendo ao Poder Judiciário a efetivação dessa garantia:

Costuma-se dizer que o processo penal é o modo pelo qual atua a jurisdição em matéria penal. Esta, fazendo atuar a ordem jurídica penal, deve definir, em relação a um caso concreto, se o acusado é culpado ou inocente, ou seja, se sua conduta constitui, ou não, ilícito penal, determinando a quantidade de pena que a tal fato corresponde. A sentença penal condenatória libera a coação estatal e autoriza, nos limites que fixar, a restrição da liberdade.³²

Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen afirmam que o direito penal é um instrumento da paz social e o processo penal é o instrumento necessário para a aplicação do direito penal: “é a única estrutura que se reconhece legítima para a aplicação da pena”.³³

O injusto típico – afirmam os autores – surge quando o Direito Penal falha em sua função de prevenir infrações. A conduta humana que lesiona ou expõe a perigo bens e valores protegidos pelo ordenamento gera um desvalor da ação e do resultado. Esse juízo de desvalor exterioriza-se por meio da aplicação de uma pena ou medida de segurança e materializa a função repressiva do Direito Penal.

Mas o Direito Penal é despido de coerção direta. Para que possa ser aplicada uma pena não é apenas necessário que exista um injusto típico, mas também que exista o devido processo penal. A pena é efeito jurídico do delito e do processo. Mas o processo não é efeito do delito, senão da necessidade de impor a pena ao delito por meio do processo. Por isso, a pena depende da existência do delito e do processo penal.

³¹ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.61-63.

³² GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.62.

³³ LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.34.

A instrumentalidade do processo penal não significa que ele seja um instrumento a serviço de uma única finalidade, consistente em satisfazer a pretensão acusatória. É também função do processo penal garantir a máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais, em especial, da liberdade individual:

Com isso, concluímos que a instrumentalidade do processo penal é o fundamento de sua existência, mas com uma especial característica: é um instrumento de proteção dos direitos e garantias individuais. É uma especial conotação do caráter instrumental e que só se manifesta no processo penal, pois se trata de instrumentalidade relacionada ao Direito Penal e à pena, mas principalmente um instrumento a serviço da máxima eficácia das garantias constitucionais. Está legitimado enquanto instrumento a serviço do projeto constitucional. Trata-se de limitação do poder e tutela do débil a ele submetido (réu, por evidente), cuja debilidade é estrutural (e estruturante do seu lugar). Essa debilidade sempre existirá e não tem absolutamente nenhuma relação com as condições econômicas ou sociopolíticas do imputado, senão que decorre do lugar em que ele é chamado a ocupar nas relações de poder estabelecidas no ritual judiciário (pois é ele o sujeito *passivo*, ou seja, aquele sobre quem recaem os diferentes constrangimentos e limitações impostos pelo poder estatal). Essa é a *instrumentalidade constitucional* que, a nosso juízo, funda sua existência.³⁴

Em síntese, o processo penal é um instrumento para a aplicação do direito penal e representa uma garantia de proteção dos direitos e garantias fundamentais.

3.3 Finalidades da investigação criminal

Para Joaquim Canuto Mendes de Almeida, o inquérito desempenha duas funções: preservar a inocência contra as acusações infundadas e o organismo judiciário contra o custo e a inutilidade em que resultariam (função preservadora); preparar a instrução, produzindo-se antes e fora da audiência provas dificilmente realizáveis no tempo e no local de concentração do processo (função preparatória).³⁵

Essa doutrina é sempre lembrada e reproduzida por diversos autores nacionais. Mas o renomado autor não se limitou a indicar essas funções: ele concluiu que o “objetivo claro” reconhecido pelo legislador ao inquérito foi a pesquisa da verdade e dos meios de prová-la em juízo.

³⁴ LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.47.

³⁵ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: RT, 1973.

Invocando as lições de Faustin Hélie,³⁶ afirmou:

Entendia o grande mestre francês que a lei de ouvir o acusado e de fazer e perfazer seu processo antes de julgá-lo é lei em toda parte. A justiça cumpre seu dever graças à instrução preliminar, atingindo apenas os fatos qualificados crimes por lei; se faz luzir aos olhos do culpado a certeza da pena, preserva o inocente até contra injustas prevenções; e funciona sem atraso e precipitação. As queixas e denúncias podem ser verificadas antes de julgadas procedentes e as imputações temerárias e levianas não vingam. A instrução preliminar é uma “instituição indispensável à justiça penal”. Seu primeiro benefício é “proteger o inculpado”. Dá à defesa a faculdade de dissipar as suspeitas, de combater os indícios, de explicar os fatos e de destruir a prevenção no nascedouro; propicia-lhe meios de desvendar prontamente a mentira e de evitar a escandalosa publicidade do julgamento. Todas as pesquisas, investigações, testemunhos e diligências são submetidas a sério exame para, de antemão, se rejeitar tudo o que não gera graves presunções. E assim se forma todo o processo preparatório, como base do juízo de primeiro grau.

[...]

Enfim – conclui Faustin Hélie – o procedimento oral tem por principal apoio o procedimento escrito: este é que se designa àquele os elementos básicos, depois de apreciar-lhes o caráter e a forma; afasta as testemunhas parasitas, os documentos estranhos à causa, tudo o que pode atrapalhar sua marcha, tudo o que não vai diretamente ao fim. Prepara, em suma, o terreno da discussão, cujos termos fixa, traçando-lhe limites. Quão extensos e confusos não seriam os debates, quanta hesitação no deliberar se não houvesse antes esse trabalho preparatório! Impotentes seriam na apreciação de fatos complicados e obscuros, de traços incertos e apagados pelo correr dos anos, cuja restauração só pode ser feita em pacientes e silenciosas pesquisas de instrução.³⁷

O autor francês foi citado por Joaquim de Almeida para destacar a importância do juízo de acusação – que hoje não subsiste, salvo no procedimento do júri –, mas suas colocações são perfeitamente válidas para a fase da investigação criminal.

Sérgio Marcos de Moraes Pitombo afirma que o processo penal pode causar prejuízos irreparáveis ao acusado e que o inquérito policial é um meio de minimizar esse risco:

O processo penal, de índole condenatória, emerge sancionatório, pouco importando-lhe o resultado. O imputado sofre o processo. Suporta-lhe e para sempre os efeitos sociais, ainda que termine absolvido. Os muitas vezes relapsos – até eles – padecem o processo, seu ritual e seu longo andamento: transporte, algemas, espera, interrogatório, audiência de instrução e mais aparatos da Justiça Penal. A função simbólica do processo de conhecimento, de natureza condenatória, traz-lhe, também, a

³⁶ HÉLIE, Faustin. **Traité de l'instruction criminelle**. Paris, 1853, v. V, p.3-17.

³⁷ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: RT, 1973, p.11-12.

marca da infâmia.³⁸

E, com base nisso, justifica a necessidade do inquérito:

A comum experiência jurídica mostrou, por isso, a necessidade de prévia verificação e apuração do fato, que se desenha ilícito e típico, bem como de sua autoria, co-autoria e participação. Assim, antecedendo ao aforamento da ação penal condenatória. Meio inafastável, em regra, de reduzir o risco de acusações formais, infundadas, temerárias e até caluniosas.³⁹

Em outras palavras, o autor identifica no inquérito a função preservadora.

Vicente Greco Filho⁴⁰ afirma que a finalidade do inquérito policial é a investigação a respeito da existência do fato criminoso e da autoria. Essa finalidade cumpre dois objetivos: fornecer elementos para a formação da *opinio delicti* do órgão acusador e fornecer o embasamento probatório suficiente para que a ação penal tenha justa causa.

Renato Brasileiro de Lima⁴¹ afirma que o inquérito policial é um procedimento instrumental, destinado a esclarecer os fatos supostamente criminosos e fornecer subsídios para o prosseguimento ou arquivamento da persecução penal. E, do seu caráter instrumental, sobressai sua dupla função, preservadora e preparatória.

Maria Thereza Rocha de Assis Moura e Marta Saad⁴² afirmam que são funções do inquérito policial: colher elementos logo após a notícia da infração, evitando que desapareçam com o tempo; reconstruir o fato investigado, informando e instruindo a autoridade judicial e o acusador, público ou privado; fornecer elementos para o convencimento do juiz a respeito da necessidade da decretação de medidas cautelares, como a prisão preventiva, a quebra de sigilo bancário e telefônico, o arresto de bens e a busca e apreensão.

André Rovégno discorda do entendimento de que o resultado da investigação criminal tem como destinatário o acusador, público ou privado. Para o autor, trata-se de um “equivoco de percepção”:

³⁸ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Inquérito policial: exercício do direito de defesa. In: **Boletim do IBCCrim** n.83, p.14, out.1999, p.14.

³⁹ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Inquérito policial: exercício do direito de defesa. In: **Boletim do IBCCrim** n.83, p.14, out.1999, p.14.

⁴⁰ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.100.

⁴¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 4.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p.107.

⁴² MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; SAAD, Marta. Constituição da república e exercício do direito de defesa no inquérito policial. In: (Coord.) PINHO, Ana Cláudia Bastos de; GOMES, Marcus Alan de Melo. **Ciências criminais**. Articulações críticas em torno dos 20 anos da Constituição da República. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.177.

A Polícia Judiciária age em razão do imperativo estatal – acima referido – de reagir às condutas que aparentemente firmam os preceitos penais primários, estabelecendo as condutas ilícitas passíveis de sanção penal. Dessa forma, ela realiza a tarefa fundamental de verificar se realmente estão presentes os indicativos de ilicitude e, conseqüentemente, do cabimento da pena. Caso estejam presentes ocorrerá a ação penal; ausentes tais indicativos, não se provoca o Poder Judiciário com o processo.

Pode-se, então, aduzir que o processo é resultado natural da verificação dos indicativos de ocorrência de fato passível de sanção penal. E só existe processo porque a reprimenda de natureza penal não pode ser aplicada diretamente. Assim, ao menos em termos lógicos, poderíamos dizer que o processo é a consequência imperativa da tarefa investigatória que coleta dados que indicam a efetiva infração da norma penal.

Portanto, não trabalha a Polícia Judiciária para colher elementos para a acusação; ao contrário, direciona-se exclusivamente pela busca obstinada da verdade material, descompromissada tanto com o *ius puniendi* quanto com o *ius libertatis*.

E isso é tão evidente que se sabe que deverá a autoridade policial, ao longo da investigação, colher todos os elementos sobre o fato, sejam eles tendentes a demonstrar a efetiva infração à norma penal como, ao invés, sejam aptos a indicar a ausência do efetivo descumprimento do preceito primário da lei penal.⁴³

Marta Saad afirma ainda que, para acusar, deve haver elementos, obtidos por meio de uma ação preparatória à ação penal, que demonstrem a existência material do fato, aparentemente ilícito e típico, e ao menos indícios de autoria e participação:

Há necessidade, enfim, de algum suporte probatório, anterior ao aforamento da ação penal de conhecimento de natureza condenatória. Consolida-se tal atividade na persecução, ou apuração prévia ou preliminar à instauração da persecução penal judicial, pouco importando a forma em que se substancie, que varia conforme o tempo e a organização judiciária, política, social e cultural de determinado Estado.⁴⁴

Para Aury Lopes Jr. e Ricardo Gloeckner, a investigação preliminar pode ser considerada um *iter*, uma situação intermediária que constitui um elo entre a *notitia criminis* e o processo. Essa fase de investigação possibilita a transição da possibilidade, advinda da notícia do crime, a uma situação de verossimilhança, advinda do indiciamento, e posterior probabilidade (indícios racionais), necessária para receber a ação penal. A sentença será de condenação se alcançar-se um juízo de certeza sobre o crime e a autoria. Do contrário, não atingida essa certeza, a sentença deverá ser de absolvição: “Essa situação

⁴³ ROVÉGNO, André. **O inquérito policial e os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa**. Campinas-SP: Bookseller, 2005, p.41-42.

⁴⁴ SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: RT, 2004, p.22.

escalonada é uma característica do processo penal, mas ainda porque não é necessariamente de trajetória fixa (progressiva), senão que pode ser regressiva”.⁴⁵

A nota característica da investigação é a instrumentalidade:

[...] O processo é um meio para chegar à satisfação jurídica da pretensão acusatória, à pena e ao justo reparo judicial. A investigação é uma fase prévia, mas não tem como fundamento a pena, tampouco a satisfação jurídica de uma pretensão. Não faz – em sentido próprio – justiça, senão que tem como objetivo imediato garantir o eficaz funcionamento da Justiça. Pode, sim, ser um instrumento para formar ou mesmo introduzir elementos necessários para o exercício da pretensão, isto é, instrumentalizar a própria pretensão acusatória.

Ao afirmar que ela garante o eficaz funcionamento da Justiça, estamos considerando a possibilidade da produção antecipada de provas, a prisão cautelar para assegurar a presença do imputado, as medidas acautelatórias patrimoniais, a fim de garantir a recuperação de ativos e produtos do crime e a própria função de filtro processual, como uma fase na qual se realiza um juízo de pré-admissibilidade da imputação. Com isso, ela será basicamente o instrumento que permitirá ao acusador decidir sobre acusar ou não, e também servirá ao juiz, para decidir sobre a admissibilidade do pedido (receber ou não a acusação; acolher ou rejeitar o pedido de arquivamento). Em sentido amplo, a investigação serve ao processo nos dois casos; tanto quando se produz a acusação, como, ainda, quando a decisão é pelo não processo (*non procedere*), pois, neste último caso, não só evitará os elevados custos para o Estado, como também impedirá os graves efeitos nocivos que um processo infundado causa ao sujeito passivo.⁴⁶

E suas principais finalidades são: a busca do fato oculto, a função simbólica e evitar acusações infundadas:

Das funções de averiguar e comprovar a *notitia criminis*, justificar o processo ou o não processo, e proporcionar uma resposta imediata ao delito cometido, extraímos os três pilares básicos da investigação preliminar: busca do fato oculto, função simbólica e evitar acusações infundadas.⁴⁷

Com relação à busca do fato oculto, afirmam os autores que o ponto de partida da investigação preliminar é a *notitia criminis* e, em consequência, há o *fumus commissi delicti*. Essa conduta delitativa é normalmente praticada de forma dissimulada, oculta, para não frustrar os fins do crime e para evitar a pena como efeito jurídico. Assim, “dada a relevância e as dificuldades que encerram a investigação do delito, essa atividade não pode

⁴⁵ LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.98.

⁴⁶ LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.99.

⁴⁷ LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.102.

ser deixada nas mãos do particular (como no processo civil) e exige a intervenção do Estado, por meio de seus órgãos oficiais”.⁴⁸

Com relação à função simbólica, a investigação preliminar contribui para restabelecer a tranquilidade abalada pelo crime: “Significa que, numa dimensão simbólica, contribui para amenizar o mal-estar causado pelo crime, através da sensação de que os órgãos estatais atuarão, evitando a impunidade”.⁴⁹

A função de evitar acusações infundadas (filtro processual) é, segundo os autores, a mais importante da investigação. São três os fatores considerados: o custo do processo, o sofrimento que causa ao sujeito passivo e a estigmatização social e jurídica em que resulta.

Os autores afirmam que o processo tem um custo. É uma pena em si e, em muitos casos, a verdadeira punição não resulta do processo, mas da acusação, a despeito da presunção de inocência:

Muitos processos infundados acabam em uma absolvição, esquecendo-se que no caminho fica uma vida destruída, estigmatizada. O processo penal, em si, produz uma carga, grave e onerosa para o acusado, que culmina com o sofrimento da alma e a penitência do espírito. [...] O mais grave da acusação infundada não é o custo meramente econômico, mas o social e psicológico. Por desgraça, o custo da injustiça é um valor imensurável.⁵⁰

Ao tratarem do sofrimento do sujeito passivo, afirmam que o ambiente da justiça é hostil, complexo e impregnado de simbolismos. A arquitetura dos tribunais, a indumentária e o vocabulário dos integrantes do sistema – juízes, promotores e auxiliares da justiça –, os rituais, tudo contribui para que o indivíduo seja posicionado numa situação de inferioridade: “Tudo isso, acrescido do peso da espada de Dâmocles que pende sobre sua cabeça, leva o sujeito passivo a um estado de angústia prolongada. Enquanto dura o processo penal, dura a incerteza, e isso leva qualquer pessoa a níveis de estresse jamais imaginados”.⁵¹

Por fim, ao tratarem da estigmatização social, afirmam que o processo penal é uma clara atividade de etiquetamento: “A pessoa submetida ao processo penal perde sua identidade, sua posição e respeitabilidade social, passando a ser considerada, desde logo,

⁴⁸ LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.106.

⁴⁹ LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.106.

⁵⁰ LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.114.

⁵¹ LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.115.

delinquente, ainda antes mesmo da sentença e com o simples indiciamento”.⁵² O processo como um todo pode ser considerado uma cerimônia degradante, mas a estigmatização é maior quando são adotadas medidas cautelares pessoais ou quando existe uma publicidade “abusiva” do ato. E concluem:

[...] para que a razão predomine sobre o poder, é necessário que a denúncia ou queixa venha acompanhada de um mínimo de provas – mas suficientes para demonstrar a probabilidade do delito e da autoria afirmados – para motivar e fundamentar a decisão do juiz de receber ou não a acusação, e nisso reside a importância da investigação preliminar: fornecer elementos de convicção para justificar o processo ou o não processo, evitando-se que acusações infundadas prosperem.

Agrada-nos – porque menos restritivo e mais objetivo – o entendimento de Gustavo Torres Soares quanto às finalidades da investigação criminal.⁵³

O autor afirma que a investigação criminal é um instrumento imprescindível do sistema penal, “de modo que, em todos os campos onde houver regulamentação penal legítima, deverá ser juridicamente admissível investigação eficiente (ainda que juridicamente limitada)” e esclarece que a suposta ocorrência do delito deve movimentar o sistema penal no sentido do seu esclarecimento, disso dependendo a justa aplicação da lei penal:

Inicialmente, tal esclarecimento tem duas principais finalidades. De um lado, destina-se a fornecer ao titular da ação penal, ou seja, ao legítimo detentor do poder de provocação da jurisdição penal (particular, na ação privada, e Ministério Público, na ação pública), os melhores elementos informativos juridicamente admissíveis para a reconstrução histórico-documental aproximativa quanto ao suposto fato, sobre o qual haveria interesse jurídico-criminal, de modo que o titular da ação penal possa formar adequada convicção sobre a probabilidade de sua ocorrência e circunstâncias. De outro lado, serve (ou deveria servir) para instrumentalizar a preparação defensiva diante de possível demanda penal.

Em momento lógico posterior, caso venha a ser ajuizada demanda penal condenatória referente ao suposto fato, o mencionado esclarecimento também fornece material informativo para que a defesa do demandado possa pleitear o não recebimento judicial da demanda ou a absolvição sumária do demandado, assim como ao juiz do feito para decidir sobre tais questões.

E, caso a demanda penal condenatória seja judicialmente recebida, o referido esclarecimento fático pode instrumentalizar a atividade probatória das partes interessadas na procedência ou improcedência da correspondente pretensão processual – e, conforme o entendimento que

⁵² LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.117.

⁵³ SOARES, Gustavo Torres. **Investigação criminal e inovações técnicas e tecnológicas**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2016, p.34-37.

se tem do sistema acusatório, auxiliaria também à condução, pelo juiz da causa, da respectiva instrução probatória.

Do ponto de vista do cidadão imputado ou condenado, sempre há interesse na busca de elementos de informação que lhe sejam favoráveis. Para o imputado, existe tal interesse desde que se descobre destinatário de suspeitas quanto à prática de fato penalmente relevante e até que se veja livre delas e de qualquer de seus incômodos consecutórios (acusações, processos, decisões condenatórias). Para o injustamente condenado (seja a injustiça material ou processual), há interesse no aparelhamento de eventual demanda de revisão criminal. Para o justamente condenado, há interesse na obtenção de elementos para fundamentar, por exemplo, sua reabilitação.

Também a suposta vítima tem interesse na investigação criminal, seja na condição de titular da ação penal privada, seja como auxiliar na ação penal pública.

Pensamos que a investigação criminal tem por finalidade apurar o crime e a respectiva autoria mediante a reconstrução do fato passado, reconstrução que é feita a partir de elementos informativos – e eventualmente de provas –, que são revelados por fontes de prova identificadas na fase pré-processual.⁵⁴

O resultado da investigação deve propiciar ao titular da ação e ao investigado/acusado a reconstrução do fato, ou, sob outra perspectiva, a construção de narrativas⁵⁵ – de preferência boas – com pretensão de veracidade, relativas à imputação.

⁵⁴ A propósito, o projeto de novo Código de Processo Penal (PL n. 8.045/2010) estabelece como objetivo da investigação criminal a identificação de fontes de prova (artigo 8º). Entretanto, esse não é o único objetivo da investigação, não é, nem ao menos, o objetivo principal. O objetivo principal da investigação é a apuração do delito por meio da reconstrução do fato passado. As fontes de provas identificadas, se não forem devidamente exploradas, podem não bastar à reconstrução do fato supostamente delituoso. Por exemplo, uma pessoa pode afirmar, de forma verossímil, que presenciou um delito de homicídio ocorrido em frente ao estabelecimento onde ela trabalha. Mas se a pessoa — por resistência ou por omissão da autoridade policial — não detalhar minimamente o que sabe, teremos uma fonte de prova, mas não teremos elementos informativos para a reconstrução do fato. Nesse sentido é que afirmamos que a identificação de fontes de prova não é o único objetivo da investigação.

⁵⁵ Ensina Michele Taruffo que as “histórias” que são contadas em juízo podem ser tratadas como “narrativas”. Essas histórias são, ao mesmo tempo, necessárias e perigosas. São necessárias porque constituem o instrumento principal através do qual fragmentos de informação podem ser combinados e compostos em um complexo de fatos coerente e dotado de sentido. Elas fornecem um método para descobrir aquilo que verdadeiramente ocorreu e têm como principal característica o fato de proporem possibilidades. São também perigosas e “abertas à suspeição”: abrem caminhos para a imprecisão, para a variabilidade e para a manipulação da reconstrução dos fatos. Isso varia de acordo com o ponto de vista, os interesses e os escopos dos sujeitos, que as contam em um certo momento e em um determinado contexto. Isso geralmente é verdadeiro, sendo particularmente verdadeiro no contexto processual. Um processo não inclui apenas uma narrativa: é uma situação complexa, em que várias histórias são construídas e contadas por sujeitos diferentes, de pontos de vistas e modos diferentes. Perigos de erro, de incompletude, de manipulações e de reconstruções incorretas dos fatos são particularmente frequentes, podendo levar a equívocos dramáticos e a erros substanciais na decisão final da controvérsia. (TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**. O juiz e a reconstrução dos fatos. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Madri/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2012, p.53-54).

3.4 Tempo e profundidade da investigação

O artigo 10 do Código de Processo Penal estabelece, como regra geral,⁵⁶ que o inquérito deverá ser concluído no prazo de 10 dias, se o indiciado estiver preso, e no prazo de 30 dias, se estiver solto, mas possibilita a prorrogação do prazo, para outras diligências, se o indiciado estiver solto e o fato for de difícil elucidação (artigo 10, parágrafo 3º).⁵⁷

Os prazos fixados no artigo são impróprios, de modo que, se desrespeitados, não geram sanções, ressalvada a soltura do indiciado preso, por excesso de prazo. São prazos exíguos e incompatíveis com a atual realidade, o que contribuiu para que a regra seja a inobservância.

A rigor, a prorrogação do prazo, para realização de diligências, somente poderia ocorrer se, estando solto o indiciado, o caso for de difícil elucidação. Na prática, porém, essa exigência é ignorada. Rotineiramente e de forma automática, a autoridade policial requer a prorrogação dos prazos de investigação e, também rotineiramente e de forma automática, promotores de justiça concordam com seguidas prorrogações e os juízes a deferem, o que resulta numa infinidade de inquéritos intermináveis. Com tantas prorrogações, a investigação perde a objetividade e atenua-se o interesse no esclarecimento do fato.

Esse é, sem dúvida, um importante fator de ineficiência das investigações. Sobre o assunto, Fauze Hassan Choukr assim se manifesta:

⁵⁶ Nos crimes contra a economia popular, estabelece o artigo 10, parágrafo 1º, da Lei n. 1.521/51 que o inquérito deve ser concluído no prazo de 10 dias, independentemente de o investigado estar preso ou solto. Nos inquéritos policiais federais, o artigo 66, *caput*, da Lei n. 5.010/66, estabelece que o prazo de conclusão é de 15 dias, se o indiciado estiver preso, podendo ser prorrogado por mais 15 dias, se for feito pedido fundamentado, deferido pelo juiz. O inquérito policial militar deverá ser concluído no prazo de 20 dias, se o indiciado estiver preso, a contar da prisão, ou no prazo de 40 dias, se estiver solto, a contar da instauração do inquérito, nos termos do artigo 20 do Código de Processo Penal Militar (Decreto-Lei n. 1.002/69). Nos crimes da Lei de Drogas, estabelece o artigo 51 da Lei n. 11.343/06 que o inquérito policial será concluído no prazo de 30 dias, se o indiciado estiver preso, e de 90 dias, se estiver solto. Além disso, se o indiciado estiver preso temporariamente por crime hediondo ou equiparado, o prazo para conclusão do inquérito poderá ser maior, pois a prisão pode ser decretada por 30 dias, prorrogáveis por mais 30. Nessa hipótese, decorridos os 30 dias ou 60 dias da prisão, se o inquérito não estiver concluído, deverá prosseguir com o indiciado solto.

⁵⁷ Eugênio Pacelli critica a atribuição ao juiz da competência para deferir a prorrogação do prazo: “Embora o nosso Código em vigor defira ao Judiciário a competência para a prorrogação do prazo para encerramento de inquérito, deve-se observar que o inquérito dirige-se exclusivamente à formação da *opinio delicti*, isto é, do convencimento do órgão responsável pela acusação. O juiz, a rigor, nem sequer deveria ter contato com a investigação, realizada que é em fase anterior à ação penal, quando não provocada, até então, a jurisdição. Somente quando em disputa, ou em risco, a lesão ou ameaça de lesão a direitos subjetivos ou à efetividade da jurisdição penal é que o Judiciário deveria — e deve — manifestar-se na fase investigatória, como juiz das garantias individuais, no exercício do controle judicial de legalidade dos atos administrativos”. (PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.61).

A ausência de barreira cronológica fomenta o desaparelhamento do Estado e o despreparo dos profissionais que lidam com a matéria que, desobrigados a controlar sua atividade no tempo, não se inibem em propugnar prazos meramente dilatórios, no que são passivamente correspondidos por outros agentes da justiça criminal.⁵⁸

Em razão da necessidade de o inquérito policial ser concluído num prazo razoável, parte da doutrina – não só por isso, mas também por isso –, sustenta que no inquérito policial não se busca um grau de convencimento ótimo, mas apenas necessário, sobre a existência do crime e indícios suficientes de autoria.

Nesse sentido, Aury Lopes Jr. afirma que a investigação criminal existe para ser sumária, pois não é um fim em si mesmo, é apenas um instrumento a serviço do processo. Deve estar limitada ao imprescindível, reservando-se para a fase processual o conhecimento de dados complementares e a verificação exaustiva do que anteriormente foi apurado:

A existência de uma posterior cognição plena no processo permite que a fase pré-processual seja limitada e superficial, destinada a comprovar a verossimilitude da notícia-crime, para afirmar a existência ou inexistência do *fumus commissi delicti* necessário para justificar a acusação.

A instrução preliminar não deve ser normativamente uma cognição plena, profunda e completa sobre a existência do delito, pois esse é o objeto da fase processual e da instrução definitiva. Uma fase pré-processual plenária não representa mais do que uma molesta duplicidade ou, ainda pior, desvirtua completamente a fase processual, transformando-se na alma do processo.

Uma das maiores críticas que se faz ao modelo brasileiro de instrução preliminar – inquérito policial – é a repetição na produção da prova. O inquérito policial é normativamente sumário, inclusive com limitação quantitativa ou temporal, mas o que sucede na prática é que ele se transforma em plenário. A conversão – de normativamente sumário em efetivamente plenário – é uma gravíssima degeneração. A polícia tarda demasiado em investigar, investiga mal e, por atuar mal, acaba por alongar excessivamente a investigação. O resultado final é um inquérito inchado, com atos que somente deveriam ser produzidos em juízo e que, por isso, desbordam os limites que o justificam.

Por falta de critérios – basicamente porque não atua em sintonia com o titular da ação penal –, em geral, a polícia investiga em excesso e produz uma prova de má qualidade. O ideal está no outro extremo: restringir-se ao imprescindível, mas investigar com critério, de modo a aportar atos de convencimento em grau suficiente para justificar a denúncia.

O grande erro está na falta de controle de investigação policial por parte do Ministério Público – destinatário final do inquérito e titular da ação penal – que deveria ser o responsável em definir o que e o quanto a ser investigado, pois, como titular da ação penal – saberá definir que nível de cognição deve existir naquele caso específico. Atingido um grau de

⁵⁸ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 2.ed. São Paulo: RT, 2001, p.160.

convencimento tal que o promotor possa oferecer a denúncia com suficientes elementos – probabilidade do *fumus commissi delicti* –, ele deverá determinar a conclusão do inquérito e oferecer a denúncia.

Dessa forma, em juízo, será produzida toda a prova necessária para chegar à certeza, pois a fase processual, sim, é que deve ser plenária. Obviamente, alguns atos serão aparentemente repetidos, mas não se trata de uma repetição em sentido jurídico, senão uma verdadeira produção, pois a única prova válida para a sentença é a produzida em juízo, com todas as garantias. Logo, só existe repetição se a mesma prova for produzida duas vezes ao longo do processo. Esse sentimento de duplicidade de atos cai por terra se o inquérito for verdadeiramente sumário, pois a prova aparentemente repetida será mínima e justificada pelas garantias inerentes ao processo penal.⁵⁹

Conclui:

[...] verifica-se claramente que o espírito comum dos sistemas jurídicos atuais é limitar a investigação preliminar à atividade mínima de comprovação e averiguação do fato e da autoria, para justificar o processo (exercício da ação penal) ou o não processo (arquivamento). O juízo de pré-admissibilidade da acusação é provisional e está baseado na probabilidade de que exista o *fumus commissi delicti* afirmado pela acusação.⁶⁰

Não é esse, contudo, o nosso entendimento. Pelos motivos que expusemos ao tratar da finalidade da investigação criminal, acreditamos que a apuração na investigação não deve ter a superficialidade proposta pela doutrina em geral, o que não implica admitir que se estenda no tempo.

A investigação deve se desenvolver num curto espaço de tempo. A prática demonstra que as investigações mais eficientes apuram o fato rapidamente. No mais das vezes, as investigações se prolongam por conta do mau gerenciamento dos inquéritos pela autoridade policial e por excesso de burocracia, incompatível com o dinamismo exigido nessa fase da persecução, dinamismo facilitado pela ausência do contraditório.

A alusão feita pela doutrina à “duplicidade de atos” – que seria um fator de ineficiência das investigações – não leva em consideração algo essencial: a diferença entre os atos de investigação e o respectivo registro. O que, na prática, se observa, é que se investiga pouco e se registra muito. E é o registro, e não a investigação, que frequentemente se mostra excessivo e desnecessário.

No mais, entendemos perfeitamente possível, sem ofensa ao princípio da

⁵⁹ LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.178-179.

⁶⁰ LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.182.

legalidade, que a autoridade policial priorize as investigações em que a descoberta do fato tenha maior probabilidade de êxito.

3.5 Valor probatório dos elementos de informação

Durante a investigação criminal, a polícia – e eventualmente os interessados na investigação – identificam fontes de provas, que, quando levadas ao inquérito policial, podem resultar em elementos de informação.

Esses elementos se prestam à reconstrução do fato supostamente criminoso. Além disso, são utilizados para a análise do cabimento da decretação de medidas cautelares e da viabilidade da ação penal, para a definição de estratégias de acusação e de defesa e, se instaurado o processo, para produção dos respectivos meios de provas.

Os elementos de informação não são produzidos em contraditório – por isso não são provas – e, em regra, a decisão judicial não pode se fundar exclusivamente neles.

É o que se extrai do artigo 155, com a redação dada pela Lei n. 11.690/2008:

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.

Esse dispositivo é criticado por significativa parte da doutrina⁶¹ e são dois os principais argumentos utilizados.

O primeiro – frágil – no sentido de que a redação original do Projeto de Lei n. 4.205/2001, que se transformou na Lei n. 11.690/2008, não continha o advérbio “exclusivamente” e que a alteração na redação desvirtuou completamente a ideia original.⁶² O segundo, de que a valoração dos elementos de informação fere a garantia do

⁶¹ Para Luiz Rascovski, “A alteração do artigo 155 do CPP (advinda com a Lei n. 11.690/2008) tentou sanar essa permissividade perniciosa. No entanto, o legislador, ao mudar o texto originário, acabou desvirtuando o sentido do projeto originário, tornando a emenda pior que o soneto. Isto porque a introdução do termo ‘exclusivamente’ na nova redação final permite o aproveitamento dos atos de investigação no processo, afrontando as garantias constitucionais do devido processo legal. Por conta deste cenário voltou à tona a discussão sobre a necessidade de exclusão física dos autos de investigação do processo criminal, justamente para evitar eventual contaminação no processo das provas que devem ser produzidas em juízo”. (RASCOVSKI, Luiz. A investigação criminal defensiva e o papel da defensoria pública na ampla defesa da investigação. In: (Coord.) RASCOVSKI, Luiz. **Temas relevantes de direito penal e processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2012, p.115).

⁶² Na redação original do Projeto de Lei, o dispositivo estava assim redigido: “Artigo 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua

contraditório e o disposto no artigo 8º, 2, ‘f’, da Convenção Americana de Direitos Humanos, que prevê o “direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos”.

Sobre o primeiro argumento, nada indica que a modificação tenha ocorrido por acidente. Foi uma modificação implementada em regular procedimento legislativo. Não há motivo, portanto, para a celeuma.

Sobre o segundo argumento, há algo de curioso: apesar de muitos autores o invocarem, sugerindo a inconstitucionalidade, poucos afirmam, de forma categórica, que o dispositivo é inconstitucional – o que, de fato, ele não é.

Gustavo Badaró⁶³, para restringir a aplicação do dispositivo, desenvolve uma interpretação mais elaborada, baseada na distinção entre provas pré-constituídas e constituídas.

As provas pré-constituídas, provenientes de fontes reais – como contratos, recibos e cartas –, são preexistentes ao processo, enquanto as provas constituídas, provenientes de fontes pessoais – como inquirição de testemunhas e oitiva da vítima – são constituídas e produzidas no processo.

O juízo de admissibilidade e o procedimento de produção dessas provas são diversos.

As provas pré-constituídas, em regra, podem ser juntadas em qualquer fase do processo, a teor do artigo 231 do Código de Processo Penal, e eventual inadmissibilidade, sempre posterior, decorre da aplicação de critérios jurídicos de exclusão da prova. As provas constituídas estão sujeitas a limites legais de admissibilidade e produção mais rígidos, havendo restrição quanto ao momento de requerimento da prova oral, quantidade de testemunhas e o rito a ser seguido. As provas constituídas devem ser produzidas em contraditório, no curso do processo, enquanto as provas pré-constituídas são submetidas ao contraditório, antes da decisão judicial.

Para o autor, essa distinção, entre provas pré-constituídas e constituídas, deve reger a interpretação do artigo 155 do Código de Processo Penal, que separa a *prova*, produzida em contraditório, dos *elementos informativos*, colhidos na investigação.

decisão nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, irrepetíveis e antecipadas”.

⁶³ BADARÓ, Gustavo Henrique. O valor probatório do inquérito policial. In: (Coords.) AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; VASCONCELOS, Enéas Romero de. **Polícia e investigação criminal no Brasil**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p.255-282.

A regra de que a prova deve ser produzida *em contraditório* aplica-se às provas pessoais:

A observância do contraditório, no caso, em sua face mais forte e eficiente, além de uma escolha epistemológica, trata-se, também, de uma imposição que o legislador ordinário não pode deixar de acolher em relação à produção da prova oral, na medida em que a Convenção Americana de Direitos Humanos, no artigo 8º (2) (f) prevê que o acusado tem o “direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos”.⁶⁴

As provas pré-constituídas não se formam em contraditório: são constituídas antes e fora do processo. Podem, por isso, ser submetidas a contraditório posterior e não há impedimento a que o juiz forme o seu convencimento com base nos elementos de informação, colhidos sem observância do contraditório, que se caracterizem como provas pré-constituídas.

Segundo o autor, sempre que o elemento de informação provier de uma fonte real, caracterizando-se como prova pré-constituída, pode ser valorada pelo juiz no momento da decisão, pois as provas pré-constituídas não exigem o contraditório em sua formação. Apenas será necessário que esses documentos sejam, no curso do processo, submetidos ao contraditório, dando-se vista à parte contrária para manifestação, caso em que não se aplicará a ressalva de que não podem ser utilizados com exclusividade para a formação do convencimento judicial. Se o elemento informativo provier de fontes pessoais e se caracterizar como prova constituída, não pode ser valorado pelo juiz na decisão judicial, por não ter se formado em contraditório.

Quando muito, tal depoimento poderá servir de confronto, com outro prestado em contraditório de partes perante o juiz, para, a partir de contradições e divergências de conteúdo, dar-se maior, menor ou mesmo nenhum peso, por falta de credibilidade do depoente, ao conteúdo do depoimento. Jamais, porém, se poderá optar por uma cômoda aceitação da versão proferida inquisitorialmente no inquérito, ao invés do depoimento, de conteúdo diverso prestado em contraditório de partes. Seria ignorar totalmente o potencial heurístico do contraditório, enquanto mecanismo dialético de verificação da resistência de uma tese a hipótese conflitantes.⁶⁵

⁶⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. O valor probatório do inquérito policial. In: (Coords.) AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; VASCONCELOS, Enéas Romero de. **Polícia e investigação criminal no Brasil**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p.255-282.

⁶⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. O valor probatório do inquérito policial. In: (Coords.) AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; VASCONCELOS, Enéas Romero de. **Polícia e investigação criminal no Brasil**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p.255-282.

Para o autor, o artigo 155 do Código Penal, deve ser lido da seguinte forma: “o juiz poderá formar a sua convicção pela livre apreciação da prova pré-constituída colhida na investigação, desde que a submeta ao posterior contraditório judicial”.

No entanto, ele próprio admite que a interpretação que tem prevalecido é de que os elementos de informação podem ser valorados quando corroborarem as provas produzidas em juízo.

Essa é a interpretação adotada por Antonio Magalhães Gomes Filho:

Assim, ao contrário do que se poderia supor, não basta a existência de qualquer prova judicial para permitir a utilização das informações trazidas pela investigação. É essencial que o elemento de prova produzido em contraditório seja convergente com o dado de conhecimento contido no inquérito. E só haverá convergência dos diversos elementos – os da investigação e os produzidos em contraditório – quando, em relação à mesma hipótese, tendam eles a produzir o mesmo resultado.⁶⁶

Gustavo Badaró critica essa interpretação:

Ou seja, se os elementos de informação produzidos no inquérito policial fossem confirmados por provas produzidas em contraditório, poderiam fundamentar uma sentença condenatória. Todavia, neste caso, o valor de tais “elementos de informação” será praticamente nenhum! Se há outras provas produzidas em contraditório judicial, o que o juiz valora são estas “provas”, e não os elementos informativos colhidos durante o inquérito policial.⁶⁷

Nem todos, porém, são críticos do dispositivo. Renato Brasileiro de Lima comenta-o, sem criticá-lo:

Ao longo dos anos, sempre prevaleceu nos Tribunais o entendimento de que, de modo isolado, elementos produzidos na fase investigatória não podem servir de fundamento para um decreto condenatório, sob pena de violação ao preceito constitucional do artigo 5º, inciso LV, que assegura aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. De fato, pudesse um decreto condenatório estar lastreado única e exclusivamente em elementos informativos colhidos na fase investigatória, sem a necessária observância do contraditório e da ampla defesa, haveria flagrante desrespeito ao preceito do artigo 5º, LV, da Carta Magna.

⁶⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas. Lei 11.690, de 09.06.2008. In: (Coord.) MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **As reformas no processo penal**. As novas leis de 2008 e os projetos de reforma. São Paulo: RT, 2008, p.260.

⁶⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. O valor probatório do inquérito policial. In: (Coords.) AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; VASCONCELOS, Enéas Romero de. **Polícia e investigação criminal no Brasil**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p.255-282.

No entanto, tais elementos podem ser usados de maneira subsidiária, complementando a prova produzida em juízo sob o crivo do contraditório. Como já se manifestou o Supremo, “os elementos do inquérito podem influir na formação do livre convencimento do juiz para a decisão da causa quando complementam outros indícios e provas que passam pelo crivo do contraditório em juízo”.

A Lei nº 11.690/08, ao inserir o advérbio *exclusivamente* no corpo do artigo 155, *caput*, do CPP acaba por confirmar a posição jurisprudencial que vinha prevalecendo. Destarte, pode-se dizer que, isoladamente considerados, elementos informativos não são idôneos para fundamentar uma condenação. Todavia, não devem ser completamente desprezados, podendo se somar à prova produzida em juízo e, assim, servir como mais um elemento na formação da convicção do órgão julgador. Tanto é verdade que a nova lei não previa a exclusão física do inquérito policial dos autos do processo (CPP, artigo 12).⁶⁸

Essa posição é, a nosso ver, a mais adequada.

O dispositivo em discussão é suficientemente claro e deve ser interpretado em sua literalidade, uma vez que não ofende a Constituição Federal, nem a Convenção Americana de Direitos Humanos.

A valoração dos elementos informativos, de forma complementar, não altera a regra de que a *prova judicial* deve sempre ser produzida em contraditório ou a ele submetida, nem reduz os direitos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos.

O dispositivo pode ser dividido em três partes: 1) O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial – essa é a regra; 2) não podendo fundamentar sua decisão *exclusivamente* nos elementos informativos colhidos na investigação – o juiz pode se valer dos elementos informativos, *de forma complementar*, em relação à prova judicial; 3) ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas – que, *em tese*, podem ser valoradas com exclusividade.

Importante lembrar que uma decisão judicial nunca se funda em uma única prova. O juiz considera sempre o conjunto e esse é o caminho mais seguro para uma decisão justa, assumindo a motivação da decisão especial relevância. A calibração do peso que cada prova merece é, num sistema do livre convencimento, da natureza da função do juiz.

Nessa linha de raciocínio, o advérbio “exclusivamente” não amplia a liberdade do juiz. Em vez disso, legitimamente a restringe.

A previsão legal, ao admitir a valoração dos elementos de informação de forma

⁶⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 4.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p.109-110.

complementar e subsidiária, tem uma lógica. Individualmente considerados, os elementos de informação não têm – e não devem ter – valor probatório, porém, em cotejo com as provas, sim. Há casos em que, não considerá-los, é um atentado à lógica.

É evidente que os elementos informativos só podem ser valorados se corroborarem a *convicção* extraída das provas produzidas em juízo, o que não equivale à afirmação de que só podem ser valorados os elementos que corroborarem a *prova judicial*.

A interpretação que nos parece mais razoável é a que já foi adotada pela Corte Europeia de Direitos Humanos, que considera incompatível com o artigo 6.3.d. da Convenção Europeia de Direitos Humanos uma condenação penal fundada *exclusivamente ou de forma preponderante* em depoimentos prestados antes da fase judicial, sem a observância do contraditório.⁶⁹

O artigo 155 do Código de Processo Penal dispõe ainda que podem ser valoradas as provas cautelares, irredutíveis e antecipadas, ainda que não produzidas em contraditório, sendo, em tese, suficientes para a condenação.

Não há uniformidade na doutrina na atribuição de significado a cada uma dessas categorias.⁷⁰ Em linhas gerais, seguimos o entendimento de Gustavo Badaró.⁷¹

As provas irrepitíveis são aquelas cuja reprodução em juízo torna-se impossível por motivo imprevisível, aplicando-se, em relação a elas, o contraditório diferido.⁷² A prova cautelar é produzida sem observância do contraditório, normalmente durante o inquérito policial e submetida posteriormente a contraditório judicial. As provas antecipadas são produzidas em juízo, com contraditório antecipado, ainda que se esteja na fase do inquérito policial.

As provas irrepitíveis decorrem de uma situação de contraditório impossível, em razão de causas que incidem externamente sobre a fonte de prova, impedindo a sua aquisição processual em contraditório. A impossibilidade pode decorrer de causa natural, como a morte de uma testemunha, ou de um comportamento ilícito do acusado ou de terceiro, como ameaça ou suborno da testemunha.

⁶⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. O valor probatório do inquérito policial. In: (Coords.) AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; VASCONCELOS, Enéas Romero de. **Polícia e investigação criminal no Brasil**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p.255-282.

⁷⁰ SOARES, Gustavo Torres. **Investigação criminal e inovações técnicas e tecnológicas**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p.58. O autor conceitua de forma diferente as provas cautelares, irrepitíveis e antecipadas.

⁷¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. O valor probatório do inquérito policial. In: (Coords.) AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; VASCONCELOS, Enéas Romero de. **Polícia e investigação criminal no Brasil**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p.255-282.

⁷² Para Gustavo Badaró, no entanto, a prova irrepitível não é produzida nem submetida ao contraditório.

Na prova cautelar, a urgência na obtenção ou no exame do elemento probatório faz com que não se possa instaurar um contraditório contemporâneo a sua produção:

Sempre lembrado é o exemplo da prova pericial a incidir sobre um elemento – pessoa ou coisa – perecível ou mesmo cujas características se alterem com o passar do tempo (p.ex.: exame necroscópico ou perícia no caso de lesões corporais). Assim, não há possibilidade de nomear um perito, intimar as partes, aguardar a formulação de quesitos, encaminhá-los ao perito... Faz-se a perícia, normalmente, apenas com quesitos formulados pela autoridade policial. Depois de produzido o laudo, e juntado aos autos, na fase processual, o resultado dessa perícia será submetido a contraditório judicial. As partes poderão pedir esclarecimentos aos peritos, formular quesitos complementares, nomear assistente técnico para apresentação de parecer, ouvir o perito em audiência. Evidente que, ainda assim, as possibilidades oferecidas por um contraditório diferido são sempre menores que aquelas decorrentes de uma prova produzida em contraditório.⁷³

Por fim, no caso da prova antecipada, a urgência em sua realização decorre do risco conhecido e previsível de perecimento da fonte de prova ou mesmo da grande dificuldade em produzi-la no momento adequado. São exemplos a testemunha muito idosa ou doente, com risco de morte.

Note-se que a irrepetibilidade que autoriza a valoração judicial do elemento de prova colhido sem o contraditório é a que decorre de fatores imprevisíveis quando da sua obtenção, pois, do contrário, o correto seria produzir antecipadamente a prova em juízo com a observância do contraditório.

A antecipação da prova no curso do inquérito policial implica algumas dificuldades, pois é possível que os fatos não estejam ainda bem delineados e não haja indiciado – ou um suspeito que já deveria ter sido indiciado. De qualquer forma, havendo indiciado, ele, seu respectivo defensor e o titular da ação penal deverão ser intimados para participarem da produção da prova. Não havendo ainda indiciado ou caso ele não tenha constituído defensor, o juiz deverá providenciar para que o ato seja acompanhado por defensor público ou equivalente.

Para Antonio Magalhães Gomes Filho:

O novo texto do artigo 155 fala em provas cautelares e antecipadas. Na verdade, a distinção entre elas não tem importância prática, pois o que o procedimento cautelar propicia é justamente a antecipação da formação

⁷³ BADARÓ, Gustavo Henrique. O valor probatório do inquérito policial. In: (Coords.) AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; VASCONCELOS, Enéas Romero de. **Polícia e investigação criminal no Brasil**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p.274.

da prova. A diversidade terminológica tem sua raiz na consideração do meio ou do resultado: a medida acautelatória é o instrumento para a antecipação da produção da prova.

O que o legislador pretendeu claramente sublinhar, com a variação da nomenclatura, foi que há situações mais gerais em que os atos de formação da prova são realizados, cautelarmente, independentemente da observância do contraditório, e outros casos em que a antecipação ocorre já com a relação processual instaurada (v.g., o do artigo 225 do CPP), com a necessária participação das partes.

Mas, em qualquer caso, a utilização dos elementos de prova resultantes depende da observância do contraditório, ainda que posterior ao ato de produção.⁷⁴

A não reprodução dos elementos de informação em juízo está normalmente relacionada às razões que justificam a produção de provas irrepetíveis, cautelares ou antecipadas, ou seja, não decorre de uma escolha pelas partes, mas de uma dificuldade ou impossibilidade.

3.6 Considerações finais

A investigação criminal e o processo penal têm finalidades distintas e não há linearidade entre elas, o que impede a redução da investigação a simples instrumento do processo penal.

A finalidade da investigação criminal é investigar o crime e a autoria e viabilizar a reconstrução do fato passado, por meio dos elementos de informação revelados por fontes de prova.

O conteúdo da investigação – que é sintetizado, de forma objetiva, no relatório da autoridade policial – interessa a todos os envolvidos na persecução, e não apenas ao titular da ação penal.

É com base no material reunido nessa fase que o titular da ação penal forma a *opinio delicti* e constrói a sua narrativa processual. Mas também é com base nesse material que o juiz analisa o cabimento de medidas cautelares e a viabilidade de eventual ação penal. E, especialmente, se instaurado o processo penal, é com base nesse material que a defesa constrói a sua narrativa processual.

Daí porque consideramos equivocado o entendimento – consolidado na doutrina – de que a finalidade da investigação criminal é tão somente permitir ao titular da ação penal

⁷⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas. Lei 11.690, de 09.06.2008. In: (Coord.) MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **As reformas no processo penal**. As novas leis de 2008 e os projetos de reforma. São Paulo: RT, 2008, p.253-254.

formar a *opinio delicti*.

Encerrada a investigação, o titular da ação é quem primeiro se serve do que na fase do inquérito se produziu. A ele cabe formar a *opinio delicti* e elaborar, com base nos elementos informativos, a narrativa inicial de reconstrução do suposto delito. Isso não significa que os elementos de informação interessam apenas a ele.

De um ponto de vista lógico, as construções das narrativas pelas partes antecedem, ou deveriam anteceder, a fase de produção de provas em juízo. Isso é certamente uma regra em relação ao titular da ação penal, responsável que é pela elaboração da peça inicial. Em relação ao denunciado/acusado, é difícil conceber uma boa defesa que não se antecipe à prova judicial, lembrando-se aqui, como exemplo, que os róis de testemunhas são apresentados antes da produção da prova oral.

É bem verdade que, após a fase probatória, as narrativas processuais podem ser moldadas, adaptadas e reformuladas e que a nossa lei processual (artigo 384 do Código de Processo Penal) prevê mecanismos para adequar a acusação à prova judicial, mas isso não muda o fato de que as narrativas são, ou deveriam ser, elaboradas antes dessa fase.

Por tudo isso, entendemos que o fato se reconstrói fundamentalmente na primeira fase da persecução penal e questionamos o entendimento de que a investigação criminal deve se limitar a colher os elementos informativos que bastem para a propositura da ação penal, em outras palavras, o mínimo necessário.

A investigação criminal, tendo por objetivo um fato indeterminado, é mais abrangente que o processo penal.

A maior abrangência da investigação se justifica para que o titular da ação penal e o investigado possam dispor de maiores informações para elaborarem as teses de acusação e defesa e selecionarem as fontes de prova condizentes com as respectivas teses.

Não se reconstrói um fato com algumas poucas peças. Ainda que falte uma ou outra peça, é preciso que o quadro esteja o mais completo possível, permitindo às partes que construam suas narrativas de forma mais consistente e evitando-se que as lacunas sejam preenchidas de forma arbitrária e sem respaldo no conjunto informativo, o que, no final das contas, repercute na qualidade da decisão final.

O momento de apurar o que aconteceu é o da investigação, e não o do processo.

Nem por isso admitimos que a investigação se prolongue. A investigação deve se desenvolver num curto espaço de tempo. A prática demonstra que as investigações mais eficientes não são prolongadas, pelo contrário, apuram o fato rapidamente. No mais das vezes, as investigações se prolongam pelo mau gerenciamento dos inquéritos e por excesso

de burocracia, incompatível com o dinamismo exigido nessa fase da persecução, dinamismo facilitado pela ausência do contraditório.

Uma vez proposta a ação penal, delimita-se o campo de conhecimento.

O titular da ação penal, quando elabora a denúncia, realiza uma atividade de depuração, excluindo tudo aquilo que, sob sua ótica, não tem importância, limitando o objeto do processo. A partir daí, não se trata mais de saber o que aconteceu, senão de saber se o que aconteceu foi ou não o que descreve a denúncia.

O processo penal não se presta a esclarecer o crime e a autoria. Presta-se a permitir que o juiz verifique, com observância das garantias processuais, se há provas que sustentem a versão apresentada na peça acusatória inicial e extraia as consequências legais da conclusão a que chegar.

Em outras palavras, o processo presta-se a legitimar ou não a acusação, não se buscando uma verdade distinta do que nela se contém, salvo, eventualmente, para prová-la falsa. A possibilidade de aditamento da denúncia não contraria essa assertiva, pois se trata de uma possibilidade limitada e que se presta a fazer adequações – e não alterações substanciais – da acusação.

O sistema caracterizado pela divisão entre as fases de investigação e processual, embora imperfeito em sua aplicação, é adequado. Não se justifica, na fase de investigação, em que se tateia no escuro, em que o fato supostamente criminoso está pouco delineado, em que não há ainda acusação, valer-se de um procedimento formal, com direito ao contraditório e à ampla defesa, capaz de conferir aos elementos de informação o *status* de provas. O procedimento deve ser informal e dinâmico, pois não se sabe ainda o que, do que for produzido nesta fase, será aproveitado e o que, ao contrário, será, por irrelevância ou impertinência, descartado.

Enfim, a importância que se atribui à investigação criminal e aos elementos informativos – mesmo que se entenda que eles não podem ser utilizados, nem mesmo subsidiariamente, como fundamento da decisão –, é subestimada e isso reflete, de forma negativa, na eficiência da persecução penal.

4 CONCEITO, NATUREZA JURÍDICA E CARACTERÍSTICAS DO INQUÉRITO POLICIAL

4.1 Considerações iniciais

À atividade estatal de apuração de um crime chamamos persecução penal. A persecução penal, *em regra*, divide-se em duas fases, uma extraprocessual e outra processual.⁷⁵ A fase extraprocessual destina-se à atividade de investigação criminal e ao registro dos atos que dela resultam.

No Brasil, o meio principal pelo qual a investigação criminal se desenvolve é o inquérito policial, expressão utilizada pelo Código de Processo Penal e usual na doutrina e na jurisprudência.

Embora a expressão inquérito policial seja consagrada, não nos parece precisa. A expressão nos remete à ideia de documentação de atos, que não deveria ser a atividade mais importante dessa fase, mas assim foi transformada. A atividade mais importante dessa fase é a investigação.

A investigação criminal é, em síntese, uma atividade que tem por objeto a notícia de um crime e por finalidade apurar esse suposto crime e a respectiva autoria, reunindo elementos que viabilizem a reconstrução do fato passado.

Essa atividade é – ou deveria ser –, preponderantemente, de pesquisa e inteligência, porém, na prática e na sua caracterização pela doutrina em geral, transformou-se numa atividade burocrática, quase que exclusivamente cartorária, de coleta e documentação de dados.

Não por acaso dispõe o artigo 9º do Código de Processo Penal: “Todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade”.

Investigação criminal e inquérito policial não são, portanto, conceitos coincidentes. O inquérito é o veículo pelo qual a atividade de investigação se desenvolve e envolve,

⁷⁵ André Nicolitt inclui a execução penal como fase da persecução penal: “Persecução penal, ou *persecutio criminis in judicio*, é a atividade do Estado que busca a repressão das infrações penais. O Estado, como titular do direito de punir, só pode exercê-lo mediante o devido processo legal, por vigorar entre nós o princípio *nulla poena sine iudice*. A toda evidência, para o Estado exercer o *ius puniendi*, deve saber quem é o possível autor da infração penal e submetê-lo a um processo. Sendo assim, essa atividade de persecução penal se desenvolve em três vertentes: 1) a apuração da autoria e a materialidade do fato criminoso (investigação criminal); 2) a propositura da ação penal; e 3) a execução penal”. (NICOLITT, André. **Manual de processo penal**. 6.ed. São Paulo: RT, 2016, p.175).

além dos atos de investigação, atos de coleta e registro de dados.⁷⁶

Na doutrina nacional, Eliomar da Silva Pereira é um dos poucos autores a conceituar a investigação criminal destacando a atividade, e não as suas características formais:

A investigação criminal, segundo definição prévia e concisa, pode ser entendida como “método para a reconstrução de fatos passados que pretende responder a quatro perguntas básicas: onde, quando e como ocorreu o fato, e quem o praticou” (Garrido, Stangeland y Redondo, 2006, p. 853, tradução própria). Nessa mesma linha, podemos dizer que a investigação criminal é uma pesquisa – com certas peculiaridades relativas à verdade e ao método –, que se especifica por seu objeto – o crime. De forma mais apurada, diríamos melhor que é um conjunto de pesquisas de natureza diversas, o que é bastante evidente considerando os diversos atores da investigação criminal. Menos evidente, contudo, é que todas essas pesquisas na investigação criminal são administradas estrategicamente, como tomada de decisões sobre que ato de investigação deve ser realizado e em que ordem.⁷⁷

Feita a ressalva acerca da distinção entre investigação criminal e inquérito policial, seguindo a orientação da doutrina em geral, usaremos os vocábulos como sinônimos, embora efetivamente não o sejam e prefiramos a expressão investigação criminal.⁷⁸

⁷⁶ A maioria dos autores trata a investigação criminal e o inquérito policial como se fossem uma coisa só. Isso fica claro quando, a pretexto de se conceituar a investigação criminal, reproduz-se conceito que melhor se amolda ao do inquérito. André Augusto Mendes Machado, por exemplo, afirma: “[...] pode-se conceituar a investigação criminal como procedimento preliminar e preparatório à ação penal, formado por um conjunto de atos encadeados, que podem ser praticados pelos sujeitos envolvidos e diretamente interessados na persecução penal, com a finalidade de reunir elementos materiais relacionados ao possível ilícito penal”. (MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: RT, 2010, p.17). Tratar conteúdo e continente como a mesma coisa nos parece um equívoco, e não se trata de um equívoco irrelevante. Atribuir-se maior importância ao registro de atos que à atividade antecedente, e verdadeiramente de investigação, reflete um modo de pensar a investigação que afeta diretamente a sua eficiência.

⁷⁷ PEREIRA, Eliomar da Silva. **Teoria da investigação criminal**. Uma introdução jurídico-científica. Coimbra: Almedina, 2010, p.59. O autor, no entanto, no mesmo trabalho conceitua de forma mais elaborada – e autoral – a investigação criminal: “[...] a investigação criminal, atividade pragmática e zetética por essência, é uma pesquisa ou conjunto de pesquisas, administrada estrategicamente, que tendo por base critérios de verdade e métodos limitados juridicamente por direitos e garantias fundamentais, está dirigida a obter provas acerca da existência de um crime, bem como indícios de sua autoria, tendo por fim justificar um processo penal, ou a sua não instauração, se for o caso, tudo instrumentalizado sob uma forma jurídica estabelecida por lei” (p.86-87). Preferimos a definição mais singela dada pelo autor, em razão de ela destacar a atividade, e não a documentação dessa atividade.

⁷⁸ Ensinam Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen: “A busca por uma denominação para essa atividade prévia ao processo com clara conotação instrumental, levou os legisladores a adotar diversas terminologias. Destarte, no Brasil, denomina-se inquérito policial, atendendo basicamente ao órgão encarregado da atividade; o legislador italiano emprega o termo *indagine preliminare*; em Portugal, utiliza-se inquérito preliminar; na Alemanha, *vorverfahren* e *ermittlungsverfahren* (procedimento preparatório ou fase de averiguação); na França, *l’enquête préliminaire* e *l’instruction*; na Inglaterra, *prosecution* e *preliminary inquiry*; nos Estados Unidos, *investigation* e, no Código Modelo, está empregado o termo procedimento preparatório. Atualmente, na Espanha, o legislador emprega três diferentes designações, conforme o rito a que esteja vinculada a instrução preliminar. Será sumário, no procedimento ordinário, diligências prévias *no abreviado* e *instrucción complementaria* nos processos de competência do Tribunal do Júri”. (LOPES JR., Aury. **Investigação**

4.2 Conceito de inquérito policial

Na doutrina nacional, não há divergências significativas acerca do conceito de inquérito policial.

Vicente Greco Filho o define como uma peça escrita, preparatória da ação penal, que tem por finalidade a investigação a respeito da existência de fato criminoso e da autoria. Tem natureza administrativa e é presidido por uma autoridade administrativa, pertencente à polícia judiciária, estadual ou federal.⁷⁹

Para Maria Thereza de Assis Moura e Marta Saad, o inquérito policial é um procedimento preliminar, cautelar, realizado pela polícia judiciária, de natureza administrativa e finalidade judiciária, que visa apurar o fato aparentemente ilícito e a respectiva autoria.⁸⁰

Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen Gloeckner conceituam a investigação preliminar como o conjunto de atividades realizadas por órgãos do Estado, a partir de uma notícia-crime ou atividade de ofício, com caráter prévio e de natureza preparatória em relação ao processo penal, que pretende averiguar a autoria e as circunstâncias de um fato aparentemente delituoso, com o fim de justificar o exercício da ação penal ou o arquivamento.⁸¹

Gustavo Henrique Badaró afirma que a investigação criminal é um procedimento administrativo realizado pela polícia judiciária, consistente em atos de investigação, visando apurar a ocorrência de uma infração penal e sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa exercê-la, bem como requerer medidas cautelares.⁸²

André Nicolitt conceitua o inquérito policial como procedimento administrativo investigatório, que busca reunir indícios de autoria e materialidade das infrações penais, com o objetivo de evitar acusação injusta e fornecer elementos ao ministério público ou ao

preliminar no processo penal. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.89-91). Os autores declaram preferir a expressão instrução preliminar, embora, “por razões práticas”, utilizem indistintamente investigação/instrução preliminar. Não nos agrada a expressão “investigação preliminar”. A investigação se realiza na primeira fase da persecução, enquanto a instrução se realiza na segunda fase. Na fase judicial, não há investigação. Há, sim, a submissão da acusação, veiculada na denúncia ou queixa-crime, à apreciação judicial.

⁷⁹ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal.** 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.99.

⁸⁰ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; SAAD, Marta. Constituição da república e exercício do direito de defesa no inquérito policial. In: (Coord.) PINHO, Ana Cláudia Bastos de; GOMES, Marcus Alan de Melo. **Ciências Criminais.** Articulações críticas em torno dos 20 anos da Constituição da República. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.175-210.

⁸¹ LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal.** 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.92-93.

⁸² BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal.** 4.ed. São Paulo: RT, 2016, p.122.

querelante, possibilitando o seguimento da persecução penal através da propositura da ação.⁸³

Eugênio Pacelli afirma que o inquérito policial é um procedimento de natureza administrativa, pré-processual, e que tem por objetivo apurar infrações penais e de sua autoria, nos termos do artigo 4º do Código de Processo Penal. Trata-se “de procedimento tendente ao cabal e completo esclarecimento do caso penal, destinado, pois, à formação do convencimento (*opinio delicti*) do responsável pela acusação”.⁸⁴

Por fim, Renato Brasileiro de Lima conceitua o inquérito policial como o conjunto de diligências realizadas por meio de um procedimento inquisitório, presidido pela autoridade policial, com o objetivo de identificar as fontes de prova e colher elementos de informação quanto à autoria e a materialidade da infração penal, a fim de possibilitar que o titular da ação penal possa ingressar em juízo.⁸⁵

Consideramos as duas últimas definições as mais interessantes, embora discordemos do entendimento de que a apuração do suposto delito no inquérito tem por objetivo possibilitar ao titular da ação penal a formação da *opinio delicti*.

Dos conceitos acima, extraímos o essencial: o inquérito policial é um procedimento administrativo, presidido pela autoridade policial, com finalidade de apurar o crime e a autoria, por meio da identificação de fontes de prova e da reunião de elementos de informação, que poderão ser utilizados, especialmente, pelo titular da ação penal, pelo investigado/acusado e pelo juiz competente.

Os elementos de informação podem ser utilizados para: 1) avaliação do cabimento de medidas cautelares no curso do inquérito policial; 2) eventual recebimento, rejeição ou arquivamento da peça acusatória; 3) construção das respectivas teses pelas partes, expostas por meio de narrativas; 4) de forma subsidiária, para formação do convencimento, na decisão final (artigo 155 do Código de Processo Penal).

4.3 Natureza jurídica de inquérito policial

O entendimento predominante no Brasil é de que o inquérito tem natureza jurídica de procedimento administrativo, pré-processual, com finalidade judiciária.

Não há nenhuma dúvida de que tem natureza administrativa. O inquérito é, no

⁸³ NICOLITT, André. **Manual de processo penal**. 6.ed. São Paulo: RT, 2016, p.193.

⁸⁴ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.53.

⁸⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 4.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p.107.

Brasil, presidido pela polícia judiciária (polícia civil ou polícia federal), instituição integrante da administração pública, e os atos nele praticados são essencialmente administrativos. O juiz, nessa fase, atua de forma limitada, apenas para garantir o respeito aos direitos fundamentais. Não há partes, nem conflito de interesses estabelecido. Há uma investigação para verificar, em síntese, se ocorreu um crime e quem é o respectivo autor, podendo o conteúdo dessa investigação justificar, ou não, a instauração do processo.

No mais, embora a questão não seja pacífica, prevalece o entendimento de que o inquérito policial é um procedimento administrativo. Esse é o entendimento, por exemplo, de Renato Brasileiro de Lima:

Apesar de um inquérito policial não obedecer a uma ordem legal rígida para a realização dos atos, isso não lhe retira a característica de procedimento, já que o legislador estabelece uma sequência lógica para sua instauração, desenvolvimento e conclusão. Por sua própria natureza, o procedimento do inquérito policial deve ser flexível. Não há falar, em sede de investigação policial, em obediência a uma ordem predeterminada, rígida, o que não infirma a sua natureza de procedimento, já que o procedimento pode seguir tanto um esquema rígido quanto flexível.⁸⁶

Em sentido contrário, Antonio Scarance Ferandes:

Sequer o inquérito policial é procedimento em sentido estrito, pois a sua formação não é constituída por atos concatenados conforme sequência predeterminada pela lei, em que, após a prática de um ato, passa-se à do seguinte até o último da série, numa ordem a ser necessariamente observada.⁸⁷

4.4 Características do inquérito policial: dispensável, escrito e sigiloso

4.4.1 Procedimento dispensável

É pacífico na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que o inquérito policial é dispensável à propositura da ação penal, podendo a acusação amparar-se em outras peças de informação.

Na doutrina, afirma Eugênio Pacelli:

⁸⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 4.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p.107.

⁸⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 7.ed. São Paulo: RT, 2012, p.70.

A formação do convencimento do encarregado da acusação, como visto, pode decorrer também de atividades desenvolvidas em procedimentos administrativos levados a cabo por outras autoridades administrativas e até mesmo por atuação do particular, isto é, pelo encaminhamento de documentação ou informação suficiente à formação da *opinio delicti*. Em relação ao particular, não há qualquer procedimento previsto em lei, o que estamos afirmando é que eventuais elementos probatórios poderão ser fornecidos por ele, desde que resultantes de atividades lícitas. Se houver ilicitude na respectiva obtenção, a regra é a inadmissibilidade da prova. O Código de Processo Penal, genericamente, dá o nome de peças de informação a todo e qualquer conjunto indiciário resultante das atividades desenvolvidas fora do inquérito policial.⁸⁸

E Gustavo Badaró:

A persecução penal se desenvolve, ordinariamente, em duas fases: investigação preliminar e processo judicial. Normalmente, a primeira fase, de investigação preliminar, se dá por meio de um inquérito policial. Isso, contudo, não é uma regra absoluta. Há casos em que não se necessita de inquérito policial, pois não há necessidade de investigação da ocorrência do crime e de sua autoria (por exemplo, um crime contra a honra cometido pela imprensa, em uma matéria assinada). Em outros casos, os elementos de informação podem ter sido colhidos por outros meios (por exemplo, processos administrativos disciplinares, inquéritos civis públicos, comissões parlamentares de inquérito etc.), tornando dispensável o inquérito policial.⁸⁹

Não discordamos desse entendimento, mas ressaltamos que, a não instauração do inquérito policial e o oferecimento de peça acusatória com base em outros elementos de informação, pode ser prejudicial ao acusado, a quem, como já destacamos, também interessa a investigação.

4.4.2 Procedimento escrito

De acordo com o artigo 9º do Código de Processo Penal, todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade.

Esse dispositivo, de certa forma, subverte a distinção que defendemos entre atos de investigação e o registro desses atos, pois determina que tudo aquilo que for feito durante a investigação criminal deverá ser documentado.

⁸⁸ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.54.

⁸⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4.ed. São Paulo: RT, 2016, p.121.

A autoridade policial e seus agentes podem investigar para tentar compreender o que ocorreu e somente documentar o que se mostrar relevante. Podem, por exemplo, conversar com pessoas, visitar locais, realizar pesquisas relacionadas à vítima e a eventual investigado. Certamente, nem todas as informações que obtiverem terão relevância e não há justificativa para que tudo seja redigido a escrito. Porém, na dúvida a respeito da pertinência e relevância, devem apresentar relatório da diligência realizada e do respectivo resultado.

Haverá quem argumente que não se pode admitir atos ocultos e que, tratando-se de agentes públicos, os seus atos devem ser igualmente públicos. Mas não se trata de admitir a ocultação estratégica ou mesmo de má-fé. Trata-se de filtrar o que não tem nenhuma relevância e evitar a burocracia, que, quando desnecessária ou excessiva, prejudica a eficiência da investigação criminal. Não só isso. A desconfiança exagerada nos agentes públicos é prejudicial e improdutiva. Há que se confiar que o agente irá desempenhar a função que lhe cabe, sem prejuízo da apuração e responsabilização por eventuais excessos.

Lembramos, por oportuno, que o projeto de Código de Processo Penal n. 8.045/2010, sobre o qual tratamos em item anterior, corrige essa falha, ao dispor, no artigo 29: “No inquérito, as diligências serão realizadas de forma objetiva e no menor prazo possível, sendo que as informações poderão ser colhidas em qualquer local, cabendo ao delegado de polícia resumi-las nos autos com fidedignidade, se obtidas de modo informal”.

4.4.3 Procedimento sigiloso

A Constituição Federal e a Convenção Americana de Direitos Humanos consagraram o princípio da publicidade dos atos processuais.⁹⁰

Na Constituição Federal, o artigo 5º, LX, dispõe que a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem. O inciso XXXIII do mesmo artigo dispõe que 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. Enfim, o artigo 93, IX,

⁹⁰ Afirma Renato Brasileiro de Lima: “A publicidade dos atos processuais, garantia de acesso de todo e qualquer cidadão aos atos praticados no curso do processo, revela uma clara postura democrática, e tem como objetivo precípuo assegurar a transparência da atividade jurisdicional, oportunizando sua fiscalização não só pelas partes, como por toda a comunidade. Traduz-se, portanto, numa exigência política de se afastar a desconfiança da população na administração da Justiça. Com ela, ‘são evitados os excessos ou arbitrariedades no desenrolar da causa, surgindo, por isso, a garantia como reação aos processos secretos, proporcionando aos cidadãos a oportunidade de fiscalizar a distribuição da justiça’”. (LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 4.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p.115-116).

dispõe que 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, nos casos em que a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

Na Convenção Americana de Direitos Humanos, o artigo 8, parágrafo 5º, dispõe que o processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

O Código de Processo Penal também estabeleceu a publicidade como regra. O artigo 792, parágrafo 1º, estabeleceu que as audiências, sessões e atos processuais serão, em regra, públicos, mas, se da publicidade puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, a autoridade judicial poderá determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes.

O artigo 20 do Código de Processo Penal dispõe que a autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade.

É preciso analisar como esse dispositivo deve ser interpretado, qual a sua abrangência e se ele é compatível com os que lhe são hierarquicamente superiores e que estabelecem a publicidade como regra.

Não vislumbro inconstitucionalidade ou ilegalidade do artigo 20 do Código de Processo Penal, pois todos os dispositivos da Constituição Federal e da Convenção Americana de Direitos Humanos citados se referem à fase processual da persecução, e não à fase administrativa. Mas é preciso bem delimitar a abrangência do sigilo.

De acordo com o dispositivo, o sigilo a ser garantido é o “necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”, critérios que, por não serem objetivos, geram dúvidas.

A aplicação do dispositivo nunca foi tranquila. Era comum a autoridade policial negar o acesso aos autos ao indiciado e ao seu defensor, sob o fundamento de que o inquérito é sigiloso e que o conhecimento do que nele se contém poderia prejudicar a elucidação do fato, atitude que frequentemente era respaldada pelo judiciário.

Em 4 de julho de 1994, foi aprovada a Lei n. 8.906 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), que, em sua redação original, estabelecia no artigo 7º, XIV, que é direito do advogado “examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos”.

No entanto, a lei não resolveu o problema, pois o acesso aos autos continuou a ser negado, em regra sob a alegação de que o inquérito estava sob sigilo.

As constantes ofensas ao disposto no artigo 7º, XIV, do Estatuto levaram o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil a propor a edição de súmula vinculante, visando garantir o exame dos autos do inquérito policial por parte do advogado constituído pelo investigado. A alegação era de que, apesar dos precedentes do Supremo Tribunal Federal, no sentido da inoponibilidade ao advogado do indiciado do direito de vista dos autos do inquérito policial, vários delegados e juízes negavam o acesso.

O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, acolheu a proposta e editou a súmula vinculante n. 14, nos seguintes termos: “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”.

Em 12 de janeiro de 2016, foi promulgada a Lei n. 13.245, que deu nova redação ao artigo 7º do Estatuto da OAB, passando o inciso XIV a vigorar com a seguinte redação:

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.

Foram ainda acrescentados os parágrafos 10 e 11, estabelecendo:

Nos autos sujeitos a sigilo, deve o advogado apresentar procuração para o exercício dos direitos de que trata o inciso XIV [...] No caso previsto no inciso XIV, a autoridade competente poderá limitar o acesso do advogado aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade das diligências.

Por fim, nos termos do parágrafo 12, a inobservância dos direitos estabelecidos no inciso XIV, implicará responsabilização criminal e funcional por abuso de autoridade do responsável que impedir o acesso do advogado com o intuito de prejudicar o exercício de defesa.⁹¹

⁹¹ Artigo 7º, parágrafo 12, do Estatuto da OAB: A inobservância aos direitos estabelecidos no inciso XIV, o fornecimento incompleto de autos ou o fornecimento de autos em que houve a retirada de peças já incluídas no caderno investigativo implicará responsabilização criminal e funcional por abuso de autoridade do

A recente lei certamente contribuirá para reduzir violações ao direito do advogado de examinar os autos em inquérito. Apesar disso, subsiste a dúvida se o sigilo é a regra e não depende de decretação ou se depende de expressa decretação.

Pensamos que o auto de prisão em flagrante e de investigação de qualquer natureza – aqui incluído o inquérito policial –, nunca será sigiloso para o defensor do investigado, salvo em relação aos elementos informativos, ainda não documentados nos autos, relacionados a diligências em andamento.

Lembramos, por oportuno, que a doutrina distingue o sigilo em externo e interno. O primeiro alcança aqueles que não têm relação com o procedimento, ao passo que o segundo alcança, além de terceiros, os próprios interessados no procedimento. Assim, não se admite o sigilo interno.

Quanto ao sigilo externo, a redação do artigo 20 não deixa claro se o sigilo é a regra e não depende de decretação – por presumir-se necessário para a elucidação do fato e por interessar à sociedade – ou se deve ser decretado se verificada uma daquelas hipóteses.

Não bastasse a falta de clareza, a previsão do sigilo para atender à interesse da sociedade é incompreensível, visto que, em regra, é a publicidade, e não o sigilo, que interessa à sociedade.

O sigilo para garantir a elucidação do fato é de mais fácil compreensão, embora tenha aspectos positivos e negativos. De um lado, a publicidade propicia a fiscalização da atividade policial pelo povo e, nesse sentido, pode pressionar a autoridade policial para o rápido “esclarecimento do fato”. De outro lado, a publicidade ampla pode, eventualmente, induzir a conclusões precipitadas, que podem ser encampadas pela autoridade policial, pressionada pelo poder da mídia.

Pesados os aspectos positivos e negativos na balança, a conclusão é de que, ainda que a publicidade não atrapalhe, dificilmente contribuirá para a elucidar o fato. O sigilo, por essa razão, é recomendável, mas de relativa importância.

Pensamos que o sigilo externo deve ser a regra, mas por motivo diverso dos que se extraem do artigo 20: o que justifica o sigilo externo é a necessidade de preservar a dignidade do investigado, além de preservar sua intimidade e vida privada.

É irrelevante que o artigo 20 não estabeleça a dignidade, intimidade e vida privada como hipóteses de sigilo. São direitos previstos na Constituição Federal e qualificados

responsável que impedir o acesso do advogado com o intuito de prejudicar o exercício da defesa, sem prejuízo do direito subjetivo do advogado de requerer acesso aos autos ao juiz competente.

como fundamentais. Portanto, é possível estabelecer o sigilo como regra para proteção desses direitos.

Nesse sentido, André Nicolitt sustenta que, em razão do princípio da dignidade humana, consagrado pelo artigo 1º da Constituição Federal, o sigilo externo é absoluto, decorrendo da necessidade de preservar o próprio indiciado, que não pode ser exposto à estigmatização própria do inquérito.⁹²

Ainda que se adote esse entendimento, outro problema deve ser resolvido, ocasionado mais uma vez pela falta de clareza da lei.

A alteração promovida pela Lei n. 13.245/16 no Estatuto da OAB, por um lado, aperfeiçoou a redação dos dispositivos que tratam do acesso dos advogados aos autos do inquérito e incorporou a determinação expressa pela súmula vinculante n. 14, mas, por outro, ao estabelecer que “nos autos sujeitos a sigilo, deve o advogado apresentar procuração para o exercício dos direitos de que trata o inciso XIV”, ensejou dúvida quanto a ser o inquérito, em regra, sigiloso ou não.

A interpretação possível é de que o sigilo do inquérito policial é a regra, salvo para os advogados, com ou sem procuração, que apenas não terão acesso aos elementos informativos, ainda não documentados nos autos, relacionados a diligências em andamento.

O sigilo externo, no entanto, não precisa ser absoluto. Em casos de grande repercussão, dado o natural interesse da mídia em acompanhar os trabalhos de apuração, é possível adotar, como solução, a exemplo do que ocorre na área médica, a prática de emitir, periodicamente, boletins informativos, por meios dos quais a autoridade policial informe o imprescindível, de forma a não ferir o direito à intimidade e a vida privada de qualquer envolvido na investigação, nem violar o princípio da presunção de inocência.

4.5 Considerações finais

Investigação criminal e inquérito policial não são conceitos coincidentes. O inquérito é o veículo pelo qual a atividade de investigação se desenvolve e envolve, além dos atos de investigação, o registro desses atos. Feita essa ressalva, utilizaremos as expressões indistintamente, apenas para seguir a orientação da doutrina em geral.

O inquérito policial pode ser conceituado como um procedimento administrativo,

⁹² NICOLITT, André. **Manual de processo penal**. 6.ed. São Paulo: RT, 2016, p.198.

presidido pela autoridade policial, com finalidade de apurar o crime e a autoria, por meio da identificação de fontes de prova e reunião de elementos de informação, que poderão ser utilizados, especialmente, pelo titular da ação penal, pelo investigado/acusado e pelo juiz competente.

Os elementos de informação podem ser utilizados para: 1) avaliação do cabimento de medidas cautelares no curso do inquérito policial; 2) eventual recebimento, rejeição ou arquivamento da peça acusatória; 3) construção das respectivas teses pelas partes, expostas por meio de narrativas; 4) de forma subsidiária, para formação do convencimento sobre a decisão final.

Trata-se de um procedimento dispensável, cuja essência é reduzida a escrito e acobertada pelo sigilo externo. Não é sigiloso para os investigados, nem para os advogados, salvo em relação aos elementos informativos, relativos a diligências em andamento.

5 DIREITOS E GARANTIAS NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

5.1 Considerações iniciais

A disciplina do inquérito policial pelo Código de Processo Penal sofreu alterações a partir da Constituição Federal de 1988.

Originalmente, poucos eram os direitos e garantias reconhecidos ao investigado, que, desprotegido, era vítima de abusos. Apenas para exemplificar, confissões forçadas, estreitamento do campo de investigação e aproveitamento irrestrito dos elementos de investigação na fase processual, o que frequentemente se convertia em processos e condenações injustos.

Esses abusos e injustiças decorriam não apenas da disciplina sobre a matéria, pouco garantista, mas, em igual medida, de uma concepção de justiça que até pouco tempo predominava, afinada com a tradição inquisitória, e que ainda faz parte da cultura brasileira.

A Constituição Federal alterou o *status* do indiciado, que passou a ocupar a posição de sujeito, e não de objeto, estabelecendo em seu favor direitos e garantias, o que representou um importante passo para não mais se buscar justiça a qualquer preço.

Não foi o bastante. A necessidade de punir os que violam a lei penal e de fazê-lo por meio de uma persecução penal justa ainda não está bem equacionada.⁹³

O desequilíbrio não pode ser atribuído apenas ao fato de a nova concepção ainda estar em processo de assimilação pela comunidade em geral, mas também pela percepção, por essa mesma comunidade, de que o sistema não é eficiente. Pune-se pouco, se considerarmos os alarmantes índices de criminalidade, e pune-se mal, uma vez que nem sempre se pune com estrita observância do devido processo legal.

Essa percepção da ineficiência leva à busca de uma conta de resultado, o que, evidentemente, não funciona.

⁹³ Antonio Scarance Fernandes destaca: “O processo penal reflete a busca do equilíbrio entre dois rumos: o de assegurar ao Estado os meios para exercer, com eficácia, o seu poder punitivo e o de garantir a todo indivíduo com plenitude o direito de se defender antes de ser julgado. O pêndulo oscila na história entre a prevalência de um e de outro, ficando próximo ou distante do ponto médio de equilíbrio. Essas variações históricas ressoam nas diretrizes constitucionais e se refletem nas linhas fundamentais do sistema processual penal. Em um momento, o processo penal é marcado por garantias e visto como instrumento necessário para a defesa do acusado, sendo papel fundamental do juiz o de assegurar-lhe o pleno exercício de seus direitos. Em outro momento, acentua-se o caráter punitivo do processo, que serve para o Estado punir os malféitores, e cabe ao juiz colaborar no combate ao crime”. Conclui o autor que o ideal, difícil de ser atingido, é um regime constitucional e processual que conjugue eficiência com pleno garantismo. (FERNANDES, Antonio Scarance. **A reação defensiva à imputação**. São Paulo: RT, 2002, p.21).

Punir com eficiência e observar o devido processo legal não são objetivos coincidentes, mas tampouco se excluem, pelo contrário. Respeitar rigorosamente os direitos e garantias fundamentais do investigado e do acusado constitui condição para a eficiência da persecução penal.

Isso não significa que devam ser reconhecidos ao investigado todos os direitos e garantias aplicáveis à fase processual, não só porque a interpretação da Constituição e das leis não admite essa conclusão, mas porque as fases pré-processual e processual têm finalidades distintas e é preciso verificar o que é adequado a cada uma delas.

Procuraremos expor neste item as posições doutrinárias sobre a incidência do contraditório e do direito de defesa na fase da investigação criminal e a nossa posição a respeito do assunto.

5.2 O artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988

Antes da Constituição Federal de 1988, de uma forma geral, não se cogitava da incidência do contraditório e da ampla defesa no curso do inquérito policial.⁹⁴ O artigo 5º, LV da Carta estatui: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa e os meios e recursos a ela inerentes”.

Esse dispositivo, associado ao anseio a uma investigação criminal mais justa, ensejou a discussão a respeito da incidência do contraditório e da ampla defesa na fase de

⁹⁴ Joaquim Canuto Mendes de Almeida lembra que o Código de Processo Penal entrou em vigor durante a vigência da Constituição de 1937, que estabelecia: “a instrução criminal será contraditória, asseguradas, antes e depois da formação da culpa, as necessárias garantias da defesa”. A eliminação da pronúncia nos processos de competência do juiz singular, verificada com o advento do Código de Processo Penal de 1941, somente não seria inconstitucional, segundo o autor, na hipótese de admitir-se que a instrução provisória ou preliminar fora transferida para o momento extrajudicial do inquérito policial. Sendo o inquérito policial, nesse novo sistema, a única base para a acusação, teria ele de passar a exibir o caráter de instrução criminal preliminar e, em face do dispositivo constitucional, teria de ser contraditório. A Constituição de 1946 repetiu a determinação para que a instrução criminal se desse de forma contraditória. Conclui o autor, assim, que o inquérito policial converteu-se no correlato do sumário de culpa nos processos de competência do juiz singular e, assim sendo, deveria realizar-se sob o influxo do contraditório. Assim, lista o autor os direitos que o indiciado teria no inquérito policial: ser ouvido; requerer diligência a ser realizada ou não, a critério da autoridade policial; requerer exame de corpo de delito, nas infrações que deixam vestígios; apresentar documentos para serem juntados aos autos; requerer a oitiva de testemunhas que tenham informações úteis ao esclarecimento da verdade; participar das inquirições ocorridas durante o inquérito. Observa o autor, contudo, que o direito de presença do indiciado às inquirições, em especial de testemunhas, não afasta a possibilidade de a autoridade policial “ouvir previamente tais ou outras testemunhas, em grau de pesquisa, informalmente, sem participação do indiciado, desde que sem destinação judicial dos depoimentos”. Com o advento da CF de 1988, essa análise perdeu a razão de ser. (ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. O direito de defesa no inquérito policial, resultante da supressão da pronúncia no juízo singular. In: **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: RT, 1973, p.187-217).

investigação criminal.

A respeito do assunto, não há ainda entendimento sedimentado na doutrina, que se divide entre os que entendem que *nenhuma* dessas garantias alcança a fase de investigação, os que entendem que *ambas* as garantias devem ser asseguradas e os que entendem que *apenas o direito de defesa* deve ser assegurado, não o contraditório.

Tentaremos iluminar essa discussão e expor de que forma o respeito aos direitos e garantias reconhecidos como aplicáveis à fase de investigação pode contribuir para a eficiência da investigação.

Ante a redação do dispositivo constitucional, bem se vê que duas são as hipóteses de incidência do contraditório e da ampla defesa: a primeira, aos *litigantes em processo administrativo* (além do judicial, do qual aqui não se cogita) e a segunda, aos *acusados em geral*.

5.3 O contraditório na investigação criminal

Embora não haja consenso, predomina na doutrina o entendimento de que o contraditório não se aplica à fase de investigação criminal.

Os principais argumentos dos que negam a incidência do contraditório nessa fase são: o inquérito policial não é processo e nele não há conflito de interesses – consequentemente, nele não há acusado nem litigantes; a expressão “acusados em geral” não alcança o investigado, sendo acusado apenas quem está sendo processado; ainda que o investigado possa ter ciência dos atos de investigação, não pode exercer a sua participação, em condições de influenciar o convencimento do titular da ação penal.

Para Fauzi Choukr,⁹⁵ no inquérito policial, não há contraditório, pleno, parcial ou mitigado. Em primeiro lugar, porque o indiciado não é acusado, posição característica da fase judicial, nem é litigante, posição que pressupõe o conflito de interesses, ainda não configurado na fase de investigação.⁹⁶ Em segundo lugar, porque, ainda que o indiciado

⁹⁵ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 2.ed. São Paulo: RT, 2001.

⁹⁶ Sobre a inexistência de conflito de interesses, afirma o autor: “No nosso modelo, o único ato que teria, por hipótese, o condão de instaurar esse conflito seria o indiciamento. Ainda que não se queira adiantar toda a crítica elaborada a esta folclórica figura do processo penal e que será objeto de capítulo autônomo, não é demais antecipar que o indiciamento é ato desprovido de função na etapa preliminar, fruto não raras vezes do arbítrio de quem o tem em suas mãos de forma imediata, e quase sempre desmotivado. Antes de se procurar apoio nesta aberração – o indiciamento tal como hoje é posto –, e tomá-lo como ponto inaugural de um suposto conflito de interesses na investigação, é mais útil para o aperfeiçoamento do sistema reestruturá-lo, dotando-o de uma objetividade que hoje não possui para, aí sim, cobrar-se-lhe alguma correlação com a

possa ser cientificado de algum ato, como, por exemplo, da realização de uma perícia, e o seu defensor possa acompanhar esse ato, ele não tem ainda condições de influenciar o convencimento do titular da ação penal.

Estevão Luís Lemos Jorge⁹⁷ também entende que o contraditório não se aplica ao inquérito policial. Não há solução de conflitos a ser equacionada pelo delegado de polícia; não há partes – logo, sendo o princípio do contraditório definido pela expressão “ouça-se também a outra parte”, não há sentido em se falar em contraditório; não há sanção a ser imposta ao investigado: eventual sanção, se houver, decorrerá de decisão judicial, após instrução criminal contraditória, não do inquérito, em que, ao final, o delegado apenas relata o que, nesta fase, se produziu.

Eugênio Pacelli⁹⁸ observa que a instauração da investigação implica uma afetação na cidadania plena do investigado – que tem atingida a sua dignidade, sua reputação social e sua tranquilidade –, porém, do ponto de vista do direito positivo, não há um gravame que possa ser equiparado a uma sanção. Para o autor, a não admissão do contraditório tem uma exceção: no caso de prova pericial, deve ser admitido o quanto antes.

Para Gilberto Thums,⁹⁹ o contraditório não deve ser admitido, pois não há acusado, apenas alguém suspeito, que pode ser indiciado, o que não significa que será denunciado e processado, pois são muitos os inquéritos arquivados.

Maria Thereza de Assis Moura e Marta Saad, apesar de admitirem a ampla defesa na fase da investigação criminal, como veremos no item seguinte, entendem que o contraditório não incide:

Como já ressaltado, o artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República, assegura que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Com esta redação, a Constituição aparta não só litigantes de acusados, mas também contraditório de ampla defesa, de forma que cada qual é exercido de acordo com o instante e a

garantia do contraditório. Seria tão grave tomar o indiciamento como ato instaurador do conflito de interesses entre indivíduo e Estado na atual estrutura do Código que basta lembrar as hipóteses de ausência da medida, ou os casos em que o denunciado não foi o indiciado, o que é de todo possível. Nessas situações não teria havido a instauração do conflito e, por conseguinte, não se operaria a garantia em tela. Certamente seria uma forma sem riscos de se esvaziar a materialização de fundamental peça na estrutura do devido processo legal”. (CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 2.ed. São Paulo: RT, 2001, p.129).

⁹⁷ JORGE, Estevão Luís Lemos. **O contraditório no inquérito policial à luz dos princípios constitucionais**. Campinas-SP: Millennium, 2015, p.93-94.

⁹⁸ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.54-55.

⁹⁹ THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais**. Tempo. Tecnologia. Dromologia. Garantismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.136-137.

natureza do procedimento que lhe seja compatível, o que não impede que, desde que possível, sejam atuados conjuntamente. Assim, se é certo que, no processo penal, não há litigantes, mas sim acusador e acusado, no inquérito policial, procedimento administrativo com fins judiciais, não há possibilidade de se estabelecer contraditório, mas sim exercício do direito de defesa.

Se, de fato, não se mostra apropriado falar em contraditório no curso do inquérito policial, seja porque não há acusação formal, seja porque, na opinião de alguns, sequer há procedimento, não se pode afirmar que não se admite o exercício do direito de defesa, porque esta tem lugar “*em todos os crimes e em qualquer tempo, e estado da causa*” e se trata de oposição ou resistência à imputação informal pela ocorrência de lesão ou ameaça à lesão.¹⁰⁰

Antonio Scarance afirma que só se exige a garantia do contraditório no processo penal, não na fase de investigação:

É o que se extrai do artigo 5º, LV, da Constituição Federal. Ao mencionar o contraditório, impõe seja observado em processo judicial ou administrativo, não estando abrangido o inquérito policial, que constitui um conjunto de atos praticados por autoridade administrativa, não configuradores de um processo administrativo.¹⁰¹

Gustavo Badaró observa que a discussão sobre a natureza contraditória do inquérito policial ganhou força com a aprovação da Lei n. 13.245/16, que alterou o Estatuto da OAB, ampliando o direito de acesso aos autos e assegurando o direito de os advogados assistirem seus clientes investigados. Essa alteração, no entanto, não instituiu o contraditório:

A alteração legislativa, contudo, não instituiu o “contraditório” no inquérito policial ou investigações de qualquer natureza. O inciso XIV do artigo 7º do EOAB já assegurava ao advogado o direito de “examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento. O que a nova lei fez, inclusive para adequar o dispositivo aos termos da Súmula Vinculante n. 14 do STF foi substituir a expressão “repartição policial” por “qualquer instituição responsável por conduzir investigação”; e modificar o termo “inquérito” para “investigações de qualquer natureza”. Em suma, assegurou de forma mais ampla o acesso aos autos de investigação, mas não estabeleceu a necessidade de o advogado ser intimado de todos os atos da investigação e, muito menos, de poder reagir a cada um deles. O contraditório é formado pelo binômio “informação” e “reação”, e não tendo a novel legislação assegurado esses dois elementos nas

¹⁰⁰ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; SAAD, Marta. Constituição da república e exercício do direito de defesa no inquérito policial. In: (Coord.) PINHO, Ana Cláudia Bastos de; GOMES, Marcus Alan de Melo. **Ciências Criminais**. Articulações críticas em torno dos 20 anos da Constituição da República. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.187-188.

¹⁰¹ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 7.ed. São Paulo: RT, 2012, p.70.

investigações de qualquer natureza, o inquérito policial continua a ser inquisitório.¹⁰²

Para André Rovégno,¹⁰³ a análise sobre a incidência do princípio do contraditório – assim como do princípio da ampla defesa – no inquérito policial, deve ser feita a partir dos incisos LIV e LV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

O inciso LIV prevê que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, entendendo-se por privação qualquer forma de restrição, ainda que parcial ou limitada no tempo, da liberdade e dos bens. O devido processo legal deve ser observado sempre que houver a possibilidade de privação da liberdade ou do patrimônio e isso não ocorre apenas na fase processual, podendo ocorrer durante o inquérito policial:

À evidência, em diversas hipóteses, há restrição à liberdade ou aos bens particulares no inquérito policial. Disso são exemplos, a prisão em flagrante, as prisões temporária e preventiva, a apreensão de objeto e o sequestro destes. Sem nos aprofundarmos nessa verificação, já podemos afirmar, a essa altura, que, havendo diversas hipóteses de privação – entendida em seu sentido amplo – da liberdade e dos bens no inquérito policial, nele se deve aplicar o cânone do devido processo legal. Ora, aplicar o cânone do devido processo legal significa, como já visto, aplicar a garantia de todas as demais garantias e, portanto, dentre outras, o contraditório e a ampla defesa.¹⁰⁴

A aplicabilidade dessas duas garantias durante o inquérito policial é, segundo o autor, reforçada pelo inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal: ainda que a primeira parte do inciso não se aplique ao inquérito policial, que não é processo judicial ou administrativo, a segunda parte, ao prever a incidência do contraditório e da ampla defesa aos “acusados em geral”, o alcança.

O autor sugere que, no inquérito policial, deveriam ser aplicados os princípios do contraditório e da ampla defesa. Porém, logo em seguida, afirma que é preciso verificar se a aplicação, no inquérito policial, do princípio do contraditório é adequada e desenvolve raciocínio pelo qual nega essa adequação.

O contraditório, afirma o autor, está intimamente ligado ao modelo de processo acusatório, que pressupõe uma estrutura em que o julgador deve permanecer inerte durante

¹⁰² BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4.ed. São Paulo: RT, 2016, p.124-125.

¹⁰³ ROVÉGNO, André. **O inquérito policial e os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa**. Campinas-SP: Bookseller, 2005.

¹⁰⁴ ROVÉGNO, André. **O inquérito policial e os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa**. Campinas-SP: Bookseller, 2005, p.323.

todo o processo, apenas recebendo os dados produzidos pelas partes, para, ao final, tomar a sua decisão. Assim, as partes têm um papel relevante e a elas devem ser dadas garantias para que possam instruir o juiz com suficiente material para decisão. O contraditório, nesse sentido, é o instrumento para essa tarefa, é um instrumento do processo acusatório. O inquérito policial não segue o modelo acusatório. As partes podem permanecer inertes, mas não a autoridade policial, que tem o dever de agir de ofício, de forma a buscar os dados que levem à reconstrução do fato. O contraditório, dessa forma, perde o sentido.

Isso não significa, afirma o autor, a negação da atuação defensiva no inquérito policial. Significa apenas a negação do contraditório.

Além de tudo isso, há que se verificar que o contraditório, como ferramenta do sistema acusatório, se destina não só ao transporte, de fora para dentro dos autos, de material fático, de argumentos e de impugnações à ação da parte adversa. Esse transporte não passa de um meio para a obtenção de um fim específico: a decisão definitiva favorável.

Essa perspectiva tem lógica incontestável na atividade processual. Afinal de contas, o processo é o instrumento para a efetiva aplicação da lei, sendo, na seara penal, como vimos, condição inafastável para a imposição de consequências que a lei prevê para certos comportamentos humanos. O processo é, portanto, instrumento de decisão. Nele existe sentido na ação contraditória que busca uma decisão favorável à parte. No inquérito policial, a atividade desenvolvida é essencialmente de coleta de informes. E só. A atividade decisória é secundária, muitas vezes inexistente e nunca definitiva. Qual, então, a razão de se garantir essa forma de atuação das partes, num expediente onde, com imensa frequência, nada se decide, em especial nada se decide com caráter definitivo.

Nesses termos, verifica-se que o contraditório é um instrumento que, através de um meio (fornecimento de dados) busca um fim (decisão favorável). Se o fornecimento de dados é tarefa da autoridade, sendo a atuação das partes, nesse sentido, absolutamente acessória e desnecessária, bem como, se a decisão favorável e definitiva, que interessa às partes, não decorrerá do inquérito policial, parece que, nesse expediente, a aplicação do contraditório perde razão de ser.

O caráter informativo, e não decisório, que marca a essência do inquérito policial e que afasta, portanto, a lógica da aplicação do contraditório a esse expediente, chama à tona a outra característica (já aventada no Capítulo 2) que também diz com a razão de ser do contraditório: a incidência da preclusão. Como visto, o contraditório faz-se imprescindível como instrumento para a efetiva ocorrência da preclusão no processo judicial. O inquérito policial não possui atos que possam sofrer preclusão, o que abona a tese de descompasso lógico entre contraditório e inquérito policial.¹⁰⁵

¹⁰⁵ ROVÉGNO, André. **O inquérito policial e os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa**. Campinas-SP: Bookseller, 2005, p.328-329.

O autor sustenta que os interesses do investigado podem ser plenamente satisfeitos com base unicamente no princípio da ampla defesa.

O contraditório implica em igualdade de chances dadas às partes e em atuação bilateral. Impor o contraditório no inquérito policial significaria impor a atuação do titular da ação penal sempre que a defesa se manifestasse. Mesmo que não houvesse interesse por parte do titular da ação penal em se manifestar, teria que lhe ser dada vista, o que seria “exageradamente burocratizante, refratária a ideias como a da eficiência da administração pública”.¹⁰⁶

Não nos esqueçamos, também, que contraditório significa obrigatoriedade de ciência e, em regra, possibilidade de participação. Nenhum dispositivo legal, em nosso sistema, obriga a qualquer forma de notificação às partes sobre o conteúdo das atividades desenvolvidas no inquérito policial. Aceitar-se, então, a obrigatoriedade de observância do contraditório no inquérito policial significa criar a necessidade – a partir de um dispositivo genérico da Constituição – de estruturação de um sistema de notificação amplo, complexo, custoso e burocrático, em absoluta oposição aos ideais de eficiência, da administração pública como um todo, e de celeridade, da investigação criminal em particular.¹⁰⁷

O autor faz, porém, uma ressalva: no caso de medidas cautelares decretadas durante o inquérito policial, o contraditório deve ser observado.

Em sentido oposto, defendem a incidência no contraditório na fase de investigação, Marcelo Fortes Barbosa¹⁰⁸ e Rogério Lauria Tucci.¹⁰⁹

¹⁰⁶ ROVÉGNO, André. **O inquérito policial e os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa**. Campinas-SP: Bookseller, 2005, p.330.

¹⁰⁷ ROVÉGNO, André. **O inquérito policial e os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa**. Campinas-SP: Bookseller, 2005, p.330.

¹⁰⁸ BARBOSA, Marcelo Fortes. **Garantias constitucionais de direito penal e de processo penal na Constituição de 1988**. 2.ed. São Paulo: Lumen Juris, 2001.

¹⁰⁹ TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 3.ed. São Paulo: RT, 2009, p.83-84. Porém, observa Fauzi Hassan Choukr, “nas colocações de Tucci e Fortes Barbosa, parece ter havido uma assimilação de contraditório com a possibilidade da presença de defensor na investigação. Não há, por certo, qualquer óbice à presença do patrono quando a oitiva de testemunhas, por exemplo, ou mesmo se o advogado desejar acompanhar uma prova pericial ou a reconstituição do delito. Aliás, mesmo antes da Constituição em vigor, o Código de Processo Penal, em seu artigo 14, já previa a possibilidade de solicitação de diligências junto à autoridade policial, que seriam realizadas ou não a critério desta. Pode-se argumentar que norma de idêntico teor consta, por exemplo, do novo Código de Processo Penal Italiano (artigo 367), onde o defensor técnico formula seus pedidos, por escrito, ao Ministério Público. O acompanhamento das diligências e a faculdade de requerimento junto ao titular da investigação certamente são sinais de preocupação com a dignidade do suspeito e o colocam como sujeito da investigação, e não seu objeto. Esta postura claramente se filia à matriz acusatória do processo penal e vai ao encontro das modernas tendências reformistas em curso na Europa e América Latina. No entanto, a garantia ainda não aparece caracterizada. Mesmo conjugando-se as duas normas, o contraditório, quer pleno, parcial ou “mitigado”, para empregar alguns adjetivos encontrados na doutrina, ainda não está lá. Porque, para sua caracterização, é necessário que o suspeito tenha ciência dos atos de investigação e possa exercitar sua participação”. (CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 2.ed. São Paulo: RT, 2001, p.130).

Adotamos o entendimento predominante, no sentido de que o contraditório não se aplica à fase do inquérito policial. A Constituição Federal não impõe a sua observância, nem há lei infraconstitucional que o faça. Além disso, trata-se de princípio inadequado à fase da investigação, cuja eficiência exige maior informalidade e dinamismo.

5.4 O direito de defesa na investigação criminal

Doutrina e jurisprudência, de modo geral, têm reconhecido o direito de defesa no inquérito policial.

O Código de Processo Penal não prevê o direito de defesa na fase do inquérito policial, mas há entendimento de que a observância da ampla defesa nesta fase decorre do artigo 5º, LV, da Constituição Federal.

Na doutrina, Maria Thereza de Assis Moura e Marta Saad¹¹⁰ sustentam que, por força do disposto no artigo 5º, LV, da Constituição Federal de 1988, o direito à ampla defesa deve ser assegurado ao investigado no curso do inquérito policial, especialmente na forma de assistência profissional de advogado.

As autoras analisam os conceitos das expressões “acusados em geral” e “processo administrativo”. Em síntese, afirmam que, em sentido estrito, o acusado é apenas aquele indivíduo contra quem foi proposta a ação penal, porém, em sentido amplo, acusação é a atribuição a um indivíduo de um fato juridicamente ilícito.

A Constituição Federal, ao usar a expressão “acusados em geral”, adotou o sentido amplo, que “envolve toda a sorte de acusados, em juízo ou fora dele, abrangendo, então, o indiciado, o acusado e o condenado, em seus diferentes graus de incriminação”.¹¹¹

¹¹⁰ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; SAAD, Marta. Constituição da república e exercício do direito de defesa no inquérito policial. In: (Coord.) PINHO, Ana Cláudia Bastos de; GOMES, Marcus Alan de Melo. **Ciências Criminais**. Articulações críticas em torno dos 20 anos da Constituição da República. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.175-210.

¹¹¹ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; SAAD, Marta. Constituição da república e exercício do direito de defesa no inquérito policial. In: (Coord.) PINHO, Ana Cláudia Bastos de; GOMES, Marcus Alan de Melo. **Ciências criminais**. Articulações críticas em torno dos 20 anos da Constituição da República. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.183. Na obra “O direito de defesa no inquérito policial”, Marta Saad é ainda mais enfática ao sustentar que o indiciado pode, sim, ser considerado acusado e que lhe deve ser assegurada a ampla defesa. Discordando de José Frederico Marques e Hélio Tornaghi, afirma: “Ousamos discordar. Compartilhamos do entendimento de que há diversos graus de incriminação, passando-se por diferentes juízos, sempre em um crescendo de certeza jurídica acerca da autoria do delito. As categorias de acusados (indiciado, acusado e condenado) correspondem a sucessivas passagens de juízo até se atingir a certeza atingível. Assim, o suspeito é aquele sobre o qual se encerra juízo do possível: tanto pode ser o autor, como pode não ser o autor da infração, que está a investigar. Supõe-se, mas o juízo ainda é neutral, em que não foi formado um juízo de probabilidade contra o sujeito. O juízo do possível ainda não encerra acusação. O indiciado é aquele sobre o qual já se reuniram indícios suficientes, de modo que sobre ele recaia juízo do

Mas embora se entenda que, no inquérito policial, não há acusados, nem no sentido informal, o exercício de defesa deve ser reconhecido pelo fato de o inquérito ter natureza jurídica de procedimento administrativo, apesar da sua finalidade judiciária. A esse respeito, alegam as autoras que não existe diferença substancial entre procedimento e processo, o que significa que não se pode afastar a ampla defesa sob o argumento de que o inquérito policial é um procedimento, e não um processo administrativo:

O artigo 5º, inciso LV, da CF fala em processo administrativo, mas o processo é entidade abstrata, que se corporifica sempre em procedimento. Com efeito, não obstante boa parte da doutrina use a expressão processo administrativo, Hely Lopes Meirelles leciona que o melhor é chamar o modo de ordenamento desses atos de procedimento administrativo: “processo é conjunto de atos coordenados para a obtenção de decisão sobre uma controvérsia no âmbito judicial ou administrativo; procedimento é o modo de realização do processo, ou seja, o rito processual. O processo, portanto, pode realizar-se por diferentes procedimentos, consoante a natureza da questão a decidir e os objetivos da decisão. Observamos, ainda, que há procedimentos administrativos que não constituem processo, como, p. ex., os de licitação e concursos. O que caracteriza o processo é o ordenamento de atos para a solução de uma controvérsia; o que tipifica o procedimento de um processo é o modo específico do ordenamento desses atos. [...] Para evitar divergência terminológica entre a teoria e a prática, continuaremos a chamar de processo administrativo o que, no rigor da doutrina, seria procedimento administrativo”.¹¹²

Alegam, assim, que a incidência da ampla defesa no inquérito policial possui fundamento constitucional e é necessária, primeiro porque o inquérito policial, além de “atos de investigação e de instrução criminal de caráter transitório”, contém “atos de instrução de caráter definitivo”; segundo porque é uma importante etapa para obtenção de “meios de provas”:

provável: ‘suspeito, sobre o qual se reuniu prova da autoria da infração, tem de ser indiciado. Já aquele que, contra si, possui frágeis indícios, ou outro meio de prova esgarçado, não pode ser indiciado. Mantém-se ele como é: suspeito’. Indiciar suspeito sem formação do juízo do provável é abuso, prática viciosa, que se há de combater. O indiciado é, assim, no direito pátrio, aquele sobre quem já recaem indícios suficientes para acusar em juízo, correspondente ao arguido, do Código Penal português (artigo 57 e segs.). A todos eles, a defesa deve ser garantida”. (p.237-238).

¹¹² SAAD, Marta. Constituição da república e exercício do direito de defesa no inquérito policial. In: (Coord.) PINHO, Ana Cláudia Bastos de; GOMES, Marcus Alan de Melo. **Ciências criminais**. Articulações críticas em torno dos 20 anos da Constituição da República. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.187.

Hely Lopes Meirelles afirma expressamente que processo e procedimento administrativo são coisas distintas. Apesar disso, afirma o autor, há *procedimentos administrativos* que, na prática, são erroneamente chamados de *processo administrativo* e, apenas para evitar essa confusão terminológica, continua, nesses casos, a chamar de processo o que, a rigor, não passa de procedimento administrativo.

Justamente por ser o inquérito etapa importante para a obtenção de meios de provas, inclusive com atos que depois não mais se repetem, o acusado deve contar com assistência de defensor já nesta fase preliminar, preparando adequada e tempestivamente sua defesa, substancial, de conteúdo.¹¹³

Alegam também que o inquérito policial não é uma peça meramente informativa. Os elementos do inquérito policial não se destinam apenas a informar, mas também a convencer quanto à viabilidade da ação penal e quanto às condições necessárias para a decretação de qualquer medida ou provimento cautelar no curso do inquérito.

Por tudo isso, concluem, o exercício do direito de defesa deve se iniciar no inquérito policial.

André Rovégno, da mesma forma, entende que a ampla defesa deve ser assegurada desde o inquérito policial, uma vez que, já nessa fase, o patrimônio jurídico do investigado está sob diversos “riscos”: pode ter bens apreendidos, pode ter decretada a prisão etc.¹¹⁴

A ampla defesa abrange o direito do investigado de se defender das restrições ao seu patrimônio e à sua liberdade e o direito de apresentar todos os argumentos que demonstrem a “verdade” e atendam aos seus interesses, “seja para o encerramento mais rápido da investigação, seja para um juízo negativo sobre a instauração da ação penal” por parte do titular da ação penal, seja, enfim, “para o não recebimento da peça inicial da acusação”.¹¹⁵

Segundo o autor, não há motivo para temer que a participação do investigado coloque em risco o sucesso da persecução penal: o exercício da defesa não prejudica a eficiência da justiça criminal. As causas da ineficiência do sistema brasileiro não se ligam à possibilidade de o investigado zelar pelos seus direitos. Ligam-se, sim, à inoperância das instituições envolvidas, à sobrecarga de serviço, ao descaso do governo para com a polícia e para com o judiciário: “Inquéritos falhos, que demoram anos para serem concluídos, e processos que se arrastam por outros tantos anos são fonte de injustiça, perigo e caos

¹¹³ SAAD, Marta. Constituição da República e exercício do direito de defesa no inquérito policial. In: (Coord.) PINHO, Ana Cláudia Bastos de; GOMES, Marcus Alan de Melo. **Ciências criminais**. Articulações críticas em torno dos 20 anos da Constituição da República. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.180.

¹¹⁴ Afirma o autor que o caráter inquisitivo do inquérito não impede o reconhecimento da ampla defesa nessa fase da persecução: “Aceitar que a defesa está impedida de qualquer participação no inquérito policial, por ser um expediente de natureza inquisitiva, significa aceitar a ideia de inquisitividade medieval, que tratava o inquirido como objeto e não como sujeito de direitos, perspectiva que está totalmente superada pelas conquistas do Estado de Direito, do pleno reconhecimento da dignidade humana e dos direitos inerentes a essa mesma condição humana”. (ROVÉGNO, André. **O inquérito policial e os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa**. Campinas-SP: Bookseller, 2005, p.332).

¹¹⁵ ROVÉGNO, André. **O inquérito policial e os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa**. Campinas-SP: Bookseller, 2005, p.333.

social”.¹¹⁶

Conclui, ainda, que a ampla defesa é compatível com a atuação estatal desenvolvida no inquérito policial e, além disso, é exigida pelo disposto nos incisos LIV e LV do artigo 5º da Constituição Federal.

Não obstante, o inciso LIV não alcança todos os inquéritos policiais. Esse dispositivo determina a incidência do devido processo legal nas situações em que uma pessoa possa ser privada de seus bens ou liberdade e isso não ocorre em todos os inquéritos.

Além disso, o critério extraído do inciso LIV, para aferir se a ampla defesa deve ou não ser admitida, é subjetivo:

Afigurar em que momento, ou a partir de qual momento, se pode falar em risco efetivo de privação do patrimônio ou liberdade é tarefa bastante delicada. Não só delicada, como passível de apreciações divergentes, o que poderia deixar a defesa desamparada, ante à discricionariedade conferida à autoridade policial ou mesmo ao juiz, caso a negativa da autoridade administrativa levasse o interessado a pleitear alguma forma de amparo judicial (por exemplo, através de mandado de segurança ou *habeas corpus*).¹¹⁷

O artigo 5º, LV, fornece um critério mais simples e objetivo, ao dispor que a ampla defesa é assegurada aos acusados em geral. Desse modo, toda vez que alguém figurar num inquérito policial em condição indicativa de possível atribuição da prática de ilícito penal, a ampla defesa deverá ser garantida.

Na ausência de critérios objetivos sobre o momento a partir do qual o investigado pode ser considerado “acusado”, caberá à doutrina cumprir esse papel, a fim de que, a partir desse momento, passe a ter o direito de defesa.

Ressalva o autor que a atuação defensiva no inquérito policial é dispositiva, não estando o acusado obrigado a exercer o direito de defesa. Além disso, o investigado não toma conhecimento de todas as atividades praticadas no inquérito, apenas daquelas que são documentadas e isso não é necessariamente prejudicial ao investigado:

Essa constatação é importante para anotar que, em muitas oportunidades, a defesa acaba não tendo conhecimento de diversas atividades realizadas de maneira informal pelos investigadores da polícia judiciária. Só que tais

¹¹⁶ ROVÉGNO, André. **O inquérito policial e os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa**. Campinas-SP: Bookseller, 2005, p.334.

¹¹⁷ ROVÉGNO, André. **O inquérito policial e os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa**. Campinas-SP: Bookseller, 2005, p.335.

atividades, não restando documentadas, não implicam em qualquer consequência negativa direta aos interesses do investigado. Os atos documentados sim, por chegarem ao conhecimento do Ministério Público (e eventualmente do juiz), têm de ser dados a conhecer pela defesa. Afinal, apenas estes podem gerar prejuízo aos interesses do investigado.

Há, portanto – e para isso, como visto acima, Joaquim Canuto Mendes de Almeida já nos chamava a atenção –, um conjunto de ações que se passam na informalidade de uma investigação e que não são documentadas. A estas não tem acesso normalmente a defesa, o que também não implica em desvantagem ou prejuízo, na medida em que, se não são documentadas, perdem-se.

A ausência de documentação – advirta-se, para a boa compreensão – não é fruto de sonegação de informações, apenas resultado de uma apreciação discricionária da autoridade policial, que descarta aquilo que, à evidência, em nada contribuirá para o esclarecimento dos fatos, podendo apenas confundir e tumultuar o expediente. Em suma: o que não é pertinente, sob nenhum aspecto, não convém seja documentado. Essa tarefa precisa ser realizada com a máxima cautela. Muitas vezes, o que parece sem importância num momento pode se revelar decisivo em outro. Assim, na dúvida sobre a utilidade de determinada informação, deve-se sempre optar pela documentação.¹¹⁸

Quanto ao conteúdo do direito de defesa no inquérito policial, André Rovégno afirma que a primeira providência que pode ser adotada pelo investigado consiste em constituir defensor. A importância de tal providência está não apenas no conhecimento técnico do defensor, mas também na tranquilidade proporcionada ao investigado, de não ser, de qualquer maneira, acuado pelas autoridades policiais. O defensor poderá compulsar os autos do inquérito policial, requerer diligências e estar presente fisicamente durante os atos.

O autor afirma que a decisão da autoridade policial sobre os requerimentos de diligências feitos pelo investigado ou seu defensor não é discricionária:

Como visto acima, presente uma das hipóteses que permitem a incidência da ampla defesa no inquérito policial, temos a consagração efetiva, na hipótese concreta, do direito de defesa como direito subjetivo do indivíduo investigado, que não pode ser frustrado por posturas resistentes dos agentes estatais envolvidos na persecução penal. Quer isto dizer que, presente hipótese que autorize o exercício da ampla defesa, ele há de ser pleno, o que implica, logicamente, no direito de ter atendidos todos os requerimentos – em especial aqueles ligados à busca da verdade –, na medida em que não sejam meramente protelatórios, desnecessários ou impertinentes. Existe, ao menos, um interesse efetivo do investigado em que o inquérito policial, no qual ele figura, não se mostre apto a embasar um processo judicial, pelo quê, parece lícito ao investigado pleitear,

¹¹⁸ ROVÉGNO, André. **O inquérito policial e os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa**. Campinas-SP: Bookseller, 2005, p.341-342.

através de seu advogado, todas as medidas que possa indicar, dentre outras circunstâncias: sua inocência, a atipicidade da conduta ou inexistência do fato. O indivíduo envolvido com a persecução estatal tem direito a que dados, que indiquem aspectos que pesem em seu favor, sejam verificados pela autoridade policial e passem a fazer parte do inquérito. Dessa forma, o juízo daqueles que decidem sobre a existência de hipótese autorizadora do processo penal condenatório poderá tê-los, também, como base.¹¹⁹

Para André Rovégno, a melhor forma de evitar a arbitrariedade, é exigir que, nos casos de indeferimento, a autoridade policial motive a sua decisão:

A essa possibilidade se liga outro importante componente da noção de ampla defesa no inquérito policial: a motivação das decisões, em especial, daquelas que afetem interesses do indivíduo investigado. O dever de motivar é decorrência lógica do direito de defesa na investigação, na medida em que são as razões da autoridade policial que permitem à defesa aferir se houve ou não frustração de uma pretensão legítima, apreciando assim a possibilidade de pleitear alguma medida judicial de correção. Mais que isso, para decisão dessa eventual medida de correção, far-se-á necessária a apreciação das razões da autoridade policial.¹²⁰

O investigado tem ainda o direito de ser ouvido pessoalmente pela autoridade policial, conforme previsto no artigo 6º do Código de Processo Penal, e de apresentar quesitos referentes às perícias realizadas nessa fase, que, em regra, não são repetidas na fase processual. Não só isso:

Além da possibilidade, já assinalada acima, de a defesa se manifestar nos autos do inquérito policial, formulando solicitação de diligências que possam contribuir para a demonstração de aspectos de seu interesse, acreditamos deva ser facultada à defesa a possibilidade plena de manifestação escrita, no sentido de comentar, criticar ou apreciar o resultado ou o conteúdo dos atos existentes no expediente. Veja-se: devem ser aceitas as manifestações da defesa, mesmo que nada pleiteiem, ou seja, mesmo que apenas se limitem a questionar, valorar ou atacar as providências investigativas encartadas no inquérito policial.¹²¹

Ainda para o autor, não cabe recurso ao chefe da polícia contra as decisões da autoridade policial:

¹¹⁹ ROVÉGNO, André. **O inquérito policial e os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa**. Campinas-SP: Bookseller, 2005, p.347.

¹²⁰ ROVÉGNO, André. **O inquérito policial e os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa**. Campinas-SP: Bookseller, 2005, p.348-349.

¹²¹ ROVÉGNO, André. **O inquérito policial e os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa**. Campinas-SP: Bookseller, 2005, p.356.

Isto em decorrência da autonomia funcional que rege a ação das autoridades policiais. A hierarquização existente dentro das instituições de polícia judiciária é exclusivamente administrativa, jamais alcançando o mérito de sua ação funcional. Também não cabe requerimento ao órgão do Ministério Público ou ao juiz para que determinem à autoridade policial a adoção desta ou daquela providência, ou mesmo a modificação de certo ato ou decisão. É que, em nosso sistema constitucional, a investigação é atribuição policial, não havendo qualquer vinculação hierárquica entre juízes, promotores e autoridades policiais.¹²²

Assim, ainda que não haja consenso, é amplamente predominante o entendimento que admite o direito de defesa no inquérito policial.

Entendemos que o direito de defesa deve ser assegurado na fase do inquérito, não em decorrência da Constituição Federal, que não impõe a sua observância nessa fase, mas em decorrência do Estatuto da OAB (Lei n. 8.096/94, alterada pela Lei n. 13.245/16), que o prevê e traça os limites em que esse direito deve ser exercido.

De fato, o direito à defesa é previsto no Estatuto da OAB, questão que abordamos no capítulo anterior, ao tratarmos do sigilo no inquérito policial, e cujos argumentos reproduziremos resumidamente.

O Estatuto da OAB, em sua redação original, estabelecia no artigo 7º, XIV, que é direito do advogado “examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos”.

No entanto, em razão das constantes ofensas ao disposto no artigo 7º, XIV, do Estatuto, o Supremo Tribunal Federal editou, por maioria de votos, a súmula vinculante n. 14, estabelecendo: “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”.

A Lei n. 13.245, de 12 de janeiro de 2016, deu nova redação ao artigo 7º do Estatuto da OAB, adequando-o à orientação do Supremo Tribunal Federal e estabelecendo outros dispositivos visando assegurar a efetiva observância do direito à defesa.

O inciso XIV passou a vigorar com a seguinte redação:

¹²² ROVÉGNO, André. **O inquérito policial e os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa**. Campinas-SP: Bookseller, 2005, p.359.

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,

podendo o acesso ser limitado, nos termos do parágrafo 11, em relação aos elementos de prova, ainda não documentados nos autos, relacionados a diligências em andamento, “quando houver risco de comprometimento da eficiência, eficácia ou das finalidades da diligência”.

O inciso XXI, acrescentado pela nova lei, estabeleceu o direito do advogado de

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.

A lei não impôs a intimação do advogado para acompanhar os atos do inquérito, nem autorizou o advogado a intervir nesses atos, por exemplo, fazendo perguntas às testemunhas – o que não impede o advogado de sugerir à autoridade policial a formulação de perguntas. Por fim, o parágrafo 12 estabeleceu:

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

Há, portanto, respaldo legal para o reconhecimento do direito de defesa na fase pré-processual. Mas não se trata do direito a uma defesa ampla, senão o direito a uma defesa limitada, exercida pelo defensor, consistente, basicamente, na possibilidade de acessar os autos, de assistir o investigado, de acompanhá-lo nas inquirições de testemunhas, no interrogatório e em outros atos eventualmente praticados durante o inquérito, podendo “apresentar razões e quesitos”.

Com relação à possibilidade de apresentar razões e quesitos, não estabeleceu a lei o momento de fazê-lo e é preciso que se exerça esse direito com bom senso, de forma a não tumultuar o inquérito.

Seria interessante que a lei previsse a possibilidade de os interessados na investigação criminal – possíveis partes de eventual ação penal – se manifestarem em momento imediatamente anterior ao relatório que deve ser elaborado pela autoridade policial ao final do inquérito, vedada a manifestação em outros momentos, evitando-se com isso que o procedimento seja tumultuado.

5.5 Indiciamento

O indiciamento é a atribuição a alguém de um fato penalmente relevante. A investigação é progressiva. Num primeiro momento, à vista das informações constantes da notícia crime, um leque de possibilidades se abre. Os suspeitos podem ser vários. Na medida em que elementos de informação são colhidos e se convertem em indícios, algumas possibilidades são excluídas e o quadro vai se tornando menos obscuro, reduzindo-se o rol de suspeitos. No momento em que a suspeita passa a recair mais fortemente sobre uma pessoa – ou sobre algumas pessoas, se o crime tiver sido praticado em coautoria –, o indiciamento deve ser feito.

Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen afirmam:

O indiciamento pressupõe um grau mais elevado de certeza da autoria que a situação de suspeito. Nesse sentido, recordamos as palavras de Moraes Pitombo, de que “o suspeito sobre o qual se reuniu prova de autoria da infração tem que ser indiciado. Já aquele que contra si possui frágeis indícios, ou outro meio de prova esgarçado, não pode ser indiciado. Mantém-se ele como é: suspeito”. O indiciamento é, assim, um ato posterior ao estado de suspeito e está baseado em um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade.¹²³

Assim, não se confundem suspeito, indiciado e acusado.¹²⁴ Essas posições correspondem a diferentes *status* do sujeito da persecução penal, embora o suspeito possa, desde logo, ser indiciado, por exemplo, quando preso em flagrante.

O suspeito é aquele que, segundo a linha de investigação oficial, pode ter envolvimento com o crime, mas contra quem há ainda frágeis indícios de autoria. É considerado um possível autor, sem que tenham sido descartadas outras possibilidades de autoria. O indiciado é aquele que está formalmente submetido ao inquérito policial. O

¹²³ LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.41-42.

¹²⁴ Em razão da regulamentação imprecisa do indiciamento, utilizamos o vocábulo “investigado” para indicar, indiscriminadamente, o suspeito e o indiciado.

acusado ou réu é aquele submetido ao processo criminal, posição que pressupõe o recebimento da denúncia ou queixa.

Renato Brasileiro de Lima, a respeito dessas posições, assim se manifesta:

O indiciado, então, não se confunde com um mero suspeito (ou investigado), nem tampouco com o acusado. Suspeito ou investigado é aquele em relação ao qual há frágeis indícios, ou seja, há mero juízo de possibilidade de autoria; indiciado é aquele que tem contra si indícios convergentes que o apontam como provável autor da infração penal, isto é, há juízo de probabilidade de autoria: recebida a peça acusatória pelo magistrado, surge a figura do acusado.¹²⁵

O indiciamento não é uma mera formalidade. É uma garantia do investigado, pois, a partir desse momento, ele tem assegurada a observância de direitos próprios do investigado, como o de permanecer em silêncio em eventual interrogatório. Nesse sentido, “É inegável que o indiciamento é um ato de extrema relevância para o imputado, pois é a partir dele que o sujeito passivo torna-se detentor de direitos e deveres no inquérito policial”.¹²⁶

Originalmente, o Código de Processo Penal, embora fizesse menção, em diversas passagens, a indiciado e ao indiciamento, não definia o modo e o momento em que o indiciamento deveria ser feito, o que era criticado pela doutrina.

André Augusto Mendes Machado, sobre a indefinição da lei, afirma:

[...] Tal fato gera sérios prejuízos ao imputado, pois a sua situação jurídica fica completamente dependente do arbítrio da Autoridade Policial. Por conta da omissão legislativa, não é raro a Autoridade Policial deixar de proceder ao indiciamento para tolher direitos do imputado, como o de permanecer em silêncio e o de não se autoincriminar.¹²⁷

[...] a partir do indiciamento, o imputado se sujeita como maior intensidade aos atos investigatórios, tais como medidas restritivas pessoais e patrimoniais, interrogatório, acareações etc. Em contrapartida, desfruta de uma série de direitos, dentre os quais se destacam aqueles previstos no artigo 5º da CF (como, por exemplo, direito a não ser submetido a tratamento desumano ou degradante; direito à integridade física e moral; direito de defesa; direito a ter conhecimento dos motivos da prisão e da autoridade que a realizou etc).¹²⁸

¹²⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 4.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p.147.

¹²⁶ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: RT, 2010, p.93.

¹²⁷ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: RT, 2010, p.93-94.

¹²⁸ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: RT, 2010, p.96.

Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen, sobre ser o indiciamento uma garantia, observam:

Por fim, sempre destacando que o indiciamento deve ser considerado uma carga para o sujeito passivo, mas também marca o nascimento de direitos, entre eles o de defesa. Logo, é também uma garantia. Evita-se uma acusação de surpresa ou, o que é igualmente grave, o comparecimento perante a autoridade. Na prática, infelizmente, o indiciamento, como ato em si não existe. Foi substituído pelo interrogatório e um formulário destinado a qualificar o sujeito. Uma lamentável degeneração.¹²⁹

Para eles, a falta de indiciamento formal, com momento e forma estabelecidos em lei, está entre os maiores problemas do inquérito policial:

O momento e a forma do indiciamento deveriam estar disciplinados claramente no CPP, exigindo um ato formal da autoridade policial e a imediata oitiva do sujeito passivo que, na qualidade de indiciado, está sujeito a cargas, mas também lhe assistem direitos. Entre eles, o principal é saber em que qualidade declara, evitando-se assim o grave inconveniente de comparecer como “testemunha” quando na verdade deveria fazê-lo na qualidade de suspeito que está na iminência de ser indiciado.¹³⁰

A Lei n. 12.830/2013 tratou, embora sucintamente, do indiciamento, dispondo no artigo 2º, parágrafo 6º: “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”.

O mérito da lei consistiu em determinar que o indiciamento seja fundamentado. O fato de não ter precisado o momento em que o indiciamento deve ser feito não pode ser considerado um defeito, pois estabelecer, em termos objetivos, esse momento, não é algo simples. É uma aferição que deve ser feita pela autoridade policial.

André Nicolitt, dentre outros, aprovou a nova lei:

O indiciamento é ato importantíssimo, cuja ausência de previsão legal até então, há muito era sentida e criticada pela doutrina. Em boa hora a legislação brasileira, apesar de timidamente, seguindo o exemplo de outros países, como Portugal, que prevê em seu CPP o ato formal de “constituição de arguido”, determinou o indiciamento como ato formal e fundamentado, que exige a análise técnico-jurídica do fato.¹³¹

¹²⁹ LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.435.

¹³⁰ LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.431; 433.

¹³¹ NICOLITT, André. **Manual de processo penal**. 6.ed. São Paulo: RT, 2016, p.187.

Pensamos que o indiciamento deve ser providenciado pela autoridade policial quando a investigação passar a ser direcionada a determinado suspeito, contra quem se reunirem indícios convergentes de autoria, sendo a prisão – em flagrante, temporária ou preventiva – medida que inequivocamente evidencia esse *status* e justifica a formalização do ato.

Ainda quanto ao momento do indiciamento, afirma Renato Brasileiro de Lima:

A condição de indiciado poderá ser atribuída já no auto de prisão em flagrante ou até o relatório final do delegado de polícia. Logo, uma vez recebida a peça acusatória, não será mais possível o indiciamento, já que se trata de ato próprio da fase investigatória. Os Tribunais Superiores têm considerado que o indiciamento formal após o recebimento da denúncia é causa de ilegal e desnecessário constrangimento à liberdade de locomoção, visto que não se justifica mais tal procedimento, próprio da fase inquisitorial.¹³²

No mais, entendemos que, dentre os direitos do indiciado, o mais importante é o de ter ciência de que está sendo investigado por determinado delito, direito que, sendo assegurado, lhe possibilita exercer inúmeros outros.

5.6 Considerações finais

A Constituição Federal não impõe a observância do contraditório e da ampla defesa na fase do inquérito policial. O artigo 5º, LV, prevê duas hipóteses em que essas garantias devem incidir: a primeira, aos litigantes em processo administrativo (além do judicial, do qual não se cogita) e a segunda, aos acusados em geral.

O inquérito policial não é processo administrativo, nele não há litigantes e o investigado não é acusado. Não obstante, por força do previsto no Estatuto da OAB, o direito de defesa é aplicável à fase do inquérito policial. Não se trata do direito à ampla defesa, mas de um direito à defesa limitado, nos termos da lei. Trata-se de previsão oportuna. De um lado, a assistência do advogado garante o respeito aos direitos do investigado, que, além disso, pode ser melhor orientado. De outro, a assistência do advogado otimiza a eficiência da investigação criminal, podendo o profissional colaborar para o melhor esclarecimento do fato.

Com relação ao contraditório, não há lei que determine a sua aplicação ao inquérito policial. E isso é positivo. O contraditório é inadequado à fase de investigação, que deve

¹³² LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 4.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p.147.

ser mais informal e dinâmica.

De fato, enquanto o inquérito não se encerra, tudo o que nele se produz tem caráter precário, pois a elucidação dos fatos ocorre de forma gradativa, na medida em que os elementos de informação são carreados aos autos. A intervenção das partes não pode prejudicar o dinamismo que deve reger a investigação. A ciência aos interessados – não há partes – de todos os atos da investigação e a possibilidade de contrariá-los, causaria um indesejável tumulto, sem correspondente benefício para a eficiência da investigação.

6 A ENGENHAGEM DO SISTEMA DA JUSTIÇA CRIMINAL: O PAPEL DE CADA UMA DAS INSTITUIÇÕES

6.1 Considerações iniciais

A justiça criminal se realiza por meio da atuação de diversas instituições: polícia, ministério público, advocacia, defensoria pública e judiciário. Cada uma dessas instituições exerce uma função específica e todas devem se relacionar de forma harmônica e coordenada para que o sistema de justiça criminal funcione de forma eficiente.

O poder judiciário está estruturado na Constituição Federal nos artigos 92 a 126, integrantes do Capítulo III, “Do Poder Judiciário”, no Título “Da Organização dos Poderes”. Nele se reconhece, ao lado do legislativo e do executivo, um dos três poderes clássicos do Estado. Sua missão é aplicar o direito objetivo.

O ministério público está estruturado nos artigos 127 a 130-A da Constituição Federal, no Capítulo IV, intitulado “Das funções essenciais à Justiça”. A Constituição reconheceu-lhe enorme importância.

O artigo 127 dispõe que se trata de “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” e o artigo 129 enuncia suas funções institucionais.

São também instituições essenciais à administração da justiça a advocacia pública, da União (artigo 131) e dos Estados e do Distrito Federal (artigo 131 e 132); a Advocacia¹³³ (artigo 133) e a Defensoria Pública¹³⁴ (artigo 134 e 135).

No Título V, que trata “Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas”, está o capítulo “Da Segurança Pública”, dispondo o artigo 144 da Constituição Federal:

A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I – polícia federal; II – polícia rodoviária federal; III – polícia ferroviária federal; IV – polícias civis; V – polícias militares e corpos de bombeiros militares.

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

¹³⁴ Artigo 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do artigo 5º desta Constituição.

A polícia é, portanto, a instituição responsável pela segurança pública. Trata-se de instituição que integra o poder executivo, constituída por diversos órgãos, com atribuições distintas, todas, à sua maneira, destinadas a garantir a ordem pública interna e a incolumidade das pessoas e dos bens.

6.2 Modelos de investigação criminal conforme a instituição encarregada de promovê-la

Os modelos de investigação criminal, classificados conforme a instituição encarregada de promovê-la, são três: o modelo de investigação policial, o modelo de investigação pelo ministério público e o modelo de investigação judicial.

No modelo de investigação policial, a autoridade responsável pela condução da investigação integra os quadros da polícia, cabendo-lhe, diante da notícia de um crime, apurar o fato supostamente criminoso e a respectiva autoria e documentar os atos relevantes. Com o objetivo de reconstruir o fato passado, a autoridade policial tem autonomia para traçar a linha de investigação e decidir quais as medidas deve adotar para reunir os elementos de informação. Para executar suas ordens, dispõe de uma equipe de funcionários que lhe é subordinada, todos integrantes da polícia, como investigadores e escrivão.¹³⁵ Para a prática de atos que impliquem restrições a direitos fundamentais, de que são exemplos as buscas domiciliares e as interceptações telefônicas, deve requerer autorização à autoridade judiciária competente.

No modelo judicial, a autoridade que preside a investigação criminal é o juiz instrutor, cabendo-lhe, diante da notícia de um crime, instaurar o procedimento e determinar que se realizem os atos que considerar necessários para apurar o suposto crime. Esses atos são cumpridos pela polícia, que lhe é subordinada e não dispõe de qualquer poder decisório, sendo mera executora. Para a prática de atos que impliquem restrições a direitos fundamentais, não precisa recorrer a nenhuma outra autoridade, bastando determinar as medidas que considerar adequadas.

Nesse sistema, nas palavras de Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen Gloeckner, o juiz é o protagonista:

¹³⁵ Sobre a organização e estrutura das polícias no Brasil, sugere-se a leitura de: LERNER, Daniel Josef. Organização policial: situação atual e modelo de organização policial para reforma no Brasil (de lege ferenda). In: (Coords.) AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; VASCONCELOS, Eneas Romero. **Polícia e investigação criminal no Brasil**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

O juiz é livre para intervir, recolher e valorar o material, não existindo, portanto, nenhum defeito pela inatividade dos demais sujeitos. A iniciativa/gestão probatória está inteiramente nas suas mãos, denotando o caráter eminentemente inquisitorial do sistema. Não está vinculado em nenhum sentido aos pedidos da defesa ou da futura acusação, de maneira que pode aceitá-los ou não, segundo considere úteis e pertinentes para os fins da investigação. Por isso, tanto a defesa como o Ministério Público (especialmente) podem ser considerados meros colaboradores do órgão jurisdicional. Inclusive, o juiz instrutor pode abrir, realizar e concluir o procedimento contrariamente ao que opinar o MP (porque não vislumbra indícios racionais de autoria ou materialidade, não concorda com a linha de investigação adotada etc).¹³⁶

Os autores citados, lembrando da importância do princípio da imparcialidade do juiz, observam que o sistema de investigação judicial só é admissível se o processo penal for dividido em duas fases, atribuindo-se a dois juízes distintos as funções de investigar e julgar.

No modelo de investigação pelo ministério público, quem preside a investigação criminal é o promotor de justiça, praticando ou determinando que se pratiquem os atos necessários ao esclarecimento do fato supostamente criminoso. Suas ordens são cumpridas pela polícia. Assim como ocorre no sistema de investigação policial, para a prática de atos que impliquem restrição a direitos fundamentais, deve obter autorização judicial.

6.3 Modelo de investigação criminal adotado no Brasil. Críticas a esse modelo

O artigo 144, parágrafos 1º e 4º, da Constituição Federal estabelece expressamente que os órgãos encarregados da investigação criminal no Brasil são, no âmbito estadual, a polícia civil e, no âmbito federal, a polícia federal.

Não há dúvida, portanto, que o Brasil adotou o modelo de investigação policial, criticado por muitos doutrinadores. Alguns defendem o modelo de investigação judicial e outros o modelo de investigação pelo promotor de justiça.

Dentre os autores que criticam o modelo de investigação policial, destacam-se Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen Gloeckner, pela severidade de suas críticas:

[...] o sistema de investigação preliminar policial é arcaico e está totalmente superado, exatamente porque oferece uma infinidade de aspectos negativos contra alguns poucos argumentos que o justifiquem. Excepcionalmente, como na Inglaterra e nos Estados Unidos, atendendo a

¹³⁶ LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.136.

especiais características sociais, políticas e jurídicas – que se refletem na qualidade do seu corpo policial –, esse modelo de instrução preliminar pode ser considerado satisfatório.¹³⁷

Para eles, as únicas vantagens do modelo de investigação policial são a amplitude da presença policial, a teórica celeridade e a economia para o Estado. Argumentam que a polícia tem condições de atuar em qualquer local do país, mesmo nos mais distantes e isolados, o que não seria possível aos juízes de instrução ou promotores investigadores;¹³⁸ que a investigação policial pode ser mais dinâmica, pois a polícia está presente em maior quantidade de lugares e é “mais próxima do povo”; que a investigação policial é mais barata, pois os salários de juízes e promotores são, em regra, mais altos que os salários dos integrantes da polícia.

As desvantagens do modelo de investigação policial não compensam as poucas vantagens. Nesse sentido, afirmam que a polícia atua de forma seletiva e discriminatória, fazendo com que o sistema punitivo atue de forma desigual; que a polícia é mais refratária, que o ministério público e a magistratura, à assimilação dos direitos e garantias fundamentais e, além disso, mais suscetível às pressões políticas e da mídia, o que interfere no seu trabalho de investigação; que a investigação policial é falível em razão da confusão que se faz entre segurança pública e investigação criminal.¹³⁹

Para eles, o sistema brasileiro tem tantas imperfeições que faz com que o inquérito policial não satisfaça o titular da ação penal e nem a defesa e, pela pouca qualidade e confiabilidade do material reunido, seja de pouca utilidade para o juiz:

¹³⁷ LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.128.

¹³⁸ Aury Lopes Jr. e Ricardo Jacobsen verificam: “Esse foi o principal argumento do legislador brasileiro de 1941 para justificar a permanência do inquérito policial, pois, segundo o pensamento da época, era o modelo mais adequado à realidade e às grandes dimensões de nosso país. Naquele momento, foi rechaçada a instrução preliminar judicial pela impossibilidade de que o juiz de instrução pudesse atuar de forma mas rápida nos mais remotos povoados, que, naquela época, exigiam vários dias de viagem”. (LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.129).

¹³⁹ Afirmam os autores: “Pensamos que existe também outro ponto a ser anotado que traz à tona a falibilidade da investigação conduzida pela autoridade policial. Há uma nítida confusão entre a polícia de segurança pública e a função investigatória, que não raras vezes se imiscuem no procedimento investigatório. A autoridade policial é levada a tratar o investigado como objeto de tutela de segurança pública, esquecendo-se de que durante o inquérito policial busca-se exclusivamente o apontamento de subsídios suficientes para que em um juízo de probabilidade superar a presunção de inocência e autorizar o juiz o recebimento da denúncia. À autoridade policial não incumbe reforçar o sentimento de ‘segurança’ coletiva, seja tratando de obter provas a todo o custo – e, aqui, a utilização da tortura bem como do instituto da delação premiada corroboram o alegado –, seja espetacularizando a prisão. O que de fato tem que ser esclarecido é que a investigação criminal tem por fito a reunião de elementos informativos a fim de subsidiar a *opinio delicti*. Ademais, mesmo que isso não ocorra na prática, tais informações deveriam servir a qualquer uma das partes, ressaltando-se que o possível arquivamento do inquérito policial também serve a um escopo constitucional que é o de evitar o processamento indevido do subordinado à investigação”. (LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.132-133).

Toda essa gama de problemas que possui a instrução policial leva ao necessário descrédito probatório do material recolhido e à necessidade de completa repetição em juízo. Pior ainda, não cumpre com sua função principal: aclarar, em grau de probabilidade, a notícia-crime para fundamentar o processo ou não processo. Com relação ao nosso inquérito policial, pode-se afirmar, além de todas as críticas anteriormente feitas, que: não serve para o MP, pois, ao ser levado a cabo por uma autoridade diversa daquela que irá exercer a ação penal, não atende suas necessidades. Ademais, é patente o descompasso na relação promotor policial; não serve para a defesa, pois a polícia nega qualquer possibilidade de o sujeito passivo participar da investigação e solicitar diligências de descargo. Além disso, em regra geral, a autoridade policial nega arbitrariamente o contraditório (visto como direito de informação) e o direito de defesa (ainda que em grau mínimo e previsto na Constituição); não serve para o juiz, porque a própria forma de atuar da polícia não permite dar maior credibilidade ao material recolhido.¹⁴⁰

Concluem que não se deve atribuir mais poderes à polícia, como o de presidir a investigação criminal. Pelo contrário, deve-se aumentar o controle do ministério público e da magistratura sobre o trabalho por ela exercido.

Tentaremos, neste capítulo, polemizar essa discussão adiantando que acreditamos que a polícia, embora carente de mudanças, é a instituição mais adequada para promover a investigação.

6.4 Poderes de investigação do ministério público

Diante da opção constitucional do Estado brasileiro de atribuir à polícia a função de investigar, a discussão sobre o modelo de investigação ideal desenvolveu-se de forma mais acentuada por conta da divergência doutrinária que surgiu a respeito da possibilidade – e conveniência – de o ministério público presidir, de forma autônoma, investigações criminais.

A maioria dos argumentos que permearam o debate, ocorrido na doutrina e na jurisprudência, podem ser utilizados de forma válida para a avaliação sobre a instituição mais adequada para investigar.

São duas as correntes de entendimento a respeito da possibilidade de o ministério público investigar crimes de forma autônoma e paralela à polícia judiciária.

A primeira corrente defende que o ministério público tem poderes de investigação criminal, uma função que não é exclusiva da polícia judiciária. A segunda, em sentido

¹⁴⁰ LOPES JR., Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.133.

oposto, que o ministério público não tem poderes de investigação.

Entre os defensores da primeira corrente estão Gianpaolo Poggio Smanio,¹⁴¹ Júlio Fabbrini Mirabete,¹⁴² Hugo Nigro Mazilli,¹⁴³ Renato Flávio Marcão,¹⁴⁴ Alexandre de Moraes,¹⁴⁵ Jorge Assaf Maluly¹⁴⁶ e Jorge Luiz Souto Maior.¹⁴⁷

Renato Flávio Marcão entende que a Constituição Federal autoriza o ministério público a investigar, não sendo essa uma atividade privativa da polícia judiciária. Invocando a teoria dos poderes implícitos, afirma:

Se o Ministério Público pode requisitar instauração de inquérito; se pode instaurar procedimento administrativo, requisitar diligências e ajuizar denúncia sem precedente inquérito policial, é evidente que também pode investigar. Quem pode o mais, pode o menos.¹⁴⁸

Assegura também que o artigo 144, parágrafo 1º, IV, da Constituição, ao dispor que compete à polícia federal exercer, com exclusividade, as funções da polícia judiciária da União, teve como objetivo tão somente delimitar as funções das diversas polícias. Na tentativa de contrapor-se à posição divergente, afirma:

Em verdade, o problema reside no fato de que o Ministério Público incomoda, e muito, os marginais engravatados que se utilizam do voto popular para espolar o erário; para ampliar as atividades ilícitas das organizações criminosas que sem qualquer pudor integram e patrocinam, daí os insistentes ataques diretos e pessoais a Promotores de Justiça e Procuradores da República; daí as reiteradas investidas contra a Instituição defensora do Estado Democrático de Direito, como dão mostra os inúmeros projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional com vistas a cercear as atividades Ministeriais, a despeito da desaprovação popular de tais iniciativas.¹⁴⁹

¹⁴¹ SMANIO, Gianpaolo Poggio. O poder de investigação do Ministério Público. In: MPD Dialógico. **Revista do Movimento Ministério Público Democrático** n.40, 2013, p.25.

¹⁴² MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de Processo Penal interpretado**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 1997, p.37-38.

¹⁴³ MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.358-372.

¹⁴⁴ MARCÃO, Renato Flávio. Investigação criminal promovida pelo Ministério Público. In: **Revista Magister de Direito Penal e Processo Penal**, n. 49, v. 9, p. 45-51, 2012.

¹⁴⁵ MORAES, Alexandre de. **Curso de direito constitucional**. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.599-601.

¹⁴⁶ MALULY, Jorge Assaf. O Ministério Público e suas funções na investigação criminal. MPD Dialógico. **Revista do Movimento Ministério Público Democrático** n.40, 2013, p.30-31.

¹⁴⁷ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Poder investigatório do Ministério Público: quem tem medo da verdade? In: MPD Dialógico: **Revista do Movimento Ministério Público Democrático** n.40, 2013, p.20-21.

¹⁴⁸ MARCÃO, Renato Flávio. Investigação criminal promovida pelo Ministério Público. In: **Revista Magister de Direito Penal e Processo Penal**, n. 49, v. 9, p. 45-51, 2012.

¹⁴⁹ MARCÃO, Renato Flávio. Investigação criminal promovida pelo Ministério Público. In: **Revista Magister de Direito Penal e Processo Penal**, n. 49, v. 9, p. 45-51, 2012.

O autor ressalva, porém, que o ministério público não pode presidir inquérito policial: pode acompanhá-lo ou, então, promover, em procedimento próprio, a apuração dos fatos.

Alexandre de Moraes também se vale da teoria dos poderes implícitos para justificar o poder de investigação do ministério público. Alega que, para que o ministério público possa cumprir as importantes funções constitucionais que lhe foram atribuídas, devem lhe ser reconhecidas competências genéricas implícitas que viabilizem o exercício de sua missão constitucional, “apenas sujeitas às proibições e limites estruturais da Constituição Federal”.¹⁵⁰

Jorge Assaf Maluly, reportando-se às funções do ministério público, relacionadas no artigo 129 da Constituição Federal, assegura:

[...] É inegável que a apuração das infrações penais cabe, primordialmente, à autoridade policial; porém, se esta não proceder a uma adequada investigação do fato, em prejuízo da persecução penal, a interferência do Ministério Público verificar-se-á para assegurar o sucesso dessa atividade, na qual o *dominus litis* tem evidente interesse.¹⁵¹

Jorge Luiz Souto Maior, assumindo posição mais radical, observa que uma emenda constitucional, como a PEC n. 37/2011,¹⁵² que excluísse expressamente a possibilidade de o ministério público promover a investigação criminal seria inconstitucional. Para o autor, o poder investigatório é inerente à atuação do ministério público e:

Nenhuma lei, mesmo na forma de emenda constitucional, poderá portanto, sem ferir a Constituição, impedir a atuação fundamentada do Ministério Público para a defesa dos valores integrados à ordem jurídica no contexto do Direito Social (artigo 127, CF), sendo claro que para essa atuação, obriga-se ao Ministério Público apurar os fatos e as suas circunstâncias antes de buscar alguma solução corretiva ou preventiva (artigo 129, CF).¹⁵³

¹⁵⁰ MORAES, Alexandre de. **Curso de direito constitucional**. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.600-601.

¹⁵¹ MALULY, Jorge Assaf. O Ministério Público e suas funções na investigação criminal. MPD Dialógico. **Revista do Movimento Ministério Público Democrático** n.40, 2013, p.30-31.

¹⁵² A PEC n. 37/2011 previa a inclusão de um novo parágrafo ao artigo 144 da Constituição Federal, com a seguinte redação: “A apuração das infrações penais de que tratam os parágrafos 1º e 4º deste artigo, incumbem privativamente à polícia federal e civis dos Estados e do Distrito Federal, respectivamente”. Em 25/06/13, a PEC foi rejeitada pelo plenário da Câmara dos Deputados. Sobre esse assunto, trataremos adiante.

¹⁵³ SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Poder investigatório do Ministério Público: quem tem medo da verdade? In: MPD Dialógico: **Revista do Movimento Ministério Público Democrático** n.40, 2013, p.20-21.

Entre os defensores da segunda corrente destacam-se Rogério Lauria Tucci,¹⁵⁴ José Afonso da Silva,¹⁵⁵ Ivette Senise Ferreira,¹⁵⁶ Geraldo Prado¹⁵⁷ e Vicente Greco Filho,¹⁵⁸ Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Guilherme de Souza Nucci.

Rogério Lauria Tucci sustenta que a Constituição foi clara ao atribuir à polícia judiciária a investigação criminal, não podendo o ministério público, à luz da Constituição Federal, exercer essa função de forma concorrente. Foi além, pontuando que a posição adotada pelo legislador constituinte foi a mais acertada. Isso por duas razões: é a polícia quem dispõe de infraestrutura para investigar; a investigação conduzida pelo ministério público fere o princípio da paridade de armas, aspecto do princípio da igualdade.¹⁵⁹

José Afonso da Silva também tem firme posição sobre o assunto:

A questão posta pela consulta não é complicada nem demanda grandes pesquisas doutrinárias, porque a Constituição Federal dá resposta precisa e definitiva no sentido de que o Ministério Público não tem competência para realizar investigação criminal direta.¹⁶⁰

Em resumo, argumenta que não há na Constituição uma só palavra que atribua ao ministério público a investigação criminal direta; que a invocação da teoria dos poderes implícitos para sustentar a possibilidade de o ministério público investigar não é correta; que o argumento de que “quem pode o mais, pode o menos” não é uma regra de interpretação e não tem nenhum valor no campo do direito público;¹⁶¹ apesar de a

¹⁵⁴ TUCCI, Rogério Lauria. **Ministério Público e investigação criminal**. São Paulo: RT, 2004.

¹⁵⁵ SILVA, José Afonso. Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal diretamente? Parecer apresentado em 27.08.2004, em consulta formulada pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n.49, v.12, p.368-388, 2004.

¹⁵⁶ FERREIRA, Ivette Senise. A PEC 37 e o poder investigatório do Ministério Público. MPD Dialógico. **Revista do Movimento Ministério Público Democrático** n.40, 2013, p.19.

¹⁵⁷ PRADO, Geraldo. A investigação criminal e a PEC 37. In: **Boletim do IBCCRIM**, n. 248, p.5-6, jul. 2013, p.5-6.

¹⁵⁸ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.120-121.

¹⁵⁹ TUCCI, Rogério Lauria. **Ministério Público e investigação criminal**. São Paulo: RT, 2004, p.74-87.

¹⁶⁰ SILVA, José Afonso da. Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal diretamente? Parecer apresentado em 27.08.2004, em consulta formulada pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n.49, v.12, p.368-388, 2004.

¹⁶¹ Argumenta o autor: “Se esse prólogo (quem pode o mais, pode o menos) tem algum valor no campo do direito privado não sei, mas no campo do direito público, especialmente no direito constitucional, não tem nenhum valor. Não é uma parêmia a que se dá valor de regra interpretativa. O que é mais e o que é menos no campo da distribuição das competências constitucionais? Como se efetua essa medição, como fazer tal ponderação? Como quantificá-las? Não há sistema que o confirme. As competências são outorgadas expressamente aos diversos poderes, instituições e órgãos constitucionais. Nenhuma é mais, nenhuma é menos. São o que são, porque as regras de competência são regras de procedimento ou regras técnicas, havendo eventualmente regras subentendidas (não poderes implícitos) às regras enumeradas, porque

Constituição não ter deferido à polícia judiciária o monopólio das investigações, estabeleceu expressamente as exceções e nenhuma delas contempla o ministério público;¹⁶² que a tese de que o inquérito policial é facultativo não é bem correta: ele é dispensável quando a *notitia criminis* consta de algum procedimento ou documentos com elementos suficientes para a propositura da ação penal, a exemplo das conclusões de comissão parlamentar de inquérito e dos procedimentos administrativos, ou se com a representação forem oferecidos elementos que habilitem o ministério público a promover ação penal (artigo 39, parágrafo 5º).¹⁶³ Ao final, concluiu: “em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público não pode realizar nem presidir investigação criminal”.

Ivette Senise Ferreira argumenta que a Constituição Federal distinguiu claramente as funções atribuídas à polícia judiciária e ao ministério público, conferindo à polícia a investigação criminal e ao ministério público a promoção da ação penal pública e outras

submetidas a essas e, por conseguinte, pertinente ao mesmo titular. Não é o caso em exame, porque as regras enumeradas, explícitas, sobre investigação na esfera penal conferem esta à Polícia Judiciária, e são regras de eficácia plena, como costumam ser as regras técnicas”. (SILVA, José Afonso da. Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal diretamente? Parecer apresentado em 27.08.2004, em consulta formulada pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n.49, v.12, 2004, p.377-378).

¹⁶² Sobre os poderes conferidos às comissões parlamentares de inquérito, ressalta o autor: “[...] inquérito parlamentar não é um típico inquérito criminal, porque visa apurar fato determinado de qualquer natureza: político, administrativo, responsabilidade civil e também criminal, como se nota do final do parágrafo 3º do artigo 58, tanto que suas conclusões nem sempre dispensam investigações policiais, como a experiência tem mostrado, porque, no fundo do inquérito parlamentar, movem interesses e métodos políticos, nem sempre compatíveis com instrução penal preliminar, que, como nota Canuto Mendes de Almeida, invocando lição dos grandes processualistas da legislação, tem por finalidade preservar a inocência contra acusações infundadas e o organismo judiciário contra o custo e a inutilidade em que estas redundariam. É certo que as comissões parlamentares realizam também a atividade de investigação, e essa é a sua única função que ressalto do seu próprio nome, investigação não tipicamente criminal, mas também criminal, e, nesse aspecto particular, pode-se ter essa investigação como exceção ao disposto no artigo 144, parágrafos 1º e 4º, mas exceção expressa”. (SILVA, José Afonso da. Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal diretamente? Parecer apresentado em 27.08.2004, em consulta formulada pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n.49, v.12, 2004, p. 380-381).

¹⁶³ O autor afirma que a utilização do inquérito civil para fins de investigação criminal constitui inadmissível distorção: “Há, de fato, quem sustente que, quando o Ministério Público instaura o inquérito civil como instrução prévia da ação penal pública e, no seu curso de procedimento, descobre infrações penais, estará ele autorizado a prosseguir nas investigações criminais para apurar infrações penais possíveis. ‘Autorizado’ porque norma constitucional? O inquérito civil é uma ‘investigação administrativa prévia, presidida pelo Ministério Público, que se destina basicamente a colher elementos de convicção para que o próprio órgão ministerial possa identificar se ocorrem circunstâncias que enseje eventual propositura da ação civil pública’. Esse conceito é de um ilustre membro do Ministério Público, Hugo Nigro Mazilli. Em essência, é essa também a concepção do Min. Celso de Mello, emitida quando assessor do Gabinete Civil da Presidência da República. Disse ele: ‘O inquérito civil, em suma, configura um procedimento preparatório, destinado a viabilizar o exercício responsável da ação civil pública’. Se é assim, e é, não há como distorcer esse importante instrumento, para transformá-lo num inquérito policial”. (SILVA, José Afonso da. Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal diretamente? Parecer apresentado em 27.08.2004, em consulta formulada pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n.49, v.12, 2004, p.387).

especificadas no artigo 129 da Constituição Federal. Essa especificação de atribuições é fundamental para o equilíbrio da investigação e do processo:

Daí podemos concluir pela necessidade de ser observado o equilíbrio estrito na atuação das duas partes que se defrontam no procedimento judicial criminal, para a obtenção de um julgamento justo, equilíbrio esse que seria rompido no caso de conceder-se a uma delas, no caso, o Ministério Público, o poder investigatório que poderia resultar afinal numa discricionariedade na coleta de provas e na interpretação de elementos circunstanciais a seu bel prazer, com evidentes prejuízos para a defesa e os seus direitos no processo acusatório.¹⁶⁴

Geraldo Prado tem entendimento contrário à direção da investigação pelo ministério público, destacando a importância da separação entre as funções de investigar e acusar para o equilíbrio do sistema:

Em minha opinião, apenas estes dois exemplos são suficientes para reforçar a ideia de que se a separação entre investigação criminal e ação penal é uma exigência do sistema constitucional, incumbir o autor da ação penal da atribuição para investigar pulveriza os limites que separam uma coisa da outra. Indaga-se: afinal, quando, em realidade, o Ministério Público estará investigando, pesquisando a verdade, quando ele, parte acusadora, estará atuando estrategicamente para sagrar-se vencedor nas múltiplas formas contemporâneas de adjudicação da responsabilidade penal do imputado? Ao pressupor controles para o exercício do poder, o princípio republicano parte da premissa, historicamente incontestada, de que o poder tende ao abuso ou descontrolo.¹⁶⁵

Vicente Greco Filho afirma ser radicalmente contrário à investigação criminal pelo ministério público. Para o autor, a realização da justiça depende da dialética e do respeito às atribuições e à autonomia das funções. A pretensão do ministério público em substituir-se à função investigatória compromete a dignidade e a importância garantista da formação isenta da *opinio delicti*.¹⁶⁶

Os principais argumentos da primeira corrente podem ser assim sintetizados: a Constituição Federal confere também a outros órgãos, a exemplo da comissão parlamentar de inquérito, o poder de investigar, o que significaria que não teve a intenção de atribuir esse poder com exclusividade à polícia judiciária. O ministério público, nessa linha de

¹⁶⁴ FERREIRA, Ivete Senise. A PEC 37 e o poder investigatório do Ministério Público. MPD Dialógico. **Revista do Movimento Ministério Público Democrático** n.40, 2013, p.19.

¹⁶⁵ PRADO, Geraldo. A investigação criminal e a PEC 37. In: **Boletim do IBCCRIM**, n. 248, p.5-6, jul. 2013, p.5-6.

¹⁶⁶ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.120-121.

raciocínio, disporia de poderes de investigação, implicitamente derivados da função que lhe é atribuída de propor privativamente a ação penal de iniciativa pública (artigo 129, I, da Constituição Federal de 1988). Essa conclusão também se extrairia do disposto nos incisos VI, VII, VIII e IX do artigo 129. Por fim, somam-se argumentos não exatamente técnicos, relacionados à conveniência de o ministério público promover a investigação, ainda que de forma concorrente.

Os principais argumentos da segunda corrente são de que a Constituição Federal distinguiu precisamente as funções da polícia judiciária e do ministério público, distinção fundamental para equilibrar as relações e realizar a justiça.

6.5 A proposta de Emenda Constitucional n. 37

Em 2011, foi apresentada a Proposta de Emenda Constitucional n. 37, que, em síntese, previa a inclusão no parágrafo 10 no artigo 144 da Constituição Federal, com a seguinte redação: “A apuração das infrações penais de que tratam os parágrafos 1º e 4º deste artigo, incumbem privativamente às polícias federal e civis dos Estados e do Distrito Federal, respectivamente”.

O texto afastava as interpretações favoráveis ao reconhecimento de poderes de investigação do ministério público, de forma que a aprovação da proposta de emenda constitucional poria fim à discussão sobre quem pode investigar, definindo a questão.

A proposta acirrou a discussão a respeito do papel do ministério público nas investigações criminais.

A PEC n. 37/11 foi votada em 24.06.2013, em meio a protestos populares que eclodiram em todo o país, relacionados a diversas questões políticas. No contexto dos protestos, surgiram manifestações contrárias à aprovação da proposta, o que, supostamente, influenciou o resultado da votação. Por ampla maioria (490 votos contra a aprovação, 09 votos a favor e 02 abstenções), a PEC n. 37/11 foi rejeitada na Câmara dos Deputados, muito embora, antes dos protestos, a perspectiva fosse de aprovação. Não tendo a PEC n. 37 sido aprovada, a discussão subsistiu.

6.6 A posição do Supremo Tribunal Federal

Em 14.05.2015, o Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento do RE n.

537.727/MG, no qual analisou a questão – controvertida também na jurisprudência¹⁶⁷ – de ter ou não o ministério público poderes de investigação.

O recurso extraordinário fora interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que condenou o prefeito municipal de Ipanema pelo crime tipificado no artigo 1º, XIV, do Decreto-Lei n. 201/67.

A denúncia contra o prefeito havia sido instruída com base em procedimento investigativo, instaurado e conduzido pelo ministério público, durante o qual o então investigado fora ouvido.

Por maioria, prevaleceu o entendimento de que os artigos 5º, LIV e LV, 129, III e VIII, 144, IV, parágrafo 4º, da Constituição Federal, não tornam a investigação criminal exclusividade da polícia, nem afastam os poderes de investigação do ministério público.

Foi relator do caso o ministro Cezar Peluso, que conheceu e deu provimento ao recurso, porém, admitiu a atribuição do ministério público para realizar diretamente atividades de investigação da prática de delitos em situações excepcionais e taxativas.

A leitura do acórdão, até certo momento, levava a crer que o ministro relator se manifestaria contrário à tese de que o ministério público tem poderes para investigar:

Do ponto de vista específico do ordenamento institucional, não subsiste, pois, nenhuma dúvida de que não compete ao Ministério Público exercer atividades de polícia judiciária, as quais, tendentes à apuração das infrações penais, seja lá o nome que se lhes dê aos procedimentos ou aponha na capa dos autos, foram, com declarada exclusividade, cometidas às polícias, federal e civis, pela Constituição da República, segundo cláusulas pontuais do artigo 144, que se tornam a transcrever por manter viva a matriz do discurso: [...]

No quadro das normas e das razões constitucionais, a instituição que investiga, não promove a ação penal, e a que a promove, não investiga. Não por acaso, senão por deliberada congruência, deram-se ao Ministério Público, no artigo 129, VII, da Constituição, como já enfatizei, a função e a competência de exercer o controle externo da atividade policial, por ser intuitivo que quem investiga não pode ao mesmo tempo controlar a legalidade das investigações.

Não obstante, a sua conclusão foi no sentido de que o ministério pode investigar delitos diretamente para fins de preparação e eventual instauração de ação penal, “em hipóteses excepcionais e taxativas, desde que se observem certas condições e cautelas

¹⁶⁷ Antes desse julgamento, o Supremo Tribunal Federal analisou a questão em diversas oportunidades e, em tempos mais recentes, vinha prevalecendo o entendimento de que o ministério público pode investigar. (HC n. 91.661/PE (Rel. Ministra Ellen Gracie); HC n. 89.837/DF (Rel. Min. Celso de Mello); HC n. 91.613/MG (Rel. Min. Gilmar Mendes); AP n. 611/MG (Rel. Luiz Fux), dentre outros.

tendentes a preservar os direitos e garantias assegurados na cláusula constitucional do justo processo da lei”.

O ministro destacou que essa atuação em caráter excepcional exigia “predefinição de limites estreitos e claros”, a começar pela necessidade de a atuação do ministério público ser documentada em procedimento formal, em regra público e sempre submetido ao controle judicial, “nos mesmos termos em que se documentam e desenvolvem os inquéritos policiais”. Além disso:

Essas condições primárias são essenciais, mas não bastam para legitimar investigação pelo Ministério Público, a qual precisa estar ainda justificada por qualquer das competências funcionais previstas na Constituição da República e na legislação subalterna, no preciso sentido de que os atos de polícia judiciária sejam praticados em razão da competência já atribuída para investigar, administrativamente, os próprios membros e servidores da instituição, as autoridades e agentes policiais, cujo comportamento seja, em tese, criminoso, ou para suprir omissão ou recusa dessas autoridades em instaurar inquérito policial, pois, em todas essas hipóteses, a prática de eventual delito pode, figurada no mesmo fato ou ato, coexistir com a prática de infração disciplinar ou funcional. É que, como se viu, o mesmo fato histórico pode comportar mais de uma qualificação e consequência jurídico-normativas.

Assim, admitiu que o ministério público promova atividades de investigação de infrações penais, como medida preparatória para instauração de ação penal, desde que o faça nas seguintes condições:

1) mediante procedimento regulado, por analogia, pelas normas que governam o inquérito policial; 2) que, por consequência, o procedimento seja, de regra, público e sempre supervisionado pelo Poder Judiciário; 3) e que tenha por objeto fato ou fatos teoricamente criminosos, praticados por membros ou servidores da própria instituição (a), ou praticados por autoridades ou agentes policiais (b), ou, ainda, praticados por outrem, se, a respeito, a autoridade policial, cientificada, não haja instaurado inquérito policial.

No caso julgado, o relator entendeu que não estavam presentes os requisitos de excepcionalidade – em síntese, porque o ministério público não adotara aquelas cautelas – e deu provimento ao recurso, anulando, desde o início, o processo criminal em que o recorrente figurara como acusado. Os ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli acompanharam o voto do relator.

Os ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Rosa Weber e Cármen Lúcia negaram provimento ao recurso extraordinário,

admitindo a existência de base constitucional para os poderes de investigação do ministério público, em âmbito de incidência mais amplo que o defendido pelo ministro Cezar Peluso.

O ministro Marco Aurélio deu provimento ao recurso, para anular, desde a origem, o processo criminal, declarando a ilegitimidade do ministério público para, por meios próprios, realizar investigações criminais.

Os argumentos utilizados pelos ministros, tanto os da corrente vencedora como os vencidos, em linhas gerais, foram os mesmos utilizados pelas correntes doutrinárias contrapostas, sendo a reprodução dos argumentos, por isso, desnecessária.

A corrente majoritária entendeu, em síntese, que o voto do ministro relator restringia demasiadamente o âmbito de incidência dos poderes de investigação do ministério público e, em linhas gerais, acolheu, com poucas alterações, a redação proposta pelo ministro Celso de Mello, quanto aos limites da atuação.

Com repercussão geral, foi fixada a tese assim sumulada:

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, artigo 7º, 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.

Não obstante a repercussão geral reconhecida à decisão, a questão poderá ser, no futuro, reavivada, conforme demonstra o voto vencido do Ministro Marco Aurélio.

6.7 A posição do ministério público no processo penal

Hugo Nigro Mazzilli¹⁶⁸ lembra que no processo penal é controvertida a posição do ministério público: parte *sui generis* (Manzini, Tornaghi); parte imparcial (De Marsico, Noronha); parte parcial (Carnelutti); parte material e processual (Frederico Marques); parte formal, instrumental ou processual (Leone, Olimedo, Tourinho); não é parte (Otto Mayer,

¹⁶⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.35-36.

Petrocelli).

O autor afirma que o ministério público, quando atua num processo, sempre tem um interesse a zelar, uma vez que a Constituição lhe incumbiu da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (artigo 127).

Nas faculdades de Direito, nos livros de doutrina e, especialmente, no ambiente forense, é muito comum falar que o Ministério Público é parte imparcial. Quem de nós nunca se referiu a ele como fiscal da lei? Ora, para ser um justo fiscal da lei, não pode ser tendencioso, daí sua imparcialidade. Essas assertivas ainda são voz corrente, todos o dizem, ou pelo menos alguma vez já se referiram ao Ministério Público como fiscal isento da lei ou como parte imparcial.

Não obstante o largo prestígio das expressões fiscais da lei e parte imparcial, esses lugares-comuns são inúteis. Parecem querer dizer que, quando o Ministério Público é interveniente num processo, assume a condição de fiscal imparcial da lei, ao contrário de quando seja órgão agente caso em que será parte interessada. Alguns dizem em latim que só o Ministério Público interveniente é *custos legis*, o que significa que é o guardião da lei (custos, substantivo no nominativo = guarda ou custódio; legais, substantivo no lenitivo = da lei).

Em rigor, na técnica processual, as expressões fiscal da lei e parte imparcial não querem dizer absolutamente nada. Com razão, Cândido Rangel Dinamarco demonstrou que o Ministério Público sempre fiscaliza o correto cumprimento da lei, não só quando interveniente, mas também quando órgão agente.¹⁶⁹

O ministério público, seja como órgão interveniente, seja órgão agente, sempre fiscaliza o correto cumprimento da lei. E, tendo um interesse a zelar, indaga o autor, como pode ser parte imparcial?

Se tomarmos o substantivo parte e o adjetivo imparcial no mesmo sentido, não será muito difícil concluir que o Ministério Público não pode ser e deixar de ser a mesma coisa, ao mesmo tempo e sob o mesmo aspecto. O princípio da identidade lógica impede que seja parte e não o seja a um só tempo, tomado o conceito de parte no mesmo sentido. A expressão ‘o Ministério Público é parte imparcial’, posto muito utilizada, só pode, pois, ser compreendida se tomarmos os conceitos em sentidos diferentes. Assim, consideremos parte em seu conceito técnico-processual: ao nos perguntarmos se o Ministério Público é titular de ônus e faculdades na relação processual, a resposta obrigatoriamente será a de que ele é parte, sem dúvida alguma. Seja órgão agente ou interveniente, no processo civil ou no processo penal, pessoa alguma duvida de que ele seja titular de ônus e faculdades na relação processual. O Ministério Público sempre é parte nos processos em que atue, seja como agente, seja

¹⁶⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.635-636.

interveniente. Assim, se é parte, não pode ser imparcial (no sentido de não ser parte), tomadas estas expressões no mesmo sentido processual.¹⁷⁰

O ministério público, no entendimento do autor, só pode ser considerado imparcial se ao vocábulo for atribuído um sentido meramente moral. Para ele, no processo penal, o ministério público é parte processual formal. Ele é titular da pretensão punitiva, mas não é titular do direito material lesado. Não é parte material, porque o direito de punir que promove não é dele, mas do Estado, mas é parte formal, um dos sujeitos da relação processual, tendo ônus e faculdades processuais e direitos públicos subjetivos de disposição do conteúdo formal do processo (arrolar ou não provas, desistir ou não de testemunhas, recorrer ou não da sentença, etc).

Não há dúvida de que o interesse que o ministério público defende é diferente do da parte privada, por corresponder ao interesse público primário, que é o bem geral. Dessa verdade, porém, não se podem extrair conclusões equivocadas.

Não é incomum promotores de justiça valerem-se de um argumento de autoridade, ou seja, de que o ministério público está com a razão, pois, ao contrário da parte privada, ele não está vinculado a um interesse e poderia pedir o que melhor atendesse ao interesse público. Assim, se está pedindo algo, é porque esse algo é o correto.

Esse argumento, muito utilizado nos julgamentos do júri, é simplista e falacioso, pois ignora o fato de que o promotor de justiça é um indivíduo, que interpreta os fatos e a lei sob uma ótica, que, evidentemente, pode estar equivocada.

O promotor de justiça, quando desenvolve o seu trabalho, age de boa-fé – é o que presumimos e no que acreditamos –, procurando realizar o interesse público primário. É esse o seu papel. Sempre que ele age, está fazendo opções que, segundo a sua concepção, satisfazem o bem comum, o que não significa que a razão esteja sempre com ele.

O promotor de justiça oferece a denúncia quando está convencido de que há indícios do crime e da autoria. Muito provavelmente, ele acredita na tese que veicula. Mas, durante o processo, diante das provas produzidas, pode mudar o seu convencimento ou simplesmente reconhecer que não se produziu prova suficiente para a condenação. Ao assim agir, ele cumpre a sua função.

A finalidade do processo penal é exatamente essa: verificar, mediante o devido processo legal, se a acusação deve ou não ser julgada procedente.

Haverá quem argumente que também o juiz, como indivíduo, está sujeito a erros e

¹⁷⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.354.

interpretações equivocadas. Porém, o juiz ao julgar um pedido, optando por uma tese em detrimento de outra, está desempenhando seu papel. A ele incumbe, e não ao ministério público, dizer de quem é a razão. Não porque seja mais preparado, mas porque essa função é sua. E, por várias razões, das quais destacamos duas, tem muito mais condições de acertar: o juiz, ao contrário das partes, faz um exercício diário para apreender os fatos sob uma perspectiva muito mais ampla; e ele decide após ouvir as partes e seus argumentos, numa operação dialética fundamental para a realização da justiça. O promotor de justiça, mesmo possuindo independência funcional, tende a refletir um pensamento da instituição da qual faz parte – o que, acreditamos, é algo positivo.

Naturalmente, para o juiz bem exercer o seu ofício, deve abstrair eventuais ideologias de que seja partidário.

Acreditamos, por tudo isso, que o promotor é parte e só pode ser considerado imparcial no sentido apontado por Hugo Nigro Mazzilli.

6.8 A paridade de armas

No processo penal, é possível distinguir basicamente quatro funções: a de investigar, acusar, defender e julgar.

Dentre as funções indicadas, duas devem ser simétricas: a de acusar e a de defender. São funções distintas e cada qual tem suas peculiaridades. Mas, na medida do possível, respeitadas as peculiaridades de cada função, devem ser assegurados aos órgãos que as exercem paridade de armas. Do contrário, o princípio da igualdade estará sendo violado.

Não obstante, o cenário atual é de um tratamento desigual dispensado ao ministério público e à defesa, privilegiando-se o primeiro em detrimento da segunda.

6.9 Considerações finais

No âmbito da persecução penal, atribuir a cada órgão – polícia, ministério público, defesa e poder judiciário – uma função determinada, é fundamental para o equilíbrio das relações que na investigação e no processo se desenvolvem.

O modelo de investigação policial é o mais adequado porque pressupõe uma divisão clara de funções, em que a polícia investiga, o ministério público promove ou fiscaliza a ação penal, o advogado ou defensor público defende e o judiciário decide.

Não só por isso. Tradicionalmente, a função de investigar é função policial, o que também faz da polícia a instituição mais adequada para desempenhar essa função.

Os problemas do modelo atual, relacionados à estrutura deficiente da polícia, à má-formação de seus integrantes e ao mau uso que alguns fazem do poder, não justificam a alteração do modelo, ainda que se reconheça que a polícia necessita de reformulações.

Os argumentos que defendem os modelos de investigação judicial ou do promotor investigador são, em regra, fundados na crença de que os profissionais que integram essas carreiras são, de alguma forma, mais preparados e menos vulneráveis. São argumentos irracionais e preconceituosos.

Não há nenhuma lógica em considerar que as decisões serão melhores se tomadas pelo ministério público ou pelo judiciário. Nas três carreiras, será um indivíduo ocupando um cargo que é preenchido por concurso público.

O modelo de investigação judicial é um tanto quanto artificial. A precípua função do juiz é julgar, e não investigar. Os únicos atos tipicamente jurisdicionais que os juízes de instrução praticam são aqueles que se destinam à análise dos atos que implicam restrição a direitos fundamentais. Os atos de investigação são tipicamente policiais e não faz sentido atribuir a um juiz função que não lhe é própria.

O modelo de investigação pelo ministério público é tanto pior. A concentração das funções de investigar e acusar nas mãos do promotor de justiça é incompatível com o modelo acusatório. Ao contrário do que se tem sustentado, não há linearidade entre essas funções, em que pese relacionadas. São funções essencialmente distintas e, num sistema de partes, em que se busca assegurar a paridade de armas entre acusação e defesa, não há como admitir essa promiscuidade.

Atribuir à polícia a função de investigar, possibilita que o ministério público tenha condições de refletir sobre um trabalho que ele não realizou e possa melhor decidir se há, ou não, elementos para a propositura da ação penal. Não se pode esperar que um órgão analise de forma isenta o próprio trabalho. A isenção pressupõe certo distanciamento e a dialética é fundamental para que a persecução penal se desenvolva de forma justa e eficiente.

A adoção por alguns países, como Portugal e Itália, do modelo de investigação pelo ministério público é, para alguns autores, um exemplo a ser seguido. Para nós, no entanto, esse modelo representa um retrocesso, além de inócuo como fator de eficiência da investigação.

Mas essa discussão, entre nós, tem interesse meramente acadêmico, já que

indiscutivelmente a Constituição brasileira adotou o modelo de investigação policial.

José Afonso da Silva, a propósito do tema, observa:

Enfim, seja como for, o certo é que eventual mau funcionamento do sistema de investigação policial pela Polícia Judiciária, como qualquer outro defeito ou deficiência que se possa verificar, não tem a força de transferir para outra instituição sua competência constitucionalmente estabelecida, nem autoriza que outra instituição a assuma, mesmo subsidiariamente.¹⁷¹

Quanto à possibilidade de o ministério público presidir procedimentos de investigação, a doutrina se divide. Ambas as correntes de entendimento contam com ilustres defensores.

Embora a questão não seja pacífica, dois eventos – a rejeição da PEC n. 37/2011 e a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, no Recurso Extraordinário n. 593.727/MG, a que se reconheceu a repercussão geral – contribuíram para arrefecer a discussão, e conduzir ao entendimento de que o ministério público pode, sob condições, investigar.

Aderimos à corrente que entende que o ministério público não dispõe de poderes para promover a investigação criminal diretamente, instaurando procedimentos com essa finalidade, em substituição à atividade da polícia judiciária.

A Constituição Federal é absolutamente clara ao delimitar as funções da polícia judiciária e do ministério público, atribuindo a investigação criminal à primeira e a promoção da ação penal pública ao segundo.

É bem verdade que a Constituição atribui a outros órgãos, em hipóteses excepcionais, o poder de investigar. O exemplo mais significativo, sempre citado, é o das comissões parlamentares de inquérito. Mas o faz expressamente.

No caso do ministério público, a Constituição não o previu, nem se pode concluir que essa função – ou poder – foi outorgada implicitamente.

A propósito da teoria dos poderes implícitos, reportamo-nos aos argumentos de José Afonso da Silva:

Essa concepção da doutrina dos poderes implícitos, com a devida vênia, não é correta. Primeiro é preciso indagar se entre a investigação penal e a ação penal ocorre uma relação entre meio e fim. O meio para o exercício

¹⁷¹ SILVA, José Afonso da. Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal diretamente? Parecer apresentado em 27.08.2004, em consulta formulada pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n.49, v.12, 2004, p.368-388.

da ação penal consiste no aparato institucional com a habilitação, competência adequada e condições materiais para fazê-lo. O fim (finalidade, objetivo) da investigação penal não é a ação penal, mas a apuração da autoria do delito, das suas causas, de suas circunstâncias. O resultado dessa apuração constituirá a instrução documental – o inquérito – (daí, tecnicamente, instrução penal preliminar) para fundamentar a ação penal e servir de base para a instrução penal definitiva. Segundo, poderes implícitos só existem no silêncio da Constituição, quando ela não tenha conferido os meios expressamente em favor de outra autoridade, órgão ou instituição. Se ela outorgou expressamente a quem quer que seja o que se tem como meio para atingir o fim previsto, não há falar em poderes implícitos. Como falar em poder implícito onde ele foi explicitado, expressamente estabelecido, ainda que em favor de outra instituição? [...] Nesse texto temos duas lições importantes para a conclusão desse assunto. Primeiro, o poder implícito só ocorre quando a Constituição não se ocupa da matéria; segundo, não cabe a determinado órgão a competência que está prevista para outro. No caso sob nossas vistas, a Constituição se ocupou do tema, conferindo a investigação na esfera penal à Polícia Judiciária; logo, ela não cabe a nenhum outro órgão ou instituição, nem, portanto, ao Ministério Público.¹⁷²

O ministério público tem outras atribuições e, ainda que algumas delas estejam relacionadas à investigação, com ela não se confundem. No âmbito criminal, previu o inciso VIII precisamente a possibilidade de “requisitar diligências investigatórias e a instauração do inquérito policial”, funções que, de modo algum, confundem-se com a de presidir, autonomamente, procedimento de investigação criminal. Pelo contrário, essas atribuições deixam claro que a direção da investigação criminal não é do ministério público.

Com relação ao controle externo da polícia judiciária, pensamos que se trata de função de fiscalização tendente a verificar a regularidade formal do trabalho, em síntese, verificar a regularidade da instauração e da respectiva tramitação dos inquéritos.

A possibilidade de o ministério público “expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva”, prevista no inciso VI, posicionado antes dos incisos que versam sobre as funções do Ministério Público no âmbito criminal, apenas reforça a nossa convicção, pois é expressamente autolimitativa, adstrita aos procedimentos administrativos de sua competência. E, está claro, a investigação criminal não é da competência do ministério público.

¹⁷² SILVA, José Afonso da. Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal diretamente? Parecer apresentado em 27.08.2004, em consulta formulada pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n.49, v.12, 2004, p.376-377.

Somente uma interpretação distorcida dos dispositivos constitucionais leva à interpretação diversa, dada, no mais das vezes, por quem pretende fortalecer – ainda mais – o ministério público, como se este já não dispusesse de tantas e tão importantes funções e como se outras instituições não fossem capazes de exercer adequadamente a função de investigar.

A expressão “com exclusividade” utilizada no inciso IV (artigo 144, parágrafo 1º da Constituição Federal) apenas significa que os casos de competência da polícia federal só por ela podem ser investigados, com exclusão da polícia civil.

A respeito dos argumentos de autoridade, no sentido de que o ministério público é mais capacitado e tem melhores condições que a polícia de investigar com eficiência, mal escondem uma crença na superioridade da instituição.¹⁷³

Jacinto Néelson de Miranda Coutinho, adotando uma postura crítica à pretensão do ministério público, reflete:

[...] quem arriscaria dizer que o Ministério Público, deixando de lado, por vários de seus órgãos, as relevantes funções que lhe foram atribuídas pela Constituição Federal, deverá perquirir melhor que as autoridade policiais? Ora, tal pensamento chega a ser até ingênuo. Para tanto, basta ver que a hipótese (por óbvio, dentro da estrutura atual do nosso processo penal), que conduz (ou conduziria) a um juizado de instrução, de todo indesejável por isso [...] e [...] Por outro lado, é preciso também questionar até que ponto o próprio Ministério Público tem cumprido a contento com as funções que o legislador constituinte lhe acometeu, v.g., indagando quantos foram os órgãos que deduziram ações em defesa de interesses difusos ou coletivos; e a resposta não pode ser outra que não aquela que se refere a uma tímida atuação. Se é assim, embora pareça singelo, faz-se mister indagar se não é o caso do Ministério Público tratar de cumprir com total eficácia as suas atribuições, pelo menos antes de se

¹⁷³ Precisamos superar essa cultura de superioridade do judiciário e do ministério público em relação à polícia. Cada instituição deve ser soberana no exercício das funções que lhe são próprias, embora sejam admissíveis e convenientes os mecanismos de pesos e contrapesos. O excesso de controle e de desconfiança em relação à polícia não soluciona os problemas a ela relacionados, pelo contrário, afeta de forma negativa a eficiência da investigação criminal. Esse discurso de que a polícia em geral, mas especialmente a polícia civil, é incompetente, corrupta e avessa ao respeito dos direitos fundamentais, não contribui para o seu aperfeiçoamento, pelo contrário, pode reforçar os seus estigmas. Psicologicamente, a polícia tende a refletir a imagem que se têm dela, ainda que seja uma imagem negativa. A crítica generalizada em nada contribui. É inegável que a polícia mudou e está ainda em processo de mudança. A polícia não é mais hoje o que foi no passado. As torturas não são mais tão comuns e a corrupção existe enquanto houver corruptores. Temos hoje mais mecanismos de controle e devemos exercê-los. O povo, em geral, está mais consciente de seus direitos, ainda que em grau insuficiente. Os advogados – e a maior participação que a eles têm se assegurado nesta fase – é uma arma potente contra o arbítrio. O ministério público tem o controle externo – a nosso ver, insuficientemente exercido. Temos ainda ouvidorias e corregedorias, além do judiciário, guardião último dos direitos. Há que se aperfeiçoar e melhor exercitar todos esses mecanismos de controle da ação da polícia e, em contrapartida, dar-lhe um crédito de confiança, até para que os seus integrantes possam desempenhar as suas funções com melhor autoestima e mais dignamente.

arvorar a querer ocupar espaços legalmente atribuídos a outras investigações [...]¹⁷⁴

De fato, os argumentos de que o ministério público tem condições de investigar com mais eficiência não nos convencem.

Em primeiro lugar, a polícia tem muito mais experiência em investigar, pois essa é fundamentalmente a sua função. Em segundo lugar, é a polícia que está aparelhada para realizar essa atividade e o ministério público, em eventual investigação, deverá se valer, ao menos em parte, de aparato que não é seu. Em terceiro lugar, o ministério público é parte.

São comuns as lembranças de investigações célebres, conduzidas pelo ministério público, que permitiram apurar crimes altamente reprováveis. De fato, há trabalhos merecedores de elogios. Mas isso não significa que a polícia não teria – e não tem – condições de fazer, nesses mesmos casos, um trabalho de excelência. A enorme quantidade de investigações em andamento nas delegacias de polícia dificulta a realização de um trabalho primoroso em todos os casos, problema bem conhecido dos serviços públicos, cabendo aqui o velho ditado: “o bom é inimigo do ótimo”. Porém, nada impede que a polícia, em casos específicos, se empenhe de forma diferenciada, empregando maior tempo e energia para a solução de um caso. Essa seletividade é possível – e até mesmo recomendável – com base em critérios de maior ou menor lesividade e nas perspectivas de esclarecimento. E, certamente, se o fizer, terá condições de obter resultados muito satisfatórios.

Entre aqueles que entendem que o ministério público tem o poder de investigar, é comum o uso do seguinte argumento: se ele é o titular da ação penal pública e se o resultado da investigação a ele se destina, é natural que ele possa determinar ou ao menos influenciar a linha de investigação adotada.

Esse raciocínio parte de uma premissa, senão equivocada, inexata, que limita indevidamente a finalidade da investigação criminal, questão de que já tratamos anteriormente.

De fato, a finalidade da investigação criminal não é municiar o titular da ação dos elementos para a formação da *opinio delicti*. A investigação criminal tem por finalidade apurar o crime e a autoria. O conteúdo da investigação possibilita ao titular da ação formar

¹⁷⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. A inconstitucionalidade de lei que atribua funções administrativas do inquérito policial ao Ministério Público. **Revista de Direito Administrativo Aplicado**. Curitiba, n.2, 1994.

o seu convencimento, mas ele não é o único destinatário desse conteúdo.

O crime é um fato singular. A investigação busca sua reconstrução. A linha de investigação pode ser mais ou menos eficiente, mas é incapaz de alterar o fato passado. Daí que a investigação, qualquer que seja a linha de investigação, essa, sim, discricionária, deve ser objetiva.

Não havendo espaço para subjetividade, é muito melhor que a investigação seja conduzida por um órgão diverso daquele com atribuição para formar a *opinio delicti*, evitando-se o risco do direcionamento da investigação – que não é intencional – para a construção do caso. É muito melhor que o ministério público forme a *opinio delicti* com base no resultado obtido mediante o trabalho de órgão diverso.

De todo modo, o promotor sempre poderá requerer diligências tendentes a esclarecer o que, sob o seu ponto de vista, ainda não foi esclarecido.

Apesar de entendermos que o ministério público não tem poderes para presidir a investigação criminal, estamos convencidos de que às potenciais partes da ação penal deve ser assegurado o direito de investigar, na forma que dispuser a lei, sem prejuízo da investigação oficial e sem suplantá-la.

Se o ministério público e o investigado pudessem, em igualdade de condições, investigar e contribuir para o trabalho da polícia judiciária, a quem cabe a *direção* da investigação, a eficiência do inquérito policial seria otimizada. Esse é um assunto no qual precisamos evoluir e do qual trataremos no próximo capítulo.

7 O DIREITO À INVESTIGAÇÃO

7.1 O direito à prova

7.1.1 Considerações iniciais

O direito à investigação está intimamente ligado ao direito à prova, conceituado como o direito das partes de participar de todas as fases do procedimento probatório e de que o material produzido por cada uma delas seja introduzido no processo, com a finalidade de influenciar o convencimento judicial.¹⁷⁵

Levou-se algum tempo para se reconhecer o direito à prova nos ordenamentos continentais. Como observa Antonio Magalhães Gomes Filho:

Várias razões podem ser apontadas para essa reserva, todas elas ressaltando o peso da tradição inquisitória: a proeminência da figura do juiz e a subalternidade das partes na tarefa de obtenção do material probatório, o dogma da verdade real, a preocupação com a economia processual e, sobretudo, uma concepção peculiar do livre convencimento, visto geralmente como liberdade absoluta na própria condução do procedimento probatório, e não na sua real e histórica dimensão de valoração desvinculada de regras legais, mas incidente sobre um material constituído por provas admissíveis e regularmente incorporadas no processo.¹⁷⁶

O reconhecimento do direito à prova evoluiu após a segunda guerra mundial, com a constitucionalização de garantias processuais e a incorporação dessas garantias em documentos internacionais sobre direitos humanos.

Esse processo evolutivo, segundo Antonio Magalhães, foi marcado pela dificuldade em se reconhecer que a atividade defensiva não se esgota na oposição às pretensões acusatórias, mas deve ser assegurada amplamente, como faculdade de agir concretamente para a obtenção de um pronunciamento jurisdicional favorável à inocência. E, dentre os poderes que devem ser conferidos ao acusado, inclui-se o de introduzir as provas necessárias à demonstração das teses defensivas.¹⁷⁷

Atualmente, os mais diversos textos internacionais sobre direitos humanos asseguram o direito à prova. São exemplos a Declaração Universal dos Direitos do Homem

¹⁷⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997, p.84-85.

¹⁷⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997, p.63.

¹⁷⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997, p.67.

(1948),¹⁷⁸ a Convenção Europeia de Direitos Humanos (1950),¹⁷⁹ o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (1966) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969).

Interessa-nos especialmente o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos – dos quais falaremos adiante –, porque incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro.

7.1.2 O direito à prova no direito brasileiro

A partir da República, todas as Constituições brasileiras prestigiaram o direito de defesa, “cuja leitura não pode excluir o direito à prova”.¹⁸⁰

No entanto, o reconhecimento expresso do direito à prova ocorreu com a incorporação ao ordenamento brasileiro do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, de 1966, e da Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969.¹⁸¹

O primeiro tratado assegura aos acusados o direito de “interrogar ou fazer interrogar as testemunhas da acusação e de obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõe as de acusação” (artigo 14.3.e) e o segundo assegura aos acusados o direito de “inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos” (artigo 8.2.f).¹⁸²

¹⁷⁸ Artigo 11, 1: toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se prove sua culpabilidade, conforme a lei e em juízo público no qual sejam asseguradas todas as suas garantias necessárias à defesa.

¹⁷⁹ Artigo 6º, 3, letra d: Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação.

¹⁸⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997, p.80.

¹⁸¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997, p.82.

¹⁸² Antonio Magalhães Gomes Filho lembra que a redação adotada por esses textos internacionais recebeu forte influência do direito anglo-americano, “cujo sistema privilegia a via testemunhal para a introdução de dados probatórios no processo, assim, a referência a testemunha, como objeto do contraditório, não pode ser entendida em sentido limitativo, mas deve englobar também a prova pericial (*expert witness*), assim como outros meios de aquisição de prova”. O autor também afirma que “Em seu conjunto, essas disposições evidenciam que o direito à prova constitui um dos componentes essenciais e constantes do “modelo internacional de processo justo” a que se refere Comoglio, e garantem ao acusado não só o direito de obter o comparecimento de testemunhas de defesa (*right of attendance*), mas também o de participar, em contraditório, da inquirição das testemunhas de acusação (*right of confrontation*)”. (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997, p.146; 74). Digo Malan afirma que os tratados internacionais referidos não asseguram o direito à prova, mas sim o direito ao confronto, abrangente dos direitos à produção de prova testemunhal em audiência pública, à presença na produção da prova testemunhal à produção de tal prova na presença do juiz da causa, à imposição às testemunhas do compromisso de dizer a verdade, ao conhecimento da identidade das fontes da prova testemunhal e à comunicação reservada com o defensor técnico, durante o depoimento das testemunhas. (MALAN, Diogo. **Processo penal de partes**: “right of confrontation” na produção da prova oral. Tese de

A atual Constituição, como as demais, não assegura expressamente o direito à prova, porém, entende-se que esse direito decorre de outros expressamente previstos no artigo 5º, como o direito ao devido processo legal (LIV), ao contraditório e à ampla defesa (LV) e à presunção de inocência (LVII), dos quais se extrai “o direito de defender-se provando, que não somente é pressuposto de um processo justo e equitativo, mas também condição indispensável para que se possa obter, validamente, a prova da culpabilidade”.¹⁸³

De um modo geral, esse é o entendimento da doutrina nacional.

Na legislação infraconstitucional, o Código de Processo Penal contempla o direito à prova no Título VII do Livro I.

7.1.3 Conceito de prova e suas acepções

7.1.3.1 Acepção ampla

Prova pode ser conceituada como o meio pelo qual o juiz chega à verdade, convencendo-se da ocorrência ou não ocorrência de fatos juridicamente relevantes para o julgamento do processo.¹⁸⁴

7.1.3.2 Acepções específicas

A doutrina, embora sem uniformidade, costuma apontar acepções específicas de prova: fontes de prova, meio de prova, meio de investigação de prova, elemento de prova e resultado probatório.

Fontes de prova são as pessoas ou coisas por meio das quais se pode obter a prova, distinguindo-se as fontes pessoais (testemunhas, peritos, acusado e vítima) das fontes reais (documentos em sentido amplo).

Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2008, p.100).

¹⁸³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997, p.80.

¹⁸⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p.381. André Nicolitt, de modo semelhante, afirma que prova “é o instrumento ou meio através do qual as partes pretendem formar a convicção do julgador em determinado processo”. (NICOLITT, André. **Manual de processo penal**. 6.ed. São Paulo: RT, 2016). Gustavo Badaró lembra: “Atualmente, tem-se consciência de que a verdade absoluta ou ontológica é algo inatingível. Verdade e certeza são conceitos relativos. A ‘verdade’ atingida no processo – e também fora dele – nada mais é do que um elevado ou elevadíssimo grau de probabilidade de que o fato tenha ocorrido como as provas demonstram. Por outro lado, a certeza, enquanto aspecto subjetivo da verdade, também é relativa. O juiz tem certeza de um fato quando, de acordo com as provas produzidas, pode racionalmente considerar que uma hipótese fática é a preferível entre as possíveis. Ou seja, em linguagem mais simples, o juiz tem certeza quando as provas o fazem acreditar que o seu conhecimento é verdadeiro”. (p.381).

Meios de prova são instrumentos por meio dos quais os elementos de prova são introduzidos e fixados no processo. São exemplos a prova testemunhal e a prova pericial.¹⁸⁵

Elementos de prova são os dados brutos extraídos da fonte de prova, ainda não valorados pelo juiz.¹⁸⁶

Resultado probatório é a conclusão do juiz sobre a credibilidade da fonte e sobre a prestabilidade do elemento obtido.

É possível ainda distinguir os meios de prova dos meios de investigação, também denominados meios de obtenção da prova ou meios de pesquisa de provas.

Meios de investigação da prova são instrumentos, em regra, extraprocessuais, destinados a obter as fontes de prova. São exemplos, a busca e apreensão e a interceptação telefônica.¹⁸⁷

7.1.4 Momentos probatórios

A doutrina, em geral, entende que o direito à prova envolve quatro momentos: a propositura, a admissão, a produção e a valoração.

Mas há quem entenda que há um quinto momento,¹⁸⁸ que, *em regra*, antecede os

¹⁸⁵ Gustavo Badaró, a respeito da importância da distinção entre fontes de prova e meios de prova, afirma: “A distinção entre fonte de prova e meio de prova é relevante, na medida em que possibilita compatibilizar o processo penal acusatório com os poderes instrutórios do juiz. O juiz não pode ser um investigador de fontes de provas. Como já visto, a atividade de investigação pressupõe a eleição mental, ainda que provisória, de uma hipótese preferível a ser investigada. E nessa escolha há um comprometimento psicológico com a hipótese eleita, que coloca em risco a imparcialidade do investigador. Portanto, quem investiga não pode julgar. Coisa diversa, porém, é admitir que, uma vez existindo nos autos do processo a notícia de uma fonte de prova – que não foi investigada pelo julgador, mas que se teve conhecimento por atividade das partes – o juiz possa determinar a sua introdução no processo, mediante a produção do meio de prova correspondente. Por exemplo, havendo dúvida sobre um fato relevante, e existindo no boletim de ocorrência o nome de uma testemunha presencial, o juiz, tendo tomado conhecimento da existência de tal fonte de prova (a testemunha), poderá determinar a produção do meio de prova correspondente (o depoimento da testemunha em juízo). Além disso, ao determinar a produção do meio de prova, o juiz não sabe, de antemão, qual o resultado probatório que poderá advir da produção de tal meio de prova: positivo, negativo ou inconclusivo. Por exemplo, poderá comprovar ter sido o acusado o autor do crime, poderá comprovar que não foi o acusado o autor do crime, ou poderá não fornecer elementos de prova seguros sobre a autoria delitiva”. (BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p.386-387).

¹⁸⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p.386.

¹⁸⁷ A doutrina, em geral, lembra que os meios de investigação de prova, em regra, implicam restrição a direitos fundamentais, relacionados à intimidade, à vida privada ou à liberdade de manifestação do pensamento. Lembra também que a eficácia de alguns meios de investigação de prova depende do fator surpresa, como nos casos de busca e apreensão e interceptação telefônica. A de outros não, como a quebra do sigilo bancário ou fiscal. (FRAÇÃO, Amanda Palmieri. **Direito à investigação**: aspectos teóricos e consequências práticas de seu reconhecimento no processo penal brasileiro. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2012, p.13).

¹⁸⁸ Amanda Palmieri Fração observa: “[...] o entendimento acima esposado não é pacífico na doutrina

demais:¹⁸⁹ o momento da investigação, sobre o qual trataremos oportunamente.

O direito à propositura da prova expressa a possibilidade de as partes requererem ao juiz a produção das provas pertinentes e relevantes. Normalmente, esse momento é exercido quando do oferecimento da denúncia ou queixa e quando da resposta à acusação.

O direito à admissão expressa o direito de que as provas propostas sejam admitidas, desde que lícitas, pertinentes e relevantes. A admissão se dá por meio de decisão judicial, que deve ser motivada, especialmente se a decisão for de indeferimento.

O direito à produção da prova – em contraditório – surge após a propositura e a admissão.

Por fim, a valoração da prova expressa o direito das partes de que toda prova seja valorada pelo juiz por meio de decisão motivada, ressalvado que “O juiz pode examinar e valorar a prova, mas considerá-la insuficiente para convencê-lo da ocorrência de um determinado fato”.¹⁹⁰

7.2 O direito à investigação

Do direito à prova, decorre o direito à investigação.¹⁹¹

nacional ou estrangeira. Inexiste consenso sobre quais seriam as fases do procedimento probatório, havendo autores que apontam apenas duas, três, ou então quatro etapas da atividade probatória, sem sequer mencionar o momento de pesquisa do material de prova, vez que anterior ao processo”. (FRAÇÃO, Amanda Palmieri. **Direito à investigação**: aspectos teóricos e consequências práticas de seu reconhecimento no processo penal brasileiro. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2012, p.37).

¹⁸⁹ Amanda Palmieri Fração afirma que o direito à investigação pode ser exercido antes do processo ou durante ele: “Imprescindível esclarecer desde já que o direito à investigação pode ser exercido desde a fase anterior ao processo ou mesmo no curso deste. É claro que a própria ideia de investigação remete à etapa prévia ao processo penal propriamente dito, em que se realizam atos tendentes a verificar as circunstâncias em que ocorreu o delito. Todavia, é possível falar-se no direito à investigação também depois de já instaurado o processo, pois a qualquer momento pode surgir a necessidade de esclarecer determinados fatos”. (FRAÇÃO, Amanda Palmieri. **Direito à investigação**: aspectos teóricos e consequências práticas de seu reconhecimento no processo penal brasileiro. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2012, p.50).

¹⁹⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p.401.

¹⁹¹ Segundo Luiz Rascovski, “Do princípio da ampla defesa deriva o direito à prova, que pode ser entendido como a possibilidade de as partes demonstrarem a veracidade de suas alegações, por meio da arrecadação dos dados que são pertinentes e relevantes. E, por conseguinte, por esse direito à prova, infere-se o direito das partes à investigação, pois esta culminará naquela”. (RASCOVSKI, Luiz. A investigação criminal defensiva e o papel da defensoria pública na ampla defesa da investigação. In: (Coord.) RASCOVSKI, Luiz. **Temas relevantes de direito penal e processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2012, p.126). No mesmo sentido, Antonio Magalhães Gomes Filho: “Partindo dessa constatação, parece possível identificar, num primeiro momento, um direito à investigação, pois a faculdade de procurar e descobrir provas é condição indispensável para que se possa exercer o direito à prova; na tradição inquisitória, as atividades de pesquisa probatória prévia constituem tarefa confiada exclusivamente aos órgãos oficiais de investigação penal (Polícia Judiciária e Ministério Público), mas, no modelo acusatório, com a consagração do direito à prova, não ocorre ser possível negá-las ao acusado e ao defensor, com vistas à obtenção do material destinado à

As partes do processo, titulares do direito à prova, devem ter condições de influir ativamente em todas as operações desenvolvidas para a constituição da prova que irá servir de base à decisão: “[...] nessa visão, a prova, antes de tudo, deve ser atividade aberta à iniciativa, participação e controle dos interessados no provimento jurisdicional”.¹⁹²

O direito à investigação pode ser conceituado como o direito de as possíveis partes de um processo penal buscarem fontes de provas, que se possam converter, num primeiro momento, em elementos de informação e, num segundo e eventual momento, em provas, capazes de amparar as teses sustentadas por cada uma delas.

Os elementos de informação, resultantes de fontes de provas identificadas durante a investigação, viabilizam a reconstrução do fato supostamente delituoso.

São utilizados para a construção de narrativas pela acusação e pela defesa – bem como para a definição de estratégias –, para a análise do cabimento da decretação de medidas cautelares e da viabilidade da ação penal e, se instaurado o processo penal, de forma subsidiária, como fundamento da sentença, nos termos do artigo 155 do Código Penal.

Além disso, as fontes de prova, do qual derivam os elementos de informação, podem, a requerimento das partes, ser convertidas em meios de prova e, de tal modo, resultarem em provas das teses da acusação e da defesa.

O direito à investigação representa, assim, um valioso instrumento para as possíveis partes da ação penal exercerem os seus direitos de ação e de defesa.¹⁹³

demonstração das teses defensivas”. (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997, p.87).

¹⁹² GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997, p.85.

¹⁹³ Amanda Palmieri Fração observa: “Usualmente, o direito à investigação e o direito à prova em geral, é relacionado à ideia de julgamento, de formação do convencimento judicial. Ao longo deste trabalho mesmo, em diversas oportunidades foram colacionadas definições e tecidas diversas considerações ligando os direitos à prova e à investigação no processo e às decisões judiciais. No entanto, é exatamente tal vinculação necessária que se quer tentar combater: o exercício do direito à investigação, como desdobramento do direito à prova, pode gerar efeitos para o processo e para o convencimento judicial, mas não necessariamente, porque, antes de tudo, tal direito destina-se às partes, à acusação, à defesa e à vítima. Antes de iniciado o processo, ao titular da ação penal, seja ela pública ou privada, incumbe pesquisar fontes de prova para formar sua opinião acerca do cabimento ou não da propositura da ação penal, e ao imputado interessa colher material probatório no intuito de demonstrar a inviabilidade da instauração do processo penal. Ou seja, ainda que dos direitos de ação e de defesa é que se origine o direito à prova, e que do último decorra o direito à investigação, não necessariamente este deverá ser exercido com escopo processual. Ao exercício do direito de investigação pode ou não se seguir um processo, já que uma das finalidades desse exercício em fase anterior ao processo penal é justamente impedir a formulação de acusações equivocadas e processos penais sem fundamento. Logo, também é possível afirmar que o direito à investigação visa, num primeiro momento, à formação do convencimento das partes, dos interessados na demanda que eventualmente será proposta. O órgão da acusação deve ser persuadido da necessidade e viabilidade de ajuizar uma ação penal contra o imputado, e este, na qualidade de possível réu em futura demanda, tem interesse em buscar fontes, pessoas ou coisas capazes de demonstrar o equívoco de eventual instauração de um processo. Apenas se ajuizada a ação

No caso da vítima, nada impede que, ao tomar conhecimento de fontes de prova, informe sua descoberta à autoridade policial, para que se adotem providências para a obtenção dos elementos de informação.

O juiz, por outro lado, não pode investigar. No entanto, se, durante o processo, chegar ao seu conhecimento informações sobre fontes de prova, ele pode, no exercício dos seus poderes instrutórios, determinar a realização do meio de prova respectivo.

7.3 O direito à investigação na legislação brasileira

Embora a doutrina mais moderna considere que o direito à investigação deve ser reconhecido como decorrência do direito à prova, o exercício desse direito no Brasil é de discutível viabilidade.

A investigação é atribuição da polícia judiciária e o atual Código de Processo Penal não prevê a investigação pelo ministério público ou pela defesa. Prevê apenas, no artigo 13:

Incumbirá ainda à autoridade policial: I – fornecer às autoridades judiciárias as informações necessárias à instrução e julgamento dos processos; II – realizar as diligências requisitadas pelo juiz ou pelo Ministério Público; III – cumprir os mandados de prisão expedidos pelas autoridades judiciárias; IV – representar acerca da prisão preventiva.

E, no artigo 14: “O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade”.

Esses dispositivos – artigo 13, II, e artigo 14 do Código de Processo Penal – não contemplam o direito à investigação, que é algo muito mais amplo que a mera possibilidade de requerer ou mesmo de requisitar diligências.¹⁹⁴

penal é que o direito à investigação repercutirá também na formação do convencimento judicial, pois das fontes de prova colhidas é que serão produzidos os meios de prova, cujos elementos servirão à formação da convicção do juiz. Ou seja, embora a noção de direito à prova, em especial de direito à investigação, esteja fortemente atrelada à ideia de processo, de julgamento, de formação do convencimento judicial, mostra-se fundamental desfazer este mito de vinculação necessária entre direito à investigação e ação penal. O direito à investigação pode sim ser exercido independentemente da existência de processo, dada sua autonomia”. (FRAÇÃO, Amanda Palmieri. **Direito à investigação**: aspectos teóricos e consequências práticas de seu reconhecimento no processo penal brasileiro. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2012, p.54-55).

¹⁹⁴ Nesse sentido, afirma Luiz Rascoviski: “Não se deve confundir a investigação criminal defensiva, prevista – ainda que timidamente – no novo Código de Processo Penal em tramitação na Câmara dos Deputados, como o já existente pedido de diligências disposto no artigo 14 do atual Código de Processo Penal. Este último revela-se muito mais tímido e ineficaz, na medida em que a Autoridade Policial poderá ou não acolher o pedido segundo seu juízo discricionário”. (RASCOVSKI, Luiz. A investigação criminal defensiva e o papel da defensoria pública na ampla defesa da investigação. In: (Coord.) RASCOVSKI, Luiz. **Temas relevantes**

A propósito, o tratamento dispensado às partes é diferenciado: o ministério público requisita e a defesa requer¹⁹⁵ – isso sem falarmos na controvertida possibilidade de o ministério público investigar, questão que abordamos no capítulo anterior.¹⁹⁶

Essa diferença de tratamento é injustificável e inconstitucional, por violação ao princípio da igualdade. O dispositivo deve, em consequência, ser interpretado à luz da Constituição Federal, de forma a que se garanta igual tratamento ao ministério público e ao investigado.

A autoridade policial é quem dirige a investigação. Assim, não cabe ao ministério público requisitar a diligência,¹⁹⁷ mas, assim como a defesa, requerer. Evidentemente, em qualquer caso, a autoridade policial somente poderá indeferir o pedido, de forma fundamentada, se for impertinente, irrelevante ou protelatório.

Esse não é o quadro ideal, mas é o possível em face da legislação vigente.

De qualquer modo, a possibilidade de as possíveis partes da ação penal participarem da investigação presidida pela autoridade policial com fundamento no artigo 14 do Código de Processo Penal é, mesmo no caso do ministério público, bastante restrita.

Ainda que se reconheça a existência do direito de investigação, inegavelmente,

de direito penal e processual penal. São Paulo: Saraiva, 2012, p.113).

¹⁹⁵ Luiz Rascovski procura demonstrar a fragilidade da posição de defesa e afirma que o direito de a defesa requerer diligências não tem qualquer eficácia: “[...] A margem de discricionariedade inserida na norma, que retira qualquer caráter de obrigatoriedade no atendimento do pedido, faz com que a defesa, na maioria das vezes, seja prejudicada. Sem dizer que a falta de controle na atuação do Delegado abre azo para o abuso de autoridade”. Ainda o autor: “Outra razão (da ineficácia do pedido de diligência) está no fato de o inquérito policial estar culturalmente atrelado às raízes que remontam à época imperial, bem como na ideia de que a investigação bem-sucedida deve estar obrigatoriamente ligada à condenação de quem está sendo investigado. Por isso, quando o pedido de diligência é feito pelo ofendido, utilizando-se da mesma regra do artigo 14 do CPP, a autoridade costuma atender. Representa, em sentido amplo, uma forma de desrespeito à presunção de inocência, uma vez que o pedido da defesa é tido como protelatório, inútil ou, no mínimo, recebido com desconfiança, enquanto o pedido do ofendido acaba ganhando contorno mais legítimo porque supostamente mais verdadeiro”. (RASCOVSKI, Luiz. A investigação criminal defensiva e o papel da defensoria pública na ampla defesa da investigação. In: (Coord.) RASCOVSKI, Luiz. **Temas relevantes de direito penal e processual penal.** São Paulo: Saraiva, 2012, p.130-131).

¹⁹⁶ A esse respeito, Amanda Palmieri Fração pondera: “Ainda que o direito à investigação não se restrinja a tais prerrogativas, como se verá adiante, cabe desde logo salientar que o Código de Processo Penal brasileiro, pela redação dos dispositivos supracitados, concede nítido tratamento diferenciado ao direito à investigação da acusação e da defesa, especificamente no que diz respeito à sua relação com a atividade investigativa da polícia. Todavia, há quem sustente que, tal como ocorre com o órgão da acusação, não pode a autoridade policial deixar de realizar as diligências requeridas pela defesa, e mesmo pela vítima. A interpretação decorre da releitura dos dispositivos mencionados à luz dos princípios da igualdade e, principalmente, da ampla defesa, ambos assegurados pela Constituição Federal de 1988”. (FRAÇÃO, Amanda Palmieri. **Direito à investigação: aspectos teóricos e consequências práticas de seu reconhecimento no processo penal brasileiro.** Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2012, p.43).

¹⁹⁷ Reconhecemos que a Constituição Federal estabelece, no artigo 129, VIII, que é função institucional do ministério público “requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais”. No entanto, ao exigir que o ministério público exponha os fundamentos da requisição, torna possível a interpretação de que a autoridade policial pode, sim, ao analisar os fundamentos, se deles discordar, deixar de acolher o pedido.

existe uma dificuldade prática em sua aplicação.

Em outras palavras: teoricamente, os interessados na investigação criminal têm direito à investigação, decorrente do direito à prova. Porém, a legislação atual é claramente insuficiente e inviabiliza o exercício desse direito, sobretudo por parte da defesa.

Sem previsão legal, não há como estabelecer a forma de exercício desse direito, nem os limites a que se sujeita.

Diogo Malan admite a existência em nosso ordenamento do direito à investigação defensiva, mas reconhece que o sistema processual brasileiro não proporciona condições para o exercício desse direito:

Em primeiro lugar, a *insuficiência de recursos* da vasta maioria da clientela preferencial do sistema penal brasileiro a impede de custear serviços de investigação particular.

Os órgãos estatais de assistência judiciária gratuita – até hoje sequer estruturados de forma *orgânica e adequada* em todos os Estados Federados – tampouco possuem corpos funcionais próprios e capacitados para assegurar uma investigação criminal defensiva aos seus assistidos.

Ademais disso, o Estatuto Processual Penal vigente carece de regulamentação mínima acerca da investigação defensiva. Trata-se de paradoxo, na medida em que o direito à prova defensiva na fase judicial pressupõe a prévia atividade investigativa por parte do defensor técnico na etapa da *investigação preliminar*.

Essa lacuna normativa tem como consequências práticas diretas: (a) inviabilizar o acesso do defensor técnico a informações sigilosas e impedir a colheita coercitiva de declarações testemunhais por ele; (b) expor o defensor técnico que realize atividade investigativa ao risco de acusações pela prática de infrações penais contra a Administração da Justiça (v.g. *falso testemunho; fraude processual* etc.); (c) induzir preconceito contra a credibilidade de elementos informativos amealhados durante a investigação defensiva.

Essa deficiência legislativa é agravada pela falta de qualquer menção, nos estatutos deontológicos advocatícios, a dever ético de realizar investigação criminal defensiva.¹⁹⁸

Sobre a inexistência de previsão legal, afirma Gustavo Badaró:

Entretanto, ainda que se admita que seja possível a realização de atividade investigativa pela defesa, o grande problema é que, sem um regime específico que assegure ao advogado do investigado poderes para realizar, por si ou por intermédio de investigadores particulares, as atividades investigativas, sua eficácia seria diminuta. Por exemplo, diante da notícia de uma eventual fonte de prova, a autoridade policial intima a testemunha para depor no inquérito.

¹⁹⁸ MALAN, Diogo. Investigação defensiva no processo penal. In: (Org.) BADARÓ, Gustavo. **Doutrinas essenciais** – direito penal e processo penal v.VI. São Paulo: RT, 2015, p.409.

Todavia, que poderes o defensor teria para inquirir alguém sobre fatos de interesse da defesa? A resposta é: nenhum. Não há dispositivo legal que obrigue qualquer cidadão a prestar esclarecimentos para particulares. Uma “intimação” do defensor para que alguém compareça ao seu escritório para prestar esclarecimentos sobre fatos do interesse do seu cliente, ou mesmo para confirmar se a testemunha tem algum conhecimento específico sobre tal fato, seria um nada jurídico. Mesmo um simples convite para esclarecimentos poderia ser solenemente ignorado. Por outro lado, caso a testemunha comparecesse, conversasse com o advogado, narrando o que sabe sobre os fatos, ou o seu desconhecimento sobre os mesmos, e se tal contato fosse posteriormente revelado em juízo, o advogado poderia ter sua atitude considerada violadora de regras deontológicas e, quiçá, caracterizadoras de crime. O que dizer, então, da necessidade de examinar documentos em poder de terceiras pessoas e, em um grau ainda maior, inspecionar locais ou buscar e apreender fontes de provas?¹⁹⁹

Se a possibilidade de o titular da ação penal e do investigado participarem da investigação fosse efetiva e se fosse proporcionada de forma igualitária a ambos, a investigação poderia se tornar mais eficiente.

Se, por um lado, a legislação atual é insuficiente e o tratamento dispensado ao ministério público é privilegiado, por outro lado, nota-se na doutrina um forte movimento para que se reconheça e se viabilize o direito à investigação defensiva.

Luiz Rascovski afirma que, no cenário atual, a investigação criminal instaura-se com um cenário favorável à acusação e que somente com a efetiva participação da defesa, “não apenas requerendo, mas promovendo a investigação privada, paralelamente à pública”, é que se atingirá um modelo justo e igualitário. Nesse sentido:

Está na hora de repensar o modelo investigatório brasileiro de modo a fazer valer a verdadeira paridade de armas entre acusação e acusado, respeitando a isonomia pretendida na persecução criminal e garantindo o amplo direito de defesa. A defesa praticamente não tem voz na investigação, submetendo-se muitas vezes, aos caminhos tortuosos por onde os ventos da investigação soprar.²⁰⁰

Ainda o autor:

Além de interessar ao panorama processual como um todo, são inúmeras vantagens da investigação a cargo do defensor. Notadamente porque permite à defesa preparar-se adequadamente, amparando sua própria tese e também porque provoca um alargamento das provas, que serão trazidas

¹⁹⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4.ed. São Paulo: RT, 2016, p.156-157.

²⁰⁰ RASCOVSKI, Luiz. A investigação criminal defensiva e o papel da defensoria pública na ampla defesa da investigação. In: (Coord.) RASCOVSKI, Luiz. **Temas relevantes de direito penal e processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2012, p.111.

pela defesa, ampliando o campo de convencimento judicial, pautado pela reconstrução dos fatos mais próximo da verdade. Enfim, haverá maior profundidade na investigação das circunstâncias favoráveis ao imputado, descondicionando o rumo ordinário das investigações, normalmente dirigidas no sentido acusatório.²⁰¹

André Boiani Azevedo e Édson Luís Baldan relacionam diversas vantagens na adoção da investigação defensiva:

Era esperado que adoção desse instrumento, ora apenas esboçado, tivesse algumas conseqüências imediatas: a) aprimoramento da investigação policial como contraponto eficaz às provas produzidas pelo defensor, obrigando a polícia judiciária e o ministério público à busca de contínuo aperfeiçoamento técnico-científico; b) criação (ou desenvolvimento) de uma categoria profissional, a dos investigadores privados; c) estímulo ao culto das ciências afins ao Direito Penal, como a Criminalística, Criminologia, Medicina Legal, com a conseqüente necessidade de adequação do ensino técnico e superior; d) redimensionamento da estatura jurídica do Advogado (dentro e fora do processo), transmudando-o da condição de mero espectador inerte e inerte para a posição de ativo protagonista na formação da prova criminal; e) obrigação da motivação judicial na admissão da acusação, criando-se verdadeiro juízo de prelibação que arredaria a instauração da instância judicial quando insuficientes os elementos indiciários; f) maior proximidade do processo penal com a verdade real pelo fortalecimento da prova criminal, com a conseqüente serenidade do magistrado ao proferir seu *decisum*, pois com ouvidos às razões produzidas por acusação e defesa em perfeita *égalité des armes*.²⁰²

Também Antonio Scarance Fernandes defende a investigação defensiva como forma de equilibrar a posição da defesa com a posição do ministério público:

A prática evidenciou que o Ministério Público, quando encarregado de dirigir ou supervisionar a investigação, foca sua atenção na obtenção de elementos que possam sustentar a futura acusação, o que acaba prejudicando a pessoa suspeita, tendo em vista o risco de desaparecerem informes importantes para a sua defesa e demonstração de sua inocência. Decorre daí a preocupação em abrir para o investigado a possibilidade de investigação privada, como já sucede nos Estados Unidos. Trata-se de assunto que, com o avanço do Ministério Público para a investigação também entre nós, provavelmente, passará a ser objeto de maior atenção.²⁰³

²⁰¹ RASCOVSKI, Luiz. A investigação criminal defensiva e o papel da defensoria pública na ampla defesa da investigação. In: (Coord.) RASCOVSKI, Luiz. **Temas relevantes de direito penal e processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2012, p.113.

²⁰² AZEVEDO, André Boiani; BALDAN, Édson Luís. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva (ou do direito de defender-se provando). In: **Boletim do IBCCRIM** n.137, p.7.

²⁰³ FERNANDES, Antonio Scarance. Rumos da investigação no direito brasileiro. In: **Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel**, n.21, p.13.

A via para se tornar efetivo o direito à investigação é a legislativa e, nesse sentido, há uma perspectiva: o projeto de Código de Processo Penal n. 8.045/2010, que prevê, timidamente, o direito à investigação.

7.4 A investigação defensiva

A investigação defensiva nada mais é que o direito à investigação sob a perspectiva da defesa.

André Machado²⁰⁴ conceitua investigação defensiva enumerando seus requisitos: prática de atos de investigação (e não de provas) pelo defensor do investigado/acusado, com ou sem auxílio de auxiliares técnicos; em qualquer momento da persecução penal; fora dos autos da investigação pública e como contraponto a esta; com o objetivo de reunir elementos de convicção lícitos e relevantes para a defesa do imputado.

Para André Boiani e Azevedo e Édson Luís Baldan:

Entende-se por investigação defensiva o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido, em qualquer fase da persecução criminal, inclusive na antejudicial, pelo defensor, com ou sem assistência de consultante técnico e/ou investigador privado autorizado, tendente à coleta de elementos objetivos, subjetivos e documentais de convicção, no escopo de construção de acervo probatório lícito que, no gozo da parcialidade constitucional deferida, empregará para pleno exercício da ampla defesa do imputado em contraponto à investigação ou acusação oficiais.²⁰⁵

Luiz Rascovski afirma que a investigação defensiva não se subordina à investigação oficial, pois a ideia é seguir outras linhas de raciocínio e colher elementos que não estão sendo pensados na investigação originária

[...] na investigação defensiva, o defensor dita os rumos do trabalho investigatório, como total autonomia em relação aos entes públicos, de forma a reunir elementos materiais lícitos em favor do imputado, respeitadas as regras constitucionais e legais de obtenção de prova.²⁰⁶

²⁰⁴ MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: RT, 2010.

²⁰⁵ AZEVEDO, André Boiani; BALDAN, Édson Luís. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva (ou do direito de defender-se provando). In: **Boletim do IBCCRIM** n.137, p.7.

²⁰⁶ RASCOVSKI, Luiz. A investigação criminal defensiva e o papel da defensoria pública na ampla defesa da investigação. In: (Coord.) RASCOVSKI, Luiz. **Temas relevantes de direito penal e processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2012, p.129-130.

7.5 O projeto de Lei n. 8.045/2010

O projeto de Código de Processo Penal (PL n. 156/2009 aprovado no Senado Federal e agora em tramitação na Câmara dos Deputados, como PL n. 8.045/2010), contempla o direito à investigação, ao dispor:

Artigo 13. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de provas em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas.

parágrafo 1º. As entrevistas realizadas na forma do *caput* deste artigo deverão ser precedidas de esclarecimentos sobre seus objetivos e do consentimento das pessoas envolvidas.

parágrafo 2º. A vítima não poderá ser interpelada para os fins de investigação defensiva, salvo de houver autorização do juiz das garantias, sempre resguardado seu consentimento.

parágrafo 3º. Na hipótese do parágrafo 2º deste artigo, o juiz das garantias poderá, se for o caso, fixar condições para a realização da entrevista.

parágrafo 4º. Os pedidos de entrevista deverão ser feitos com discrição e reserva necessárias, em dias úteis e com observância do horário comercial.

parágrafo 5º. O material produzido poderá ser juntado aos autos do inquérito, a critério da autoridade policial.

parágrafo 6º. As pessoas mencionadas no *caput* deste artigo responderão civil, criminal e disciplinarmente pelos excessos cometidos.

Faremos aqui poucas observações apenas com o intuito de promover a reflexão. Em primeiro lugar, é preciso distinguir a identificação de fontes de prova e a documentação do que a fonte de prova puder revelar.

O direito à investigação consiste no direito em buscar fontes de provas. As entrevistas pessoais previstas no projeto são um meio adequado para isso. A lei, ao prever a possibilidade de os investigados documentarem o resultado das entrevistas, foi além. Caberá à doutrina determinar se essa documentação integra a categoria dos elementos de informação ou se apenas serve para indicar à autoridade policial a existência da fonte de prova e o potencial que essa fonte possui. Juntada aos autos, caberá à autoridade policial avaliar a documentação, podendo decidir se inquire, ou não, a pessoa identificada.

Em outras palavras: o direito à investigação visa buscar fontes de prova. A documentação dos elementos de prova – que pode consistir na tomada de depoimento por escrito ou na gravação da entrevista em mídia – uma atividade secundária. Bem por isso, nada impede que o investigado, por meio do seu defensor, apresente apenas um relatório resumido relacionado às fontes de provas identificadas, sinalizando o que a fonte de prova

pode revelar.

Em segundo lugar, o projeto não trata da investigação pelo titular da ação penal – ministério público ou acusador privado. Trata, apenas, da investigação defensiva e, assim o fazendo, mantém os interessados em nível de desigualdade.

A previsão de atuação do ministério público e do investigado deveria, em essência, ser a mesma, atribuindo-se a um e a outro os mesmos direitos, faculdades, ônus e deveres. Não o fez.

Ao omitir a disciplina em relação ao ministério público, o projeto implicitamente acolheu a tese que reconhece o poder da instituição em promover a investigação, abstraindo o fato de a questão ser constitucional, o que impede a solução pela via infraconstitucional. Em síntese, o debate subsistirá.

7.6 Considerações finais

Do direito à prova decorre o direito à investigação. Como ensina Antonio Magalhães Gomes Filho:

Partindo dessa constatação, parece possível identificar, num primeiro momento, um direito à investigação, pois a faculdade de procurar e descobrir provas é condição indispensável para que se possa exercer o direito à prova; na tradição inquisitória, as atividades de pesquisa probatória prévia constituem tarefa confiada exclusivamente aos órgãos oficiais de investigação penal (Polícia Judiciária e Ministério Público), mas, no modelo acusatório, com a consagração do direito à prova, não ocorre ser possível negá-las ao acusado e ao defensor, com vistas à obtenção do material destinado à demonstração das teses defensivas.²⁰⁷

No entanto, o atual Código de Processo Penal não regulamenta o direito à investigação, do que decorrem dificuldades práticas para o exercício desse direito, sobretudo por parte da defesa.

Além da ausência de previsão legal, teremos de superar o tratamento desigual que ainda se dispensa ao ministério público e à defesa, sendo exemplo desse tratamento desigual o reconhecimento, em favor do ministério público, de poderes autônomos de investigar.

A propósito, o direito à investigação das partes não se equipara à investigação oficial, incumbida à polícia judiciária.

²⁰⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997, p.87.

O direito à investigação consiste essencialmente no direito de identificar fontes de provas. O resultado dessa busca deve ser direcionado à investigação oficial.

De fato, a investigação pelas partes não suprime ou enfraquece a investigação oficial, nem importa na instauração de procedimentos paralelos.

Se regulamentado e bem exercido pelas partes, o direito à investigação pode contribuir para melhor esclarecer os fatos.

A previsão constante do projeto de Código de Processo Penal (PL n. 8.045/2010) representa um importante avanço, capaz de otimizar a eficiência da investigação criminal e de reduzir – sem eliminar – a diferença de tratamento entre o ministério público e a defesa.

Ainda que o projeto seja imperfeito, somos otimistas. A mudança pode ser gradual. O tempo propiciará a reflexão e nos indicará caminhos melhores.

8 A POLÍCIA COMO FATO DE EFICIÊNCIA

8.1 Considerações iniciais: interesse do estudo da polícia para o processo penal

A doutrina brasileira procura separar segurança pública de processo penal como campos de conhecimento distintos, como de fato são.

A polícia, como instituição encarregada da segurança pública, é tratada, de forma tímida, pelos ramos do direito administrativo e constitucional e, de forma mais abrangente, pela sociologia. Não existe nos cursos de direito uma disciplina que trate especificamente da polícia e esse não é um assunto discutido pelos processualistas.

Embora segurança pública e processo penal sejam campos de conhecimento distintos, há entre eles um ponto de interseção: a investigação criminal, considerada pela doutrina em geral como função de polícia e, sob outra ótica, como a fase pré-processual da persecução penal.

Sendo a investigação criminal uma fase da persecução penal e de atribuição da polícia, pensamos que os processualistas não devem se abster de analisar a instituição policial, ainda que o façam de forma tangencial. Conforme expusemos no capítulo anterior, não é inadequado atribuir à polícia a investigação criminal. Pelo contrário, consideramos que o sistema de investigação policial é, do ponto de vista teórico, o mais adequado.

No entanto, o sistema brasileiro de investigação criminal requer reformulações para se tornar mais eficiente. São três os pontos que nos parecem mais sensíveis: a dualidade das polícias no âmbito dos Estados e do Distrito Federal; a importância da polícia científica e as atividades de inteligência policial.

Embora os três pontos tenham igual relevância, nesse trabalho cuidaremos apenas do primeiro – e ainda assim de forma incompleta –, ressaltando que cada um dos pontos justifica a realização de trabalhos específicos.

8.2 Origem, conceito e funções de polícia

8.2.1 Breve nota sobre a origem da polícia

A polícia como instituição originou-se de um processo que se consolidou no século XIX, representado pela assunção pelo Estado do papel de garantir a ordem pública.

Luís Flávio Sapori²⁰⁸ ensina que a partir do Estado absolutista passaram a ocorrer mudanças decisivas no âmbito das funções policiais nas diversas sociedades europeias. Entre 1660 e 1890, quase todos os países europeus constituíram formas de polícia que podem ser qualificadas como modernas. Até então, os arranjos institucionais existentes para a manutenção da ordem interna eram descentralizados, baseados nas comunidades locais e na autoridade feudal. O surgimento das modernas organizações policiais baseadas no profissionalismo, na estruturação burocrática e sob o controle do Estado reflete uma mudança do privado para o público, da organização descentralizada para a organização centralizada, da autoridade feudal para a autoridade estatal.

Afirma o autor:

É exatamente no período de formação das grandes cidades européias do século XVIII que a noção de ilegalidade passou a ser amplamente utilizada. A atuação do Estado no provimento do policiamento, combinando dimensões preventivas e repressivas, tornou-se possível, bem como foi considerada necessária por boa parte da elite urbana. Disseminou-se a percepção de que predominava uma grande insegurança nas cidades, com oportunidades ilimitadas para furtos e roubos pelas ruas desprotegidas. A rápida expansão da população urbanizada criou condições para que as atividades criminais passassem a ser concebidas como uma realidade específica, como problema público, merecedor de intervenção por parte de um Estado em processo de consolidação.²⁰⁹

Marcos Rolim, no entanto, afirma que as polícias modernas não surgiram como resultado de uma preocupação especial com a ocorrência de crimes, nem resultaram de uma aspiração disseminada socialmente, predominando entre os historiadores a opinião de que o fator imediato responsável pela formação das forças de polícia foi a emergência de revoltas populares e desordens de rua na maior parte dos países europeus e a incapacidade dos governos para continuarem lidando com elas por meio da convocação das tropas do Exército:

O recurso havia já se mostrado inadequado, não apenas pela sucessão de cenas violentas e de mortes que provocava, mas sobretudo – na sensibilidade dos governantes da época – porque não se conseguia “resolver” o problema daquela forma. Soldados profissionais requisitados para responder a uma manifestação turbulenta retiravam-se tão logo houvessem disparado seus fuzis. O problema, entretanto, seria repostado logo adiante com novas manifestações e desordens. Era preciso, então, uma estrutura “permanente” e profissional que estivesse sempre nas ruas.

²⁰⁸ SAPORI, Luiz Flávio. **Segurança pública no Brasil**. Desafios e perspectivas. Rio de Janeiro: FGV, 2007, p.28.

²⁰⁹ SAPORI, Luiz Flávio. **Segurança pública no Brasil**. Desafios e perspectivas. Rio de Janeiro: FGV, 2007, p.30.

Foi assim que nasceram as polícias modernas.²¹⁰

No estudo do surgimento das polícias, dois modelos se destacaram: o francês e o inglês, que se diferenciavam por dois pontos em especial: pelo caráter militarizado, ou não, das forças policiais e pelo grau de centralização das respectivas gestões.

O modelo francês era constituído por duas polícias: a *maréchaussée*, nas áreas rurais, e a tenência de polícia, em Paris, ambas submetidas à direção do governo central. A primeira, surgida no século XVI, era militarizada, um regimento de elite do Exército. Em 1791, essa polícia passou a se chamar *gendarmérie* e gradualmente foi se desvinculando do Exército. A segunda foi criada em 1667, com atribuições de reprimir a criminalidade e tomar medidas contra incêndios, inundações e epidemias. Em Paris, atuavam comissários assistidos por inspetores, divididos por setores e bairros. Havia um sistema de patrulhas a pé e a cavalo e, como característica marcante, a formação de policiais exclusivamente destinados à investigação e que contavam com uma estrutura de informantes.²¹¹

Na Inglaterra, o Parlamento assumiu, em 1829, por meio da *Home Secretary*, a responsabilidade pelo policiamento de Londres. Foi criada então uma organização policial profissionalizada, que trabalhava em período integral, e tinha natureza civil, diferenciando-se do modelo francês da *gendarmérie*. Ao longo do século XIX, esse modelo de policiamento, marcadamente comunitário, idealizado por Robert Peel, disseminou-se lentamente pelo restante do país.

A gestão da polícia da Inglaterra sempre foi mais descentralizada, embora com o tempo tenha se verificado uma crescente regulação pelo governo central. Além disso, na Inglaterra sempre houve resistência à participação de organizações militarizadas na manutenção da ordem pública, de forma que os quadros da polícia se diferenciavam claramente dos quadros militares.

O modelo francês serviu de inspiração para diversos países europeus, como Espanha, Alemanha e Holanda, e latino-americanos, enquanto o modelo inglês serviu de inspiração para países como EUA e Nova Zelândia.

²¹⁰ ROLIM, Marcos. **A síndrome da rainha vermelha**: policiamento e segurança pública. Versão digital (*ebook*). São Paulo: Zahar, 2012, posição n.387-390.

²¹¹ A França continua a ter duas polícias: a polícia nacional e a guarda nacional (*gendarmérie*). A polícia nacional é uma organização civil que atua nas comunas com população superior a 10 mil habitantes, estando vinculada ao Ministério do Interior. A *gendarmérie* atua nos pequenos municípios e nas áreas rurais, estando vinculada ao Ministério da Defesa. A Itália também possui duas polícias: a polícia de Estado e o corpo de carabinieri, ambos subordinados ao governo federal. (SAPORI, Luiz Flávio. **Segurança pública no Brasil**. Desafios e perspectivas. Rio de Janeiro: FGV, 2007, p.45-46).

8.2.2 Conceito de polícia

8.2.2.1 Conceito original

O termo polícia vem do grego *polileia* e, na Grécia antiga, tinha diversos significados. Esse termo originou o latim *politia*, com significado que enfatizava o sentido de organização política e de governo.²¹²

No período compreendido entre o aparecimento do Estado moderno e a implantação do Estado liberal, o significado que prevaleceu na Europa foi o de boa administração, boa ordem na cidade ou na coletividade.

No século XVIII, o termo polícia passou a ser usado em diversos países, como Portugal, com uma nova acepção, significando força de segurança que garantia a ordem pública. Essa polícia era a força encarregada de fazer observar as leis e de zelar pela disciplina da liberdade individual.²¹³

8.2.2.2 Conceito atual

Não há na doutrina atual um consenso a respeito do significado do termo polícia, o que representa uma dificuldade para o estudo do tema. De fato, o termo polícia é um equívoco e pode ser utilizado numa acepção mais ou menos ampla.

8.2.2.2.1 Acepção ampla

No direito administrativo, costuma-se falar em polícia administrativa. Celso Antônio Bandeira de Mello define a polícia administrativa como:

[...] a atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a possibilidade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercivamente aos particulares um dever de abstenção (“non facere”) a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo.²¹⁴

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a polícia administrativa:

²¹² SOUSA, António Francisco de. **A polícia no Estado de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.1.

²¹³ SOUSA, António Francisco de. **A polícia no Estado de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.1.

²¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p.795.

[...] é toda atividade de execução das chamadas limitações administrativas, que são restrições impostas por lei ao exercício de direitos individuais em benefício do interesse coletivo. Compreende medidas de polícia, como ordens, notificações, licenças, autorizações, fiscalização e sanções.²¹⁵

Em linhas gerais, pode-se dizer que a polícia se propõe a proteger os seguintes valores: ordem e tranquilidade públicas; higiene e saúde públicas; estéticos e artísticos; históricos e paisagísticos; riquezas naturais; moralidade pública e economia popular.

As atividades de polícia administrativa podem ser exercidas por diferentes órgãos da administração, conforme o campo de atuação, como polícia militar e órgãos de fiscalização que atuam nas áreas de saúde, educação, trabalho, previdência e assistência social.

Essa acepção, no sentido de atividade, pode ser considerada ampla.

8.2.2.2 Acepção restrita

Em sentido mais restrito, é possível falar em polícia administrativa como o órgão da segurança pública responsável por manter a ordem pública e a incolumidade das pessoas e dos bens. A partir desse ponto do trabalho, salvo eventual ressalva, empregaremos o termo polícia no sentido restrito.

8.2.3 Funções de polícia

Não há uniformidade a respeito de quais são as funções de polícia, enquanto órgão do sistema de segurança pública.

Luís Flávio Sapori²¹⁶ observa que as tarefas e as responsabilidades assumidas pela polícia variam nos sistemas policiais dos diversos países.

Nos EUA e na Inglaterra, a extensão das responsabilidades é restrita, abrangendo basicamente a manutenção da ordem e da lei, a proteção de pessoas e de propriedades e a prevenção da criminalidade. Os policiais ingleses não têm funções regulatórias que não estejam relacionadas a ofensas ao Código Penal, com exceção apenas da regulação de tráfego de veículos.

²¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 25.ed. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012, p.56.

²¹⁶ SAPORI, Luiz Flávio. **Segurança pública no Brasil**. Desafios e perspectivas. Rio de Janeiro: FGV, 2007, p.47.

Na França, a extensão das responsabilidades é mais ampla. Como na maior parte dos países europeus, a polícia francesa tem funções basicamente criminais, mas pode incorporar outras responsabilidades de caráter administrativo, como controle de epidemias, licenças para construções, controle de estrangeiros e inspeção de asilos e orfanatos.

No Brasil, de forma genérica, são funções da polícia garantir a ordem pública interna e a incolumidade das pessoas e dos bens.

Outras funções de polícia administrativa são exercidas por outros órgãos da administração pública.

8.3 Classificação da polícia. Polícia administrativa e judiciária

A doutrina costuma classificar a polícia em administrativa e judiciária, conforme a atividade desenvolvida.²¹⁷

A polícia administrativa, também chamada de polícia de ordem ou polícia preventiva, ocupa-se da atividade de prevenção do perigo para a ordem e segurança públicas. A polícia judiciária, também chamada de polícia criminal, polícia de investigação ou polícia repressiva, ocupa-se da atividade de investigação para fins de apuração do crime. Celso Antônio Bandeira de Mello observa:

Costuma-se, mesmo, afirmar que se distingue a polícia administrativa da polícia judiciária com base no caráter preventivo da primeira e repressivo da segunda. Esta última seria a atividade desenvolvida por organismo – o da polícia de segurança – que cumulária funções próprias da polícia administrativa com a função de reprimir a atividade dos delinquentes através da instrução policial criminal e captura dos infratores da lei penal, atividades que qualificariam a polícia judiciária. Seu traço característico seria o cunho repressivo, em oposição ao preventivo, tipificador da

²¹⁷ Para Joaquim Canuto Mendes de Almeida, as autoridades policiais são sempre administrativas, mas podem exercer funções jurisdicionais, em auxílio ao judiciário, embora essas funções não sejam propriamente policiais. Para o autor, a classificação da polícia em administrativa e judiciária é feita por dois critérios: a) o primeiro critério baseia-se na distinção entre as funções preventivas e as repressivas. As primeiras são puramente administrativas e as segundas são de polícia judiciária, porque se prestam a auxiliar a justiça; b) o segundo critério funda-se na diferença de efeitos das funções policiais. O valor meramente informativo indica um ato simplesmente policial de polícia administrativa. O valor de prova judicial indica um ato judiciário de polícia, uma função da polícia judiciária. Por esse critério, a polícia administrativa apenas informa a justiça, enquanto a polícia judiciária “prova”. Assim, afirmava que a polícia judiciária é, em correlação oposta à polícia preventiva, a polícia repressiva, auxiliar do Poder Judiciário; e, em correlação oposta à polícia que auxilia por informações, a polícia que prepara provas judiciais. No mais, observava: “A condenação frequente da chamada polícia judiciária dirige-se menos à polícia auxiliar informadora do que à polícia preparadora de provas judiciais, como usurpadora, institucionalmente, de funções jurisdicionais. O certo, porém, é que a desclassificação dessas funções para atividades policiais responde, sempre, a um imperativo de ordem econômica, que é quase uma justificativa satisfatória”. (ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: RT, 1973, p.60).

polícia administrativa.²¹⁸

O próprio autor, contudo, rejeita essa associação, afirmando que a polícia administrativa muitas vezes age repressivamente, embora o tipo de repressão seja diverso da que caracteriza a polícia judiciária, e que a polícia judiciária não reprime, mas ajuda o poder judiciário a promover a repressão.

Para ele, o que distingue a polícia administrativa da polícia judiciária é que a primeira se predispõe unicamente a impedir ou paralisar atividades antissociais enquanto a segunda se predispõe a responsabilizar os violadores da ordem jurídica.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro²¹⁹ também faz ressalvas a essa classificação. Ela afirma que a polícia administrativa tanto pode agir preventivamente como repressivamente. No entanto, nas duas hipóteses, ela está impedindo que o comportamento individual cause prejuízos maiores à coletividade e, sob essa ótica, é correto considerar que a polícia administrativa é preventiva. Ainda assim, falta precisão ao critério, porque a polícia judiciária, embora seja repressiva em relação ao indivíduo infrator da lei penal, é também preventiva em relação ao interesse geral, pois, punindo-o, tenta evitar que o indivíduo reincida.

8.4 Disciplina da segurança pública na Constituição Federal

As bases do sistema de segurança pública brasileiro estão previstas na Constituição Federal, que reservou um capítulo próprio para tratar o tema. Trata-se do Capítulo III, “Da Segurança Pública”, do Título V, “Da defesa do Estado e das instituições democráticas”, constituído por um único artigo (artigo 144, parágrafos 1º a 9º).

Assim estabelece a Constituição: “A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”.

8.4.1 Órgãos do sistema de segurança pública

São seis os órgãos policiais relacionados no artigo 144 da Constituição: a polícia federal (inciso I), a polícia rodoviária federal (inciso II), a polícia ferroviária federal (inciso

²¹⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p.791.

²¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 25.ed. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012, p.124.

III), a polícia civil (inciso IV), a polícia militar e o corpo de bombeiros militar (inciso V).

Além desses órgãos, a Constituição Federal faculta a criação de guardas municipais, destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, portanto, com atribuições restritas à segurança patrimonial municipal.

8.4.2 Atribuições dos órgãos de polícia

A atribuição de cada um dos órgãos de polícia está especificada na Constituição. Não há interesse para o nosso estudo as atribuições conferidas às polícias rodoviária²²⁰ e ferroviária²²¹, nem ao corpo de bombeiros,²²² de modo que concentraremos nossas atenções nas polícias civis e militares e, com menor ênfase, na polícia federal.

As atribuições das polícias civis e militares estão previstas respectivamente nos parágrafos 4º e 5º do artigo 144. Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções da polícia judiciária e a apuração de infrações penais, excetuadas as militares. Às polícias militares incumbem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública.

As atribuições da polícia federal estão previstas no parágrafo 1º do artigo 144 da Constituição Federal²²³ e consistem, em síntese, na apuração de delitos contra a ordem política e social ou em detrimento de interesses da União, prevenção e repressão do tráfico de drogas, contrabando e descaminho, exercício da polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras e função de polícia judiciária da União.

Apesar de as competências estarem repartidas entre a União e os Estados, de um modo geral, a segurança pública é de competência e responsabilidade de cada unidade da federação. Nesse sentido, José Afonso da Silva:

²²⁰ “parágrafo 2º. A polícia rodoviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreiras, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais”.

²²¹ “parágrafo 3º. A polícia ferroviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais”.

²²² “parágrafo 5º. [...] aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil”.

²²³ Nos termos do parágrafo 1º do artigo 144 da Constituição Federal, incumbem à polícia federal: 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 dispuser em lei: 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.

Quando a Constituição atribui às polícias federais competência na matéria, logo se vê que são atribuições em campos e questões delimitadas e devida e estritamente enumeradas, de maneira que, afastadas essas áreas especificadas, a segurança pública é de competência da organização policial dos Estados, na forma mesma prevista no artigo 144, §§ 4º, 5º e 6º. Cabe, pois, aos Estados organizar a segurança pública. Tanto é de sua responsabilidade primária o exercício dessa atividade que, se não a cumprirem devidamente, poderá haver ocasião de intervenção federal, nos termos do artigo 34, III, que dá, como um dos objetivos da intervenção federal, “pôr termo a grave comprometimento da ordem pública”.²²⁴

Portanto, nos termos da Constituição Federal, cada Estado e o Distrito Federal têm polícias civis e militares próprias, com funções específicas, mas atuando numa mesma base territorial.

As polícias militares e os corpos de bombeiros militares são considerados forças auxiliares e reservas do Exército, mas, assim como as polícias civis, subordinam-se aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios (parágrafo 6º).

Luís Flávio Sapori destaca:

O desenho institucional da justiça criminal brasileira, por sua vez, caracteriza-se por uma notória peculiaridade em comparação com os de seus países vizinhos. A começar pela estruturação do subsistema policial. Na sociedade brasileira, as atividades de policiamento ostensivo e de policiamento investigativo estão divididas entre duas organizações, a saber, a Polícia Militar e a Polícia Civil. Essa divisão organizacional do trabalho policial não encontra precedentes nos demais países ocidentais e foi institucionalizada no final da década de 1960, durante a ditadura militar. Deve-se mencionar ainda que ambas as polícias estão incrustadas nos executivos estaduais, de modo que cada unidade da federação, incluindo o Distrito Federal, tem suas respectivas polícias militares e civis. No nível do Executivo federal, existem ainda a Polícia Federal, responsável pela investigação de crimes específicos da competência da União, e a Polícia Rodoviária Federal, responsável pelo patrulhamento e fiscalização das rodovias federais.²²⁵

No mesmo sentido, Azor Lopes da Silva Júnior observa que o modelo policial brasileiro é *sui generis* e complexo, nele coexistindo órgãos estaduais encarregados da preservação da ordem pública por meio do policiamento ostensivo e outros com funções de polícia judiciária e de apuração das infrações penais.

²²⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 38.ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.793-794.

²²⁵ SAPORI, Luiz Flávio. **Segurança pública no Brasil**. Desafios e perspectivas. Rio de Janeiro: FGV, 2007, p.52.

Essa estrutura, com a divisão de funções entre as polícias civil e militar, é apontada por parte da doutrina como um dos fatores de ineficiência da segurança pública e é, no nosso entendimento, um dos fatores de ineficiência da investigação criminal.

8.4.3 Atribuições das polícias militar e civil

A Constituição estabelece quais são as atribuições das polícias militar e civil. No entanto, é preciso esclarecer no que consiste cada uma das funções, questão que não é tão simples.

Todos os órgãos relacionados no artigo 144, incisos I a V, têm o dever de assegurar a segurança pública, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

À polícia militar incumbem a polícia ostensiva e a preservação da ordem; à polícia civil incumbem as funções de polícia judiciária e de apuração de delitos.

Luís Flávio Saporì sintetiza a dinâmica do trabalho policial:

As engrenagens do sistema são acionadas quando um suposto fato criminoso é registrado pela Polícia Militar, responsável pelo policiamento ostensivo e pelo atendimento das chamadas telefônicas realizadas por vítimas, testemunhas e outros. A Polícia Militar, que não tem atribuições investigativas, deve comunicar o registro de suposto crime à Polícia Civil, a quem cabe verificar se a queixa tem fundamento e, nesse caso, buscar indícios e evidências da autoria e da materialidade do crime. Todo esse trabalho investigativo acaba por se concretizar num documento que é o inquérito policial. Este é então remetido a uma outra organização que é o Ministério Público, cuja atribuição é analisar as informações coletadas pelos policiais civis e decidir se há ou não elementos suficientes da suposta autoria e materialidade do crime. Convencido de tal suficiência, os promotores formalizam a denúncia do suposto autor, que até então era identificado como indiciado e daí em diante passa a ser réu.²²⁶

A polícia militar trabalha uniformizada e é responsável pelo policiamento nas ruas. Exerce suas funções de maneira ostensiva, de maneira a ser identificada pela comunidade. Procura evitar os conflitos, mas também age para reprimi-los.

A função da polícia ostensiva não se confunde com a função de preservar a ordem pública, mas é o principal meio de que se vale a polícia militar para fazê-lo. É possível, desta forma, falar em uma relação de meio e fim, embora, para preservar a ordem pública,

²²⁶ SAPORI, Luiz Flávio. **Segurança pública no Brasil**. Desafios e perspectivas. Rio de Janeiro: FGV, 2007, p.53.

possa a polícia se valer de outros meios, com destaque para a força, quando seu emprego for necessário.

Além disso, como forças auxiliares e reservas do Exército, podem ser convocadas para atuar em outras missões, como guerras externas.

A polícia civil atua de maneira discreta, realizando investigações para apurar delitos, documentando os atos no inquérito policial e encaminhando à justiça o resultado do seu trabalho.

A doutrina, de um modo geral, reduz as atividades de apuração de delitos e de polícia judiciária a uma única função, como se fossem sinônimas e como se o legislador constituinte tivesse apenas pretendido ser enfático.

Nesse sentido, Miguel Thomaz Di Pierro Junior observa:

A menção expressa feita pela Constituição à “apuração de infrações penais” ao lado do exercício da função de polícia judiciária, abriu espaço para discussões a respeito da real atividade a ser desempenhada pela polícia civil. Pode-se entender que a apuração de infrações penais corresponde justamente ao exercício da polícia judiciária, ou seja, a expressão apenas reforça, exterioriza, explica aquilo que o próprio dispositivo constitucional já havia mencionado. Assim, exercitar a polícia judiciária é apurar informações penais, identificar seus culpados, colher as provas da materialidade do delito e colocá-los à disposição daqueles que podem exercitar o direito de ação penal.²²⁷

Essa posição, no entanto, não é unânime. Azor Lopes da Silva Júnior sustenta:

Constitucionalmente, a apuração de infrações penais, exceto os crimes militares e os de competência da Polícia Federal, é atribuição das polícias civis, a qual não se confunde com polícia judiciária, ainda que uma dependa da outra: a primeira é atividade de investigação e inteligência policial, enquanto a outra é de formalização de indícios de autoria e materialidade delitiva em procedimentos pré-processuais (inquéritos policiais).²²⁸

A posição do autor nos parece correta. A atividade de investigação não se confunde com a atividade de documentação dos atos para instrução do inquérito policial, o que já era destacado por Joaquim Canuto Mendes de Almeida. A apuração de delitos é atividade

²²⁷ DI PIERRO, Miguel Thomaz. **O efetivo exercício da segurança pública**. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo. Orientação de Alexandre de Moraes, 2008, p.74-75.

²²⁸ SILVA JÚNIOR, Azor Lopes da. OPES. A face oculta da segurança pública. **Revista Jurídica Consulex**, 2007, n.259, p.29.

preponderantemente de pesquisa e inteligência, enquanto a atividade de polícia judiciária, de documentação de atos, é mais burocrática, auxiliar do judiciário.²²⁹

Podem ainda ser consideradas atividades de polícia judiciária as de cumprimento a ordens judiciais, de que são exemplos o cumprimento de mandado de prisão e o cumprimento de condução coercitiva, essas, sim, atividades de auxílio ao judiciário.²³⁰

Embora a atividade mais importante seja a de apurar delitos mediante a investigação, na prática é pouco desenvolvida pela polícia civil, que, de um modo geral, limita-se a documentar atos que servirão à justiça.

Costuma-se afirmar que a polícia civil e a polícia militar, com a finalidade de garantir a segurança pública, atuam em fases distintas, cuja linha divisória é a ocorrência do delito. A polícia militar atuaria antes do delito, procurando evitá-lo, enquanto a polícia civil atuaria após o delito.

Esses limites, porém, não são claros e, na prática, as funções de uma e outra polícia muitas vezes se confundem e se sobrepõem.

8.4.4 Natureza jurídica da função da polícia judiciária

A natureza jurídica da função da polícia judiciária, se administrativa ou essencial à justiça, é controversa e costuma gerar debates inflamados, principalmente entre os integrantes da polícia civil.

Não há dúvida de que a polícia civil integra a administração pública, subordinando-se, como já observado, ao governador do Estado.

As polícias civil e federal, assim como os demais órgãos policiais, foram previstas

²²⁹ A doutrina em geral considera a atividade de documentação dos atos, que compõe o inquérito policial, auxiliar do Judiciário. Pensamos, no entanto, que a investigação e a documentação das atividades de investigação são indissociáveis, não sendo possível atribuí-las a órgãos distintos. Bem por isso, entendemos que ambas são atividades policiais, ainda que tenham – ou possam ter – finalidade judiciária.

²³⁰ Nesse sentido, afirma Renato Brasileiro de Lima, “[...] a própria Constituição Federal estabelece uma distinção entre as funções de polícia judiciária e as funções de polícia investigativa. Destarte, por funções de polícia investigativa devem ser compreendidas as atribuições ligadas à colheita de elementos informativos quanto à autoria e a materialidade das infrações penais. A expressão polícia judiciária está relacionada às atribuições de auxiliar o Poder Judiciário, cumprindo as ordens judiciárias, relativas à execução de mandados de prisão, busca e apreensão, condução coercitiva de testemunhas etc. Por se tratar de norma hierarquicamente superior, deve, então, a Constituição Federal prevalecer sobre o teor do Código de Processo Penal. [...] Apesar de acreditarmos que a Constituição Federal estabeleceu uma distinção entre polícia judiciária e polícia investigativa, somos obrigados a reconhecer que prevalece na doutrina e na jurisprudência a utilização da expressão polícia judiciária para se referir ao exercício de atividades relacionadas à apuração da infração penal”. (LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 4.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p.111).

na Constituição no capítulo sobre segurança pública.

As carreiras de delegado de polícia e de delegado federal não estão incluídas entre as funções essenciais à justiça e a exigência de bacharelado para referidos cargos é infraconstitucional.

Azor Lopes da Silva Júnior, em interessante artigo no qual defende a possibilidade de o policial militar lavrar termo circunstanciado, faz uma análise comparativa da formação dos policiais civis e militares, e, de forma convincente, afirma: o profissional de segurança pública não se confunde com o profissional de direito. De forma provocativa, questiona:

Não se discute que o bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais, exigido para o ingresso na carreira de delegado de polícia, na maioria dos Estados da Federação, agrega valor a esses profissionais. Resta, porém, uma dúvida: o bacharelado em Direito basta e é adequado aos profissionais de segurança pública?²³¹

O autor afirma que a formação jurídica dos delegados de polícia possibilita que a polícia civil, enquanto polícia judiciária, realize um trabalho de excelência, quando comparados os resultados com aqueles advindos do exercício da investigação criminal, que, segundo o autor, é a sua função precípua.

De fato, embora o delegado de polícia deva ter conhecimento jurídico, especialmente nas áreas de penal, processo penal e constitucional, não nos parece imprescindível que tenha de ser graduado em direito. Melhor seria que dele – e também dos policiais militares – se exigisse curso de formação específica, com grade curricular diversificada, que incluísse matérias jurídicas e tantas outras, práticas e técnicas, necessárias ao exercício das funções policiais.

Adiantando assunto de que se tratará, o ideal seria que o curso de formação de policiais civis e militares fosse unificado.

Recentemente, no entanto, a Lei n. 12.830/13, para pôr fim à discussão, estabeleceu no seu artigo 2º:

As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado [...] O cargo de delegado de polícia é privativo de bacharel de Direito, devendo-lhe ser dispensado o mesmo tratamento protocolar que recebem os magistrados, os membros da defensoria pública e do ministério público e os advogados.

²³¹ SILVA JÚNIOR, Azor Lopes da. OPES. A face oculta da segurança pública. **Revista Jurídica Consulex**, 2007, n.259, p.28.

A necessidade de a lei definir – de forma enfática – que a função tem natureza jurídica e que o cargo de quem a exerce é privativo do bacharel de direito é sintomática: em vez de elidir a dúvida, mostra justamente o contrário, ou seja, que a questão é discutível.

8.5 A unificação da polícia

A doutrina se divide no debate sobre a unificação da polícia. Porém, mesmo os autores contrários à unificação, de um modo geral, reconhecem que o modelo policial brasileiro necessita ser reformulado.

As questões mais levantadas na discussão sobre o tema são: militarização, gestão de recursos, coexistência de duas polícias com filosofias diferentes e ciclo completo de polícia.

Antes, porém, de tratarmos de cada uma dessas questões é preciso abordar outra, de natureza histórica, e importantíssima para entendermos a irracionalidade do modelo atual: a origem da divisão de funções entre a polícia militar e a polícia civil.

8.5.1 Origem histórica da divisão entre as polícias civil e militar

No final do século XIX e início do século XX, com a República e a adoção do sistema federativo, as antigas províncias, que se constituíram em Estados autônomos, procuraram se organizar para preservar a autonomia conquistada. As Forças Armadas, então representadas pelo Exército e pela Marinha, eram corporações nacionais a serviço da União. Contra elas, era preciso criar mecanismos que impedissem que o poder central se tornasse incontestável e anulasse a autonomia dos Estados. Assim nasceram os “pequenos exércitos estaduais” chamados “forças públicas”.²³²

No Estado de São Paulo, a força pública estadual foi criada em 1891, no governo de Jorge Tibiriçá, para defender o poder estadual. No entanto, se no plano federal as forças armadas serviam a interesses de grupos oligárquicos, no plano estadual, as forças públicas representavam os mesmos interesses, que, nesse caso, correspondiam aos partidos políticos regionais. A sua missão era defender o governo local contra excessos da União e defender as classes dominantes contra protestos das classes populares.

²³² BICUDO, Hélio. A unificação das polícias no Brasil. *Estudos Avançados* n.14, 2000, p.92-93.

Em São Paulo, o efetivo da força pública chegou a ser superior ao do Exército e contou com artilharia de campo e aviões de combate. Ela serviu de base aos movimentos contra o poder central ocorridos em 1924 e 1932.

A partir do movimento de 1932, com a vitória do governo central, passou a declinar. A força pública foi perdendo a posição que antes desfrutava para as Forças Armadas, especialmente para o Exército e, também, o fundamento da sua existência.

O próprio Estado passou a buscar solução para todo o contingente de homens que não exerciam aquela função de preservar a autonomia da unidade federativa e que consumia parcela significativa do orçamento.

Hélio Bicudo reconstrói o momento do nascimento da polícia militar:

Cedendo funções, ela buscava outras, que encontrava ocupadas pela polícia civil: a guarda civil e a polícia civil propriamente dita, esta sem uniforme.

Desde que ela perdera o fundamento mesmo de sua existência, era óbvio que o próprio governo do estado tomasse a iniciativa de buscar uma solução para o problema. Afinal, eram milhares de homens que participavam de grande parcela do orçamento e que não tinham funções. Mas o seu equacionamento nem sempre encontrou, das próprias autoridades governamentais, o melhor enfoque.

Em 1956, na gestão Jânio Quadros no governo de São Paulo, nomeavam-se tenentes e capitães da Força Pública para o desempenho de funções precípuas da polícia civil. A esse propósito, saía a campo o jornal O Estado de São Paulo a profligar a medida. Acentuando o caráter militar da Força Pública, editorial desse jornal de 21 de novembro de 1956 salientava que a milícia estava sem funções e acrescentava: ‘inerte como se acha, não somente causa inquietação entre seus integrantes, que desejam trabalhar, como ainda absorve 60% do orçamento destinado à Secretaria da Segurança Pública’. E ‘enquanto isso, o policiamento de São Paulo se revela precário, muito longe das necessidades de uma cidade que é mais do que isso, porque é uma grande metrópole cosmopolita, e que exige rigor no serviço de vigilância por causa do número elevado de elementos que aqui pupulam’.

Essa luta se acirrou em mais de um episódio. Daí a tentativa de reunir-se num corpo só, de características eminentemente civis, a Força Pública e a Guarda Civil, permanecendo a polícia civil com seus delegados e investigadores nas tarefas da chamada polícia judiciária, de caráter repressivo, pois sua ação viria após as práticas delituosas, oferecendo as provas necessárias aos procedimentos judiciais.

Foi ainda no governo Jânio Quadros que se chegou a constituir um grupo de trabalho que, sob a coordenação de um membro do Ministério Público, esteve na Inglaterra, estagiando por vários meses na Scotland Yard. Esse grupo de trabalho ofereceu extenso relatório sobre as operações feitas e apresentou uma proposta de unificação das polícias a qual, por questões corporativas, não pôde prosperar.

O golpe de 1964 resolveu o problema, segundo as concepções da ideologia da segurança nacional, buscando a criação de uma força militar auxiliar, adestrada para responder aos atos da guerrilha desencadeada por

organizações que contestavam, pela via da luta armada, a ditadura então estabelecida.

Em São Paulo fundiram-se a Guarda Civil e a Força Pública e o resultado foi a sua Polícia Militar, guardando a mesma feição de suas congêneres nos demais estados da Federação, onde aconteceram fusões semelhantes. A Polícia Militar substituiu, digamos, as ‘Forças Públicas’ e as ‘Guardas Cívicas’, aquelas nos enfrentamentos populares e estas no policiamento preventivo, sob controle direto do Estado.²³³

A origem da divisão da polícia em militar e civil demonstra que essa divisão não nasceu de uma preocupação com a segurança pública e não foi ditada por critérios racionais, mas por critérios políticos.

8.5.2 Pontos a considerar no debate sobre a unificação da polícia

8.5.2.1 Militarização

O caráter militar da polícia ostensiva é criticado por muitos autores e profissionais da segurança pública. É apontado com uma das razões que justifica a unificação da polícia. O principal argumento é de que a função de manter a ordem pública interna e a incolumidade das pessoas e bens é civil, e não militar.

Hélio Bicudo defende que a polícia deve ser desmilitarizada e manifesta-se favorável à unificação:

As Polícias Militares passam, no momento em que se interrompe a guerrilha, ao enfrentamento do crime convencional. Vão desenvolver, então sua guerra contra o crime, utilizando as mesmas práticas e valendo-se da mesma impunidade. Os métodos e o equipamento utilizado nas operações policiais apagaram a linha de separação que havia entre operações militares e operações policiais. Como as políticas públicas não têm tido condições de encontrar soluções para a criminalidade, o crime é resolvido mediante a utilização de métodos militares, sob a inteira responsabilidade do aparato militar central.

O papel das Polícias Militares aparece, portanto, bastante claro, qualificando a população marginalizada, as mais expostas a essa guerra, com o conceito – advindo ainda da ideologia da segurança nacional – de inimigo interno, que cumpre eliminar.²³⁴

Há autores, porém, que contestam as críticas feitas à militarização. Osmar Patti Magalhães assim se manifesta:

²³³ BICUDO, Hélio. A unificação das polícias no Brasil. *Estudos Avançados* n.14, 2000, p.93-94.

²³⁴ BICUDO, Hélio. A unificação das polícias no Brasil. *Estudos Avançados* n.14, 2000, p.95-96.

Note-se que o enfoque da militarização está equivocado. Pois todas as polícias do mundo ou são militares ou são militarizadas. O que quer dizer isso: na França, o país da liberdade, uma polícia é totalmente militar a “gendarme” e a outra é a altamente militarizada “polícia nacional”; em Portugal uma polícia é totalmente militar “GNR” e a outra é militarizada “PSP”; na Espanha a guarda civil espanhola é mais militar que o Exército Espanhol.

É necessário verificar o que ocorreu na França e em Portugal, a desvinculação da ideologia militar, retirar o mando do Exército sobre a polícia de segurança pública, uma vez que a disciplina, o respeito às ordens, o respeito à autoridade, à hierarquia, à responsabilização, principalmente para aquelas que têm efetivos com milhares de homens armados.

O regime jurídico militar ou militarizado não forma o homem para matar, inclusive é um absurdo essa afirmação, pois mesmo as forças armadas não podem ser formadas para matar, pois estariam violando a Constituição Federal e o próprio tratado de Genebra de que o Brasil é signatário e prevê que a morte é o último recurso e não o primeiro.²³⁵

Dentre aqueles que defendem a unificação das polícias, parece prevalecer o entendimento de que a nova polícia seria civil, porém, com respeito à disciplina e à hierarquia. Essa nova polícia seria desvinculada do Exército e não mais se submeteria à Justiça Militar, que seria extinta.

O próprio Hélio Bicudo, crítico ferrenho da militarização da polícia, defende:

A nova polícia deverá ser hierarquizada e terá disciplina, aliás, como acontece com o funcionalismo em geral. Terá um ramo uniformizado para as tarefas de policiamento preventivo e outro, em trajes civis, para os trabalhos de investigação criminal. Terá um grupo treinado para, sem apelar para a violência, atuar como força de dissuasão de distúrbios ocorrentes. Será uma polícia que, ademais, deverá conhecer as pessoas às quais atende e ser por elas conhecida. Enfim, uma polícia democrática, voltada para os reais interesses do povo no que respeita à segurança, para que esse povo tão sofrido possa trabalhar e ter lazer, ir à escola, reunir-se e participar politicamente do processo de seu aperfeiçoamento.²³⁶

Não há dúvida de que a hierarquia e a disciplina são pilares que contribuem para inibir comportamentos irregulares. Em si, não nos parecem aspectos negativos da corporação militar, pelo contrário. O que nos parece problemático é a centralização do poder decisório nos níveis mais altos de comando. Os níveis inferiores têm pouca autonomia para decidir e agir, o que engessa a atividade policial, que, por definição, deveria ser uma atividade dinâmica. No mais, parece-nos correta a colocação de Hélio

²³⁵ MAGALHÃES, Osmar Patti. Perspectivas a unificação das polícias estaduais. **Revista Jurídica da Universidade de Franca**, ano 7, n.12, 2004, p.178.

²³⁶ BICUDO, Hélio. A unificação das polícias no Brasil. **Estudos Avançados** n.14, 2000, p.97.

Bicudo, no sentido de que as funções de manter a ordem interna e a incolumidade de pessoas e bens têm natureza civil, e não militar.

8.5.2.2 Gestão de recursos

Prevalece o entendimento, mesmo entre os que são contrários à unificação, que a gestão de recurso seria otimizada se a polícia fosse única.

A polícia única possibilitaria uma divisão mais clara de competências com base em critérios territoriais e não haveria duas polícias exercendo suas funções de forma desarticulada. Seriam únicos os centros de inteligência, de aquisição e controle de materiais, de atendimento às chamadas de emergência e de formação e treinamento de policiais. A alocação de recurso seria mais racional.

8.5.2.3 As diferentes filosofias da polícia civil e militar

As polícias civil e militar são organizações bastante distintas, a começar pelo fato de que a primeira é civil e a segunda militar.

A hierarquia e a disciplina são diferentes, muito mais rígidas na militar. Além das diferenças apontadas, de há muito se estabeleceu uma rivalidade entre as duas polícias, que competem por poder e reconhecimento.

Osmar Patti Magalhães, sobre as diferenças institucionais, assim se manifesta:

Como se verifica, então, a Polícia Civil e a Polícia Militar devem atuar harmoniosamente de modo que o produto final seja a tranquilidade pública.

As duas organizações, para cumprir suas missões, estruturam-se de maneira diversas.

As Polícias Militares atuam ostensivamente e têm como base a hierarquia e a disciplina. Naturalmente a missão do policiamento é civil, no entanto possui uma estrutura militar. É regida por leis e regulamentos rígidos, há sindicâncias, inquéritos policiais militares e os conselhos de disciplina e justificação com o objetivo de apurar as faltas de seus funcionários.

A Polícia Civil também tem por base a hierarquia e a disciplina, mas pode-se dizer que seja mais temperada. Também há sindicância e o próprio inquérito policial para apurar faltas de seus integrantes.

Quanto aos regimes de trabalho das duas organizações, pode-se dizer que na PM é, via de regra, de seis horas de serviço por dezoito horas de folga, havendo obrigatoriamente um dia de folga na semana. Por outro lado, existe ainda o serviço de caráter administrativo e do de guarda de quartéis, estabelecimentos penais e dos prédios e poderes constituídos.

Já o regime da Polícia Civil é dividido entre o pessoal de plantão e o pessoal do expediente administrativo que, normalmente, cumpre quarenta

e quatro horas semanais. No entanto, como está sujeito ao regime de tempo integral e, mais ainda, em virtude do número de componentes ser bastante inferior em relação ao efetivo da PM, mesmo estando em horário ou dia de folga, fica o policial pronto para qualquer emergência, principalmente nas cidades do interior.

No que tange à instrução, pode-se dizer que nas PMs ela é de vital importância, pois além daquela ministrada no exato momento em que o policial é lançado no serviço e que objetiva reciclá-lo com tudo aquilo que aconteceu nas suas horas de folga e que é de interesse para o cumprimento da missão e a instrução centralizada, é ministrada ao longo de todo o ano e que visa manter e atualizar conhecimentos técnicos-profissionais.

Na Polícia Civil a instrução limita-se ao curso de formação quando do ingresso na carreira, seja qual cargo for.

Todos os conhecimentos adquiridos em cursos de aperfeiçoamento ao longo da vida profissional devem-se a esforços particulares de um ou outro policial, visto que a organização não está estruturada, nem voltada para isso.

Embora rápidas essas considerações sobre as organizações policiais, fica demonstrado que, não obstante elas cumprirem suas missões que se completam, existe um abismo entre ambas. Este abismo está colocado na esfera da mentalidade das duas corporações.

Apreciando o imenso universo da segurança pública, em nosso país, pode-se dizer que em todos os Estados da Federação, a Polícia Civil e a Polícia Militar estão em permanente conflito. As acusações são mútuas, as posições são antagônicas e muito embora as cúpulas tentem negar sabe-se, pela prática, que as áreas de atrito são imensas. As conseqüências desta guerra surda são nocivas para a sociedade, pois se sabe, ou melhor dizendo, pode-se afirmar, como já provado anteriormente, que elas devem funcionar harmoniosamente, pois suas missões se completam.²³⁷

Certamente, por conta da diferença cultural entre as instituições, a unificação não seria um processo fácil, mas as dificuldades não justificam a subsistência do sistema atual.

A criação de uma nova polícia propiciaria o desenvolvimento de uma nova filosofia, que mesclasse os pontos positivos de cada uma das organizações.

Isto seria possível a partir da formação dos policiais, que se submeteriam a um curso único de formação e treinamento, com grade curricular diversificada, que incluísse matérias de ciências humanas, como psicologia e sociologia, jurídicas, direito penal, processual, administrativo e constitucional, e, especialmente, matérias técnicas e práticas, relacionadas às funções policiais.

Além disso, a nova polícia poderia temperar características das duas organizações, estabelecendo normas sobre hierarquia e disciplina que não fossem nem tão rígidas como

²³⁷ MAGALHÃES, Osmar Patti. Perspectivas a unificação das polícias estaduais. **Revista Jurídica da Universidade de Franca**, ano 7, n.12, 2004, p.175-176.

as da polícia militar, nem tão brandas como as da polícia civil.

Por fim, é razoável acreditar que os integrantes dessa nova polícia, cujo convívio deveria ser estimulado, passariam a se ver como pares, e não como rivais.

8.5.2.4 Ciclo completo de polícia

O ciclo completo de polícia se caracteriza pela atribuição a uma única instituição policial das atividades de polícia ostensiva, preservação da ordem pública, investigação e formalização dos atos de polícia judiciária. No Brasil, essas atribuições estão divididas entre a polícia militar e a polícia civil.

Em tese, o trabalho da polícia militar se encerra quando, interrompido o fato supostamente delituoso e detido o autor, a ocorrência é apresentada na delegacia de polícia.²³⁸ A partir de então, a polícia civil passa a ser a responsável pela condução do caso, cabendo-lhe decidir se comporta ou não a instauração de inquérito policial e, em caso positivo, iniciar a investigação e a formalização dos atos de polícia judiciária.

A divisão implica a repetição desnecessária de atos e aumenta a possibilidade de interpretações divergentes, o que resulta em descrédito da polícia como um todo e prejuízo para o funcionamento da justiça.

No sistema atual, a ocorrência é documentada duas vezes, primeiro pela polícia militar – que lavra o boletim de ocorrência militar (B.O.P.M) – e depois pela polícia civil – que lavra o boletim ou registro de ocorrência (B.O ou R.O).

Essa ocorrência é muitas vezes interpretada de forma diferente pela polícia militar e pela polícia civil. A divergência sobre o enquadramento do fato é frequente, por exemplo, nos delitos envolvendo drogas. É comum uma polícia enquadrar o fato como tráfico ilícito de entorpecentes e a outra enquadrar o mesmo fato como porte para uso próprio.

Essa divergência poderia se verificar ainda que a ocorrência fosse atendida por integrantes de uma mesma instituição. Por muitas razões. O enquadramento do fato nem sempre é simples, pelo contrário. Cada profissional pode interpretar a lei de forma mais rígida ou mais branda, dando mais ou menos importância para particularidades do caso concreto. Esse problema não é exclusivo da polícia e uma das dificuldades do judiciário é a

²³⁸ No Estado de São Paulo, em 9 de maio de 2015, a Secretaria de Segurança Pública editou a Resolução n.57/15, versando sobre o atendimento e registro de ocorrência, com o objetivo de “aprimorar a qualidade e eficiência dos serviços prestados à coletividade”, e estabeleceu normas para supostamente regular “a atuação conjunta dos organismos policiais”.

busca pela uniformidade, que sempre será relativa. Mas é razoável acreditar que, sendo os intérpretes do fato integrantes de duas instituições com formações e comandos diferentes, essa divergência se verifique com mais frequência e de forma mais prejudicial, potencializando o sentimento de competição e de rivalidade entre os integrantes das duas instituições.

Juvenal Marques Ferreira Filho,²³⁹ delegado de polícia e ex-integrante da polícia militar, sem defender a unificação das polícias, propugna pelo ciclo completo:

O sistema de segurança pública adotado no Brasil é seccionado entre várias polícias com atribuições especificadas no artigo 144 da Constituição Federal. No entanto, na prática as ações desenvolvidas pelas instituições e corporações policiais, mormente no âmbito estadual, se confundem. O policiamento ostensivo está definido como atribuição da Polícia Militar, enquanto as ações investigativas para a apuração de crime são de atribuição da Polícia Civil. O chamado ciclo incompleto de polícia tem gerado atritos entre as polícias estaduais, uma vez que acabam por desenvolver formas de policiamento com invasão na área de atuação umas das outras. Assim, a polícia militar mantém pelotões de investigação para depois efetuar o patrulhamento direcionado para as áreas investigadas para a produção de flagrantes, enquanto a polícia civil mantém equipes uniformizadas também com ações direcionadas a impedir a ocorrência de determinados crimes, como as equipes de combate a roubo a bancos e os grupos especializados (GOE) para o enfrentamento com o crime organizado, onde o armamento normalmente utilizado geralmente é de uso restrito das forças armadas com alto poder de fogo. Aliás, quando a polícia civil realiza o policiamento ostensivo o faz de maneira muito mais dinâmica e efetiva do que a Polícia Militar, onde a cadeia hierárquica truncada faz com que, além dos policiais militares empregados no ostensivo, tenha necessariamente uma supervisão por sargentos, que por sua vez são supervisionados por um oficial. As equipes especializadas da Polícia Civil realizam o policiamento ostensivo especializado com menos homens, menos despesas e a mesma efetividade da PM. Diante desse quadro de atrito, competitividade e falta de identidade das polícias estaduais, surgiu a tese do ciclo completo de polícia. No entanto, de maneira equivocada, alguns pseudo especialistas em polícia têm pregado a implantação do ciclo completo com o direcionamento para aumento de atribuições da Polícia Militar, conforme a incidência penal. Na linha doutrinária desses “especialistas”, dependendo da incidência penal, a Polícia Militar atenderia e implementaria as providências até o final da ocorrência, inclusive as providências de natureza jurídica, portanto usurpando as funções da polícia civil, para a qual não tem preparo, sem se reportar à Autoridade Policial. Ora a divisão de atribuições já está prevista na Carta Magna, no entanto, o que temos visto é que na prática isso não funciona. A desorganização do aparelho policial do Estado Brasileiro é patente,

²³⁹ O autor é bacharel em direito pela Universidade Católica de Santos, delegado de polícia (desde 1984), ex-soldado da polícia militar de São Paulo (1980-1989), onde alcançou a graduação de segundo sargento, e ex-investigador de polícia (1989-1994).

enquanto o crime organizado se expande em escalada assustadora, não só pela força do material bélico empregado, logística, ações cada vez mais ousadas, da corrupção diante de polícias mal pagas, mas também pela preparação, inclusive com custeio de curso superior, para a infiltração de agentes dessas organizações criminosas nos três Poderes da República.

O ciclo completo de polícia pressupõe uma única polícia com a atribuição da execução do policiamento urbano e combate às diversas formas de criminalidade com a repressão adequada, quer nos crimes comuns como também no crime organizado. Para o sucesso nessa empreitada, a polícia tem que desenvolver ações organizadas no policiamento ostensivo perfeitamente integradas com ações de inteligência, não somente para minimizar a incidência criminal, como também para a efetiva investigação com a colheita de provas para a persecução penal a ser desenvolvida pelo Ministério Público. O crescimento e o aperfeiçoamento do crime organizado não permitem mais ao Estado Brasileiro o amadorismo em ações de Segurança Pública.²⁴⁰

O autor não defende a unificação das polícias, apenas o ciclo completo. Para ele, a polícia civil deveria ter atribuição para desenvolver ações para a prevenção, com o policiamento ostensivo, a investigação e a repressão ao crime de forma unificada, reservando à polícia militar o controle de distúrbios civis e as operações especiais táticas.

Azor Lopes da Silva Júnior, embora em texto que não versa sobre a unificação das polícias, sublinha:

A artificial divisão de atribuições entre os órgãos encarregados de segurança pública, gerada por paradigmas arraigados no inconsciente das instituições policiais e de parcelas da comunidade jurídica, conduz a equívocos teóricos com reflexos práticos nas ações de defesa social e de persecução penal, fazendo crer que as polícias militares têm a exclusiva função de prevenção e as polícias civis se constituem meros órgãos de registro formal de eventos criminosos, à semelhança de instâncias jurídicas extrajudiciais.²⁴¹

Por fim, Osmar Patti Magalhães²⁴² afirma que o modelo atual deve ser reformulado e argumenta que a ruptura no procedimento policial integral que hoje ocorre com a sucessiva atuação das duas polícias acarreta perda de eficiência e grave comprometimento ao interesse da segurança pública.

²⁴⁰ FERREIRA FILHO, Juvenal Marques. O ciclo completo de polícia judiciária. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n.2620, 03/09/10. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17331>>. Acesso em: 25 maio 2015.

²⁴¹ SILVA JÚNIOR, Azor Lopes da. OPES. A face oculta da segurança pública. **Revista Jurídica Consulex**, 2007, n.259, p.30.

²⁴² MAGALHÃES, Osmar Patti. Perspectivas para a unificação das polícias estaduais. **Revista Jurídica da Universidade de Franca**, ano 7, n.12, 2004.

8.6 Considerações finais

A forma como as polícias civil e militar estão estruturadas no Brasil é apontada por estudiosos como um fator de ineficiência da investigação criminal.

Muitos são os pontos problemáticos, mas, no contexto desta pesquisa, merece atenção a ausência do ciclo completo de polícia. A quebra do ciclo prejudica a identificação das fontes de provas. A polícia militar, em regra a primeira a ter contato com a ocorrência, é quem tem melhores condições de cumprir esse papel. No calor dos acontecimentos, as pessoas tendem a relatar o que sabem ou, ao menos, a informar se sabem de algo relacionado ao suposto crime. Passado o momento inicial, as fontes se perdem. As testemunhas frequentemente evitam se comprometer e se recusam a colaborar. Isso se forem identificadas e localizadas, pois, com muita frequência, não o são. A polícia militar não se preocupa em cumprir essa função, que não é sua, muito embora tenha melhores condições de, num primeiro momento, exercê-la. Quantas vezes, em audiência, o juiz, ao questionar o policial militar, arrolado como testemunha, o que ele apurou no local do fato, recebe resposta que ‘nada sabe’. Às vezes, o fato ocorre em bairros onde boa parte das pessoas se conhecem, onde muitos presenciaram a ocorrência ou têm informações relevantes sobre o fato. Mas nada se apura. A divisão de atribuições entre as polícias militar e civil é, sob o aspecto probatório, catastrófica, realidade que deve ser considerada pelos profissionais de direito e de segurança pública.

A unificação da polícia é assim uma alternativa a ser avaliada pelos profissionais de direito e de segurança pública, como forma de melhorar a eficiência da investigação criminal.

9 CONCLUSÃO

O sistema de justiça criminal é, no Brasil, ineficiente e, em grande parte, isso se deve à pouca importância atribuída à investigação criminal e à forma como a investigação se desenvolve.

Precisamos rever as finalidades da investigação criminal e no que se distinguem das finalidades do processo penal.

A finalidade da investigação criminal é investigar o crime e a autoria e viabilizar a reconstrução do fato passado, por meio dos elementos de informação revelados por fontes de prova.

É com base no material reunido nessa primeira fase da persecução penal que o titular da ação penal forma a *opinio delicti* e constrói sua narrativa processual. Mas também é com base nesse material que o juiz analisa o cabimento de medidas cautelares e a viabilidade de uma eventual ação penal. E, especialmente, se instaurado o processo penal, é com base nesse material que a defesa constrói a sua narrativa processual.

Daí porque consideramos equivocado o entendimento – consolidado na doutrina – de que a finalidade da investigação criminal é tão somente permitir ao titular da ação penal formar a *opinio delicti*.

O conteúdo da investigação interessa a todos os envolvidos na persecução, e não apenas ao titular da ação penal.

O fato supostamente criminoso se reconstrói fundamentalmente na primeira fase da persecução penal, razão pela qual a investigação criminal não deve se limitar a colher os elementos informativos que bastem para formar a *opinio delicti*, ou seja, o mínimo possível.

A investigação criminal, tendo por objeto um fato indeterminado, é mais abrangente que o processo penal. O titular da ação penal e o investigado devem dispor de uma quantidade suficiente de informações para elaborar as teses de acusação e de defesa e selecionar as fontes de provas condizentes com as respectivas teses. Não se reconstrói um fato com algumas poucas peças. Ainda que falte uma ou outra peça, é preciso que o quadro esteja o mais completo possível, permitindo às partes construir suas narrativas de forma mais consistente e evitando que as lacunas sejam preenchidas de forma arbitrária e sem respaldo no conjunto informativo, o que, ao final, repercute na qualidade da decisão do processo.

O momento de apurar o que aconteceu é o da investigação, e não o do processo.

Nem por isso admitimos que a investigação se prolongue. A investigação deve se desenvolver num curto espaço de tempo. A prática demonstra que as investigações mais eficientes apuram o fato rapidamente.

No mais das vezes, as investigações se prolongam pelo mau gerenciamento dos inquéritos e pelo excesso de burocracia, incompatíveis com o dinamismo exigido nessa fase da persecução, dinamismo facilitado pela ausência do contraditório.

Uma vez proposta a ação penal, delimita-se o campo de conhecimento.

O titular da ação penal, quando elabora a denúncia, realiza uma atividade de depuração, excluindo tudo aquilo que, sob sua ótica, não tem importância, limitando o objeto do processo. A partir daí, não se trata mais de saber o que aconteceu, senão de saber se o que aconteceu foi ou não o que descreve a denúncia.

O processo penal não se presta a esclarecer o crime e a autoria. Presta-se a permitir que o juiz verifique, com observância das garantias processuais, se há provas que sustentem a versão apresentada na peça acusatória inicial e extraia as consequências legais da conclusão a que chegar. Em outras palavras, o processo presta-se a legitimar ou não a acusação, não se buscando uma verdade distinta do que nela se contém, salvo, eventualmente, para prová-la falsa.

A possibilidade de aditamento da denúncia não contraria essa assertiva, pois se trata de uma possibilidade limitada e que se presta a fazer adequações – e não alterações substanciais – da acusação.

O sistema caracterizado pela divisão entre as fases de investigação e processual, embora imperfeito em sua aplicação, é adequado. Não se justifica, na fase de investigação, em que se tateia no escuro, em que o fato supostamente criminoso está pouco delineado, em que não há ainda acusação, valer-se de um procedimento formal, com direito ao contraditório e à ampla defesa, capaz de conferir aos elementos de informação o *status* de provas. O procedimento deve ser informal e dinâmico, pois não se sabe ainda o que, do que for produzido nesta fase, será aproveitado e o que, ao contrário, será, por irrelevância ou impertinência, descartado.

A importância atribuída à investigação criminal e aos elementos informativos – mesmo que se entenda que eles não podem ser utilizados, nem mesmo subsidiariamente, como fundamento da decisão –, é subestimada e isso reflete, de forma negativa, na eficiência da persecução penal.

O inquérito policial, principal veículo da investigação criminal, pode ser

conceituado como um procedimento administrativo, presidido pela autoridade policial, com a finalidade de apurar o crime e a autoria, por meio da identificação de fontes de prova e da reunião de elementos de informação, que poderão ser utilizados, especialmente, pelo titular da ação penal, pelo investigado/acusado e pelo juiz competente.

Os elementos de informação podem ser utilizados para: 1) avaliar o cabimento de medidas cautelares no curso do inquérito policial; 2) eventual recebimento, rejeição ou arquivamento da peça acusatória; 3) construção das respectivas teses pelas partes, expostas por meio de narrativas; 4) de forma subsidiária, para formar o convencimento sobre a decisão final.

O inquérito policial é um procedimento dispensável, cuja essência é reduzida a escrito e é acobertado pelo sigilo externo.

Não é sigiloso para os investigados, nem para os advogados, salvo em relação aos elementos informativos, relativos a diligências em andamento.

No inquérito, a atividade mais importante é a de investigação, atividade preponderantemente de pesquisa e de inteligência.

Apesar disso, essa atividade tornou-se secundária, enquanto a atividade de registro dos atos de investigação tornou-se preponderante, uma inversão na ordem das coisas que deve ser revista.

Precisamos ainda reavivar a distinção entre atos de investigação e o registro desses atos, o que na atualidade raramente é feito pela doutrina, em que pese fundamental e com afetação na eficiência da investigação criminal.

Na fase do inquérito, não há contraditório, mas há direito de defesa, embora limitado, nos termos da lei.

Não é a Constituição Federal quem impõe a observância do direito de defesa, mas sim o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

Trata-se de uma oportuna previsão. De um lado, a assistência do advogado garante o respeito aos direitos do investigado, que, além disso, pode ser melhor orientado. De outro, a assistência do advogado pode otimizar a eficiência da investigação criminal, pois o profissional pode colaborar para melhor esclarecer o fato.

Com relação ao contraditório, não há lei que determine a sua aplicação ao inquérito policial. E isso é positivo. O contraditório é inadequado à fase de investigação, que, como já dito, deve ser menos formal e mais dinâmica.

De fato, enquanto o inquérito não se encerra, tudo o que nele se produz tem caráter precário, pois a elucidação dos fatos ocorre de forma gradativa, na medida em que os

elementos de informação são carregados aos autos. A intervenção das partes não pode prejudicar o dinamismo que deve reger a investigação. A ciência aos interessados – não há partes – de todos os atos da investigação e a possibilidade de contrariá-los, causaria um indesejável tumulto, sem o correspondente benefício para a eficiência da investigação.

A história da investigação criminal no Brasil demonstra que já se fez muita confusão sobre o que são funções policiais e judiciárias e a quem cabe desempenhá-las. Os reflexos de toda a confusão ainda hoje são sentidos.

No âmbito da persecução penal, atribuir a cada órgão – polícia, ministério público, defesa e poder judiciário – uma função determinada, é fundamental para o equilíbrio das relações que na investigação e no processo se desenvolvem, sobretudo num sistema que se pretende acusatório.

O modelo de investigação adotado no Brasil é, por disposição constitucional, o policial.

Esse modelo é o que consideramos mais adequado, porque pressupõe uma divisão clara de funções, em que a polícia investiga, o ministério público promove ou fiscaliza a ação penal, o advogado ou defensor público defende e o judiciário decide.

Além disso, tradicionalmente, a investigação é função policial, o que também faz da polícia a instituição mais adequada para desempenhá-la.

Os problemas do modelo atual não justificam sua alteração, ainda que se reconheça que a polícia necessita de reformulações.

Apesar da previsão constitucional, há quem defenda que o ministério público também pode investigar, por não ser essa função privativa da polícia.

Discordamos desse entendimento, mas estamos convencidos de que às potenciais partes da ação penal deve ser assegurado, *em igualdade de condições*, o direito de investigar, na forma que dispuser a lei, *sem prejuízo da investigação oficial*.

De fato, a investigação pelas partes não se equipara à investigação oficial, nem pode substituí-la. Se o ministério público e o investigado pudessem investigar e contribuir para o trabalho da polícia judiciária, a quem cabe a direção da investigação, a eficiência do inquérito policial seria otimizada.

O direito à investigação decorre do direito à prova. Mas a nossa legislação não o prevê nem o regulamenta, o que causa dificuldades práticas para o seu exercício, sobretudo por parte da defesa.

O direito à investigação consiste essencialmente no direito de identificar fontes de provas e o resultado dessa busca deve ser direcionado à investigação oficial, de

responsabilidade da polícia judiciária. Se regulamentado e bem exercido pelas partes, trata-se de direito que pode contribuir para melhor esclarecer os fatos e, com isso, otimizar a eficiência da investigação.

A previsão constante do projeto de Código de Processo Penal (PL n. 8.045/2010) representa um importante avanço, capaz de contribuir para a melhoria da eficiência da investigação criminal e de reduzir a diferença de tratamento entre o ministério público e a defesa.

De fato, ministério público e investigado estão em planos desiguais – o que se sustenta pela crença de que o ministério público é uma parte imparcial – e não há entre eles paridade de armas. Esse desnível prejudica a eficiência da investigação criminal e deve ser corrigido.

Por fim, a forma como as polícias civil e militar estão estruturadas no Brasil também é apontada por estudiosos como um fator de ineficiência da investigação criminal. Muitos são os pontos problemáticos, mas, no contexto desta pesquisa, merece atenção a ausência do ciclo completo de polícia, algo desastroso sob o aspecto probatório. A unificação da polícia é, por essa razão, dentre outras, uma alternativa a ser avaliada pelos profissionais de direito e de segurança pública.

Enfim, essas são questões que, a nosso ver, repercutem na eficiência da investigação criminal e cuja reflexão consideramos necessária e oportuna.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: RT, 1973.

_____. O direito de defesa no inquérito policial, resultante da supressão da pronúncia no juízo singular. In: ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: RT, 1973.

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2013.

AZEVEDO, André Boiani; BALDAN, Édson Luís. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva (ou do direito de defender-se provando). In: **Boletim do IBCCRIM** n.137.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

_____. **Correlação entre acusação e sentença**. 3.ed. São Paulo: RT, 2013.

_____. O valor probatório do inquérito policial. In: (Coords.) AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; VASCONCELOS, Enéas Romero de. **Polícia e investigação criminal no Brasil**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

_____. **Processo penal**. 4.ed. São Paulo: RT, 2016.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 21.ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARBOSA, André Martins. **Integração de polícias civil e militar**. 3.ed. Campo Grande: Contemplar, 2015.

BARBOSA, Manoel Messias. **Inquérito policial**. Doutrina, prática e jurisprudência. 3.ed. São Paulo: Método, 2002.

BARBOSA, Marcelo Fortes. **Garantias constitucionais de direito penal e de processo penal na Constituição de 1988**. 2.ed. São Paulo: Lumen Juris, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BICUDO, Hélio. A unificação das polícias no Brasil. **Estudos Avançados** n.14, 2000.

BRAZ, José Alberto Campos. **Investigação criminal**. A organização, o método e a prova. Os desafios da nova criminalidade. 3.ed. Versão digital (*ebook*). Almedina, 2013.

CABRAL, Bruno Fontenele. Por que sou contra a PEC 51/2013 (conhecida como “PEC do Trem da Alegria”). Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/27650/por-que-sou-contra-a-pec-51-2013-conhecida-como-pec-do-trem-da-alegria>>. Acesso em: 20 nov.2016.

CARVALHO, Rodrigo de Souza. A gestão do desempenho policial: importância do feedback. **Revista Brasileira de Ciências Policiais**, v.2, n.2, jul.-dez., 2011.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 2.ed. São Paulo: RT, 2001.

CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

CLÉVE, Clemerson Merlin. Investigação criminal e ministério público. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n.1, jan.2004. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 22 dez. 2011.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de informação legislativa**, n.183, v.46, 2009.

_____. A inconstitucionalidade de lei que atribua funções administrativas do inquirido policial ao Ministério Público. **Revista de Direito Administrativo Aplicado**. Curitiba, n.2, 1994.

DAMASKA, Mirjan R. **The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process**. Versão digital (*ebook*). Yale University Press: New Haven and London, 2013.

DI PIERRO, Miguel Thomaz. **O efetivo exercício da segurança pública**. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo. Orientação de Alexandre de Moraes, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 25.ed. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 7.ed. São Paulo: RT, 2012.

_____. Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal. In: (Coords.) FERNANDES, Antonio Scarance; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. **Sigilo no processo penal**. Eficiência e garantismo. São Paulo: RT, 2008.

_____. Rumos da investigação no direito brasileiro. In: **Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel**, n.21.

_____. **A reação defensiva à imputação**. São Paulo: RT, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do garantismo penal. 4.ed. São Paulo: RT, 2014.

FERREIRA FILHO, Juvenal Marques. O ciclo completo de polícia judiciária. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n.2620, 03/09/10. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17331>>. Acesso em: 25 maio 2015.

FERREIRA, Ivette Senise. A PEC 37 e o poder investigatório do Ministério Público. MPD Dialógico. **Revista do Movimento Ministério Público Democrático** n.40, 2013.

FRAÇÃO, Amanda Palmieri. **Direito à investigação**: aspectos teóricos e consequências práticas de seu reconhecimento no processo penal brasileiro. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2012.

FRANCESCHINA, Aline Oliveira Mendes de Medeiros. A polícia militar e sua relação indissociável à segurança pública. **Revista Direito Militar** n.107, maio-jun. 2014.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: RT, 1997.

_____. Provas. Lei 11.690, de 09.06.2008. In: (Coord.) MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **As reformas no processo penal**. As novas leis de 2008 e os projetos de reforma. São Paulo: RT, 2008.

_____. Medidas cautelares e princípios constitucionais. In: (Coord.) FERNANDES, Og. Medidas cautelares no processo penal. Prisões e suas alternativas. Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: RT, 2011.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

JORGE, Estêvão Luís Lemos. **O contraditório no inquérito policial à luz dos princípios constitucionais**. Campinas-SP: Millennium, 2015.

LAZZARINI, Álvaro. Segurança pública e o aperfeiçoamento da polícia no Brasil. In: **A força policial** n.5, jan.-mar., 1995.

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto**. Versão digital (*ebook*). 7.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

LERNER, Daniel Josef. Organização policial: situação atual e modelo de organização policial para reforma no Brasil (de lege ferenda). In: (Coords.) AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; VASCONCELOS, Eneas Romero. **Polícia e investigação criminal no Brasil**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 4.ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Crime, polícia e justiça no Brasil. Versão digital (*ebook*). São Paulo: Contexto, 2015.

- LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- _____. **Investigação preliminar no processo penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- LOPES, Fábio Motta. A inconstitucionalidade da investigação criminal realizada pelo Ministério Público. **Revista da Academia Brasileira de Segurança Pública & Cidadania**, v.4, n.1, jun.-jul. 2011.
- MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: RT, 2010.
- MAGALHÃES, Osmar Patti. Perspectivas para a unificação das polícias estaduais. **Revista Jurídica da Universidade de Franca**, ano 7, n.12, 2004.
- MALAN, Diogo. Investigação defensiva no processo penal. In: (Org.) BADARÓ, Gustavo. **Doutrinas essenciais – direito penal e processo penal v.VI**. São Paulo: RT, 2015.
- _____. **Processo penal de partes: “right of confrontation” na produção da prova oral**. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2008.
- MALULY, Jorge Assaf. O Ministério Público e suas funções na investigação criminal. MPD Dialógico. **Revista do Movimento Ministério Público Democrático** n.40, 2013.
- MARCÃO, Renato Flávio. Investigação criminal promovida pelo Ministério Público. In: **Revista Magister de Direito Penal e Processo Penal**, n. 49, v. 9, p.45-51, 2012.
- MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Ministério Público**. A Constituição e as Leis Orgânicas. São Paulo: Atlas, 2015.
- MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito**. The brazilians lessons. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- _____. **A hora dos cadáveres adiados**. São Paulo: Atlas, 2013.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Curso de investigação criminal**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- MORAES, Alexandre de. **Curso de direito constitucional**. 22.ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de Processo Penal interpretado**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 1997.

MORAES, Bismael B. **Direito e polícia** – uma introdução à Polícia Judiciária. São Paulo: RT, 1986.

MOTA, Brasil; ABREU, Domingos. Uma experiência de integração das Polícias Civil e Militar: os distritos-modelo em Fortaleza. **Sociologias**, Porto Alegre, n.8, p.318-355, jul.-dez., 2002.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; SAAD, Marta. Constituição da república e exercício do direito de defesa no inquérito policial. In: (Coord.) PINHO, Ana Cláudia Bastos de; GOMES, Marcus Alan de Melo. **Ciências Criminais**. Articulações críticas em torno dos 20 anos da Constituição da República. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

NICOLITT, André. **Manual de processo penal**. 6.ed. São Paulo: RT, 2016.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. Princípios do contraditório e da ampla defesa. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang (Coordenação científica); LEONCY, Léo Ferreira (Coordenação executiva). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

OLIVEIRA, Rafael Serra. Delação anônima e investigação policial preliminar: crítica ao posicionamento do STF. In: **Boletim do IBCCRIM**, ano 17, n.208, mar. 2010.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PEREIRA, Eliomar da Silva. **Teoria da investigação criminal**. Uma introdução jurídico-científica. Coimbra: Almedina, 2010.

PIERANGELI, José Henrique. **Escritos jurídico-penais**. 3.ed. São Paulo: RT, 2006.

PINHEIRO, Paulo Sérgio; DALLARI, Dalmo de Abreu; FRANCO, Carlos Alberto di; BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; COMPARATO, Fábio Konder Comparato; MORAES, Bismael B. **O papel da polícia no regime democrático (Um simpósio na Academia de Polícia de São Paulo)**. 2.ed. São Paulo: Mageart, 2006.

PINTO, Ronaldo Batista. Investigação criminal a cargo do Ministério Público: anotações. **Revista Magister de Direito penal e processual penal**, v.9, n.54, p.40-42, 2013.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Inquérito policial: exercício do direito de defesa. In: **Boletim do IBCCrim** n.83, p.14, out.1999.

PRADO, Geraldo. A investigação criminal e a PEC 37. In: **Boletim do IBCCRIM**, n. 248, p.5-6, jul. 2013.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 12.ed. São Paulo: Atlas, 2014.

RASCOVSKI, Luiz. A investigação criminal defensiva e o papel da defensoria pública na ampla defesa da investigação. In: (Coord.) RASCOVSKI, Luiz. **Temas relevantes de direito penal e processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

RIOS, Rogério Sanches. A intervenção da defesa como expressão das garantias constitucionais: por uma efetiva atuação na fase pré-processual. In: (Orgs.) ZILIO, Jacson; BOZZA, Fábio. **Estudos críticos sobre o sistema penal** – homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário. Curitiba: Ledze, 2012.

RODRIGUES FILHO, Ivano Pedro. A extensão da competência das polícias militares no exercício da preservação da ordem pública. **Revista ‘A força policial’** n.66, São Paulo, abr.- maio.-jun., 2010.

ROLIM, Marcos. **A síndrome da rainha vermelha**: policiamento e segurança pública. Versão digital (*ebook*). São Paulo: Zahar, 2012.

RONDON FILHO, Edson Benedito. Unificação das polícias civis e militares: ciclo completo de polícia. Monografia Especialização. Segurança Pública – Cuiabá: Universidade Federal do Mato Grosso, 2003. Disponível em: <http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2012/07/Unificacao_Policias_Civis_Militares.pdf>. Acesso em: 3 out. 2014.

ROVÉGNO, André. **O inquérito policial e os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa**. Campinas-SP: Bookseller, 2005.

SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: RT, 2004.

_____. Constituição da República e exercício do direito de defesa no inquérito policial. In: (Coord.) PINHO, Ana Cláudia Bastos de; GOMES, Marcus Alan de Melo. Ciências Criminais. Articulações críticas em torno dos 20 anos da Constituição da República. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SAPORI, Luiz Flávio. **Segurança pública no Brasil**. Desafios e perspectivas. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 38.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal diretamente? Parecer apresentado em 27.08.2004, em consulta formulada pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n.49, v.12, p.368-388, 2004.

SILVA, Márcio Alberto Gomes. A natureza jurídica do cargo de delegado de polícia (e a crítica às PECs 51 73 e 361. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/30313/a-natureza-juridica-do-cargo-de-delegado-de-policia-e-a-critica-as-pecs-51-73-e-361>>. Acesso em: 20 nov.2016.

SILVA JÚNIOR, Azor Lopes da. OPES. A face oculta da segurança pública. **Revista Jurídica Consulex**, 2007, n.259.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. O poder de investigação do Ministério Público. In: MPD Dialógico. **Revista do Movimento Ministério Público Democrático** n.40, 2013.

SOARES, Gustavo Torres. **Investigação criminal e inovações técnicas e tecnológicas**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

SOBRINHO, Mário Sérgio. **A identificação criminal**. São Paulo: RT, 2003.

SOUSA, António Francisco de. **A polícia no Estado de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2009.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Poder investigatório do Ministério Público: quem tem medo da verdade? In: MPD Dialógico: **Revista do Movimento Ministério Público Democrático** n.40, 2013.

TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**. O juiz e a reconstrução dos fatos. Tradução de Vitor de Paula Ramos. Madri/Barcelona/Buenos Aires/São Paulo: Marcial Pons, 2012.

THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais**. Tempo. Tecnologia. Dromologia. Garantismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal**. Jurisdição, ação e processo penal (Estudo Sistemático). São Paulo: RT, 2002.

_____. **Ministério Público e investigação criminal**. São Paulo: RT, 2004.

_____. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 3.ed. São Paulo: RT, 2009.

VALE, Gustavo Henrique Moreira do. A “denúncia anônima” no processo penal brasileiro. In: **Boletim do IBCCrim**, ano 17, n. 208, mar. 2010.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal**. São Paulo: RT, 2003.

REFERÊNCIAS NORMATIVAS

(Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT)

ABNT NBR 6027:2012 – Informação e documentação – Informação e documentação – Sumário – Apresentação

ABNT NBR 14724:2011 – Informação e documentação – Trabalhos acadêmicos – Apresentação

ABNT NBR 15287: 2011 – Informação e documentação – Projetos de pesquisa – Apresentação

ABNT NBR 6034: 2005 – Informação e documentação – Índice – Apresentação

ABNT NBR 12225: 2004 – Informação e documentação – Lombada – Apresentação

ABNT NBR 6024: 2003 – Informação e documentação – Numeração progressiva das seções de um documento escrito – Apresentação

ABNT NBR 6028: 2003 – Informação e documentação – Resumo – Apresentação

ABNT NBR 10520: 2002 – Informação e documentação – Citações em documentos – Apresentação

ABNT NBR 6023: 2002 – Informação e documentação – Referências – Elaboração