

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ**  
**DEPARTAMENTO DE DIREITO - DIR**

**NAYDOO DOS SANTOS JÚLIO**

**A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PELA DEFESA**

**Florianópolis - SC**

**2014**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA**  
**NAYDOO DOS SANTOS JÚLIO**

**A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PELA DEFESA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito.

**ORIENTADOR: PROF. DR. ALEXANDRE MORAIS DA ROSA**

**Florianópolis - SC**

**2014**

## RESUMO

A presente monografia tem por mote central conceituar a investigação criminal defensiva, sob o enfoque do modelo garantista, demonstrando a necessidade de sua aplicação de acordo com os direitos fundamentais presentes no Estado Democrático de Direito, visto que o modelo de investigação pública tem, atualmente, forte tendência acusatória. O motivo pelo qual se aventa tal necessidade reside no fato de termos, na figura do inquérito policial, um procedimento altamente desigual, no qual não há paridade de armas entre o imputado e acusação. Não obstante a falta de contraditório e da ampla defesa, limitada dentro do procedimento investigativo, há ainda a tendenciosa atuação do Ministério Público, em muitos dos casos, como investigador, sendo que o mesmo já ocupa, na visão clássica do processo penal, a função de acusador. Para alcançar tal objetivo, faz-se, primeiramente, uma abordagem conceitual sobre a investigação criminal e suas principais características, abordando ainda a investigação a cargo do *Parquet* e a discussão que a mesma suscita, no âmbito da doutrina e jurisprudência. Em seguida, aborda-se o principal modelo investigatório utilizado no país, ou seja, o inquérito policial, descrevendo sua definição jurídica e principais características, além de seu procedimento, conforme o ordenamento jurídico. Por fim, aborda-se a relação da investigação defensiva com os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, além do princípio da igualdade entre as partes, procurando demonstrar que o imputado ou investigado tem direito equivalente ao do órgão acusatório no que se refere à investigação do possível crime. Cuida ainda da efetividade do modelo de investigação criminal.

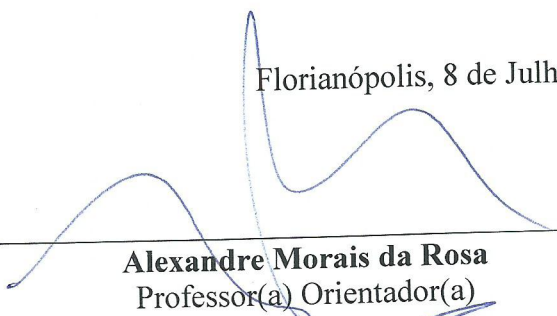
Palavras-chave: **Garantismo Penal. Inquérito policial. Investigação criminal. Investigação Criminal defensiva. Ministério Público. Princípios constitucionais do processo penal.**

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

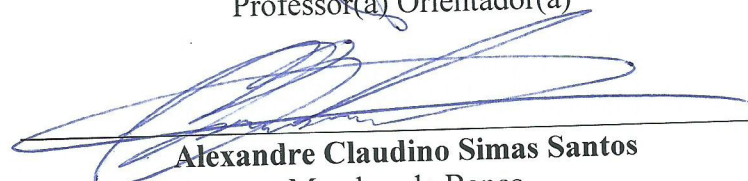
A presente monografia intitulada "**Investigação criminal pela defesa**", elaborada pelo(a) acadêmico(a) **Naydoo dos Santos**, defendida em **08/07/2014** e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 9,7 (nao e de tv), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, 8 de Julho de 2014.



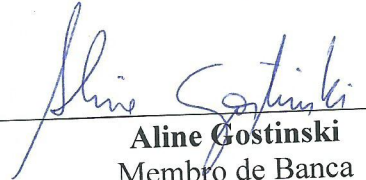
---

**Alexandre Morais da Rosa**  
Professor(a) Orientador(a)



---

**Alexandre Claudino Simas Santos**  
Membro de Banca



---

**Aline Gostinski**  
Membro de Banca

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>06</b>
<b>2 A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL .....</b>	<b>09</b>
2.1 Conceito e natureza jurídica .....	09
2.2 Características principais .....	11
2.2.1 Instrumentalidade .....	11
2.2.2 Autonomia .....	12
2.3 A investigação a cargo do Ministério Público .....	15
<b>3 O INQUÉRITO POLICIAL .....</b>	<b>20</b>
3.1 Definição e natureza jurídica .....	20
3.2 Características .....	21
3.2.1 Procedimento escrito .....	21
3.2.2 Sigilo .....	22
3.2.3 Procedimento oficial .....	23
3.2.4 Procedimento inquisitorial .....	24
3.2.5 Discricionariedade .....	25
3.2.6 Dispensável .....	26
3.3 Estrutura legal e funcionamento .....	27
3.3.1 Notícia do crime .....	27
3.3.2 Instauração do inquérito policial .....	28
3.3.3 Desenvolvimento do inquérito policial .....	30
3.3.4 Conclusão do inquérito policial .....	37
<b>4 O GARANTISMO PENAL E A PARIDADE DE ARMAS COMO PRESSUPOSTOS PARA A CONCRETIZAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA .....</b>	<b>41</b>
4.1 Considerações iniciais .....	41
4.2 O Garantismo penal .....	41
4.3 As garantias da investigação e a paridade de armas .....	44
4.3.1 Princípio do contraditório e da ampla defesa .....	45
4.3.2 Princípio da igualdade (Paridade de armas) .....	46
4.4 Investigação preliminar e o garantismo .....	48

<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>54</b>
<b>6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>57</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tratará de analisar, com brevidade e objetividade, a possibilidade de o imputado efetuar a investigação do crime de forma privada, ou seja, de forma direta, por meio de seu advogado, buscando concatenar os subsídios necessários à convicção que lhe sejam mais favoráveis. Assim, procura-se evidenciar que a investigação criminal defensiva tem fundamental importância para o processo penal acusatório, visto que se relaciona de forma íntima com os princípios da igualdade, ampla defesa e do contraditório.

O descaso recorrente diante do tema por parte da doutrina vem, há algum tempo, apresentando seus reflexos de forma contundente no panorama do processo penal, fazendo com que surjam seus mais profundos resíduos, ceifando o direito à liberdade do cidadão imputado, frente à deliberada atuação dos órgãos estatais – sobretudo pelo crescente ativismo do Ministério Público, pautado nos poderes de requisitar diligências, concedidos pela Constituição Federal. A *persecutio criminis* deixou de ser o instrumento para o controle punitivo do Estado há muito tempo, encontrando-se o imputado numa luta desleal na qual, raras vezes, acaba atingido por uma intensa pena.

A despeito das diversas desigualdades materiais que desfavorecem o imputado no campo do sistema penal brasileiro, é provável que a mais significativa ocorra na fase de investigação preliminar. Nesta o Estado, na figura da Polícia Judiciária, mediante todo seu aparato humano e material necessário, promove a colheita dos elementos de informação acerca da possível prática delituosa, amparada pelo poder de polícia.

Ante a realidade dos fatos cotidianamente apresentados na seara jurídico-penal, é notório o descaso para com o material probatório, sobretudo na fase de instrução judicial, em comparação aos elementos obtidos ainda na fase de inquérito policial, fazendo com que seja inegável a necessidade da dialética de forma concreta, ainda na fase procedimental, para que a disputa se desenvolva com a indispensável paridade de armas.

Por outro lado, importa demonstrar que a investigação criminal defensiva

não só serve para o amparo das teses defensivas, mas também afastar a possibilidade de instauração da ação penal. Isto porque proporciona o devido combate à investigação investida pelos entes públicos, ampliando o campo cognitivo do juiz, proporcionando-lhe ampla base material para análise da imputação formulada.

A relevância do tema e seu conseqüente debate no âmbito doutrinário, fazem com que o presente trabalho busque demonstrar a real necessidade da devida investigação criminal defensiva no âmbito do processo penal pátrio, mormente considere-se o inquérito policial, momento pré-processual. A pesquisa se utilizará do método de abordagem dedutivo, já que procurará descrever as características em torno da persecução criminal frente os princípios constitucionais constantes na Constituição Federal promulgada em 1988, valendo-se também de uma exposição de cunho descritivo, explanando os estudos feitos sobre o tema, tendo assim uma base bibliográfica.

Assim sendo, trataremos de abordar, inicialmente, os principais aspectos da investigação criminal, situando-a na persecução penal, conceituando-a e discorrendo sobre sua natureza jurídica, além de suas principais características. Dá-se destaque especial ao procedimento realizado pelo Ministério Público, o qual tem amplo debate nos dias atuais, visto que tal instituição tem assumido o papel de investigador, apurando as possíveis infrações penais, cumulando tal atividade com sua precípua: acusar.

O segundo capítulo tratará, quiçá, do ponto crucial na cruzada pelas devidas garantias na fase pré-processual: o inquérito policial. Como principal modelo de investigação criminal presente no ordenamento pátrio, tomará por completo o espaço do capítulo, onde se explanará sobre sua devida definição, tratando ainda de esboçar suas principais características, esmiuçando seu devido procedimento e estrutura legal.

O terceiro capítulo trará de forma concreta o debate sobre a investigação criminal defensiva como instrumento para a garantia do equilíbrio entre os sujeitos participantes do processo penal acusatório, buscando demonstrar sua validade amparada pelo modelo garantista de Luigi Ferrajoli. A paridade de armas, o contraditório e a ampla defesa constituem subsídio enriquecedor para o debate, e são eles conceituados, visto que sua incidência no inquérito policial passa longe de ser consenso, transparecendo assim o claro afastamento das garantias contidas na Magna Carta.

Ao final do terceiro capítulo, procura-se relacionar as garantias



constitucionais com os principais aspectos procedimentais da investigação defensiva, dentre os quais, o modo de execução, limites jurídicos e a valoração do conteúdo probatório obtido por meio da investigação defensiva, cuidando ainda de sua incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro, sanando assim sua imprevisibilidade.

## 2 A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

### 2.1 Conceito e natureza jurídica

A persecução criminal apresenta-se como atividade estatal de caráter informativo, na qual se verificam as circunstâncias nas quais ocorreu possível prática delituosa. A persecução criminal, no direito brasileiro, abrange três fases distintas: investigação preliminar, ação penal e execução penal.

Segundo Bonfim (2010, p. 135), a investigação criminal será indispensável quando o provável autor da ação penal não dispuser das “armas” mínimas para sua propositura, quais sejam a concreta prova da existência da infração penal e indícios que apontem o infrator, emanando desde então a finalidade de busca e coleta pelas provas.

Embora a fase investigatória possa ser realizada por meios distintos, o instrumento habitualmente acolhido no país é o inquérito policial, o qual será objeto de análise ulterior neste trabalho.

Define-se como ato de informação à autoridade acerca de determinada infração a qual, segundo Almeida (1973, p. 07-10), é composta por atos introdutórios (repetíveis e irrepetíveis), atos estes com função preparatória e preservadora, dos quais depende a imposição da pena ou aplicação de medida de segurança.

Machado (2010, p. 17) conceitua a investigação criminal como procedimento preliminar e preparatório à ação penal, do qual emana um conjunto de atos concatenados, os quais podem ser exercitados pelos sujeitos envolvidos e diretamente interessados na persecução penal, a fim de reunir elementos materiais ligados à possível infração penal.

Apesar de não considerar a investigação defensiva, acerta Lopes Jr. (2001, p. 32) ao concluir que:

*[...] podemos conceituar a investigação preliminar como o conjunto de atividades realizadas concatenadamente por órgãos do Estado; a partir de uma notícia-crime ou atividade de ofício; com caráter prévio e de natureza preparatória com relação ao processo penal; que pretende averiguar a autoria e as circunstâncias de um fato aparentemente delitivo, com o fim de justificar o exercício da ação penal ou o arquivamento (não processo)*

Quanto à natureza jurídica da investigação criminal, expõe Lopes Jr. (2001, p, 32):

A natureza jurídica da investigação preliminar será dada pela análise de sua função, estrutura e órgão. A natureza jurídica da instrução preliminar é complexa, pois nela são praticados atos de distinta natureza (administrativos, judiciais e até jurisdicionais). Por isso, ao classificá-la, levaremos em consideração a **natureza jurídica dos atos predominantes**. Isso porque, mesmo num procedimento claramente administrativo como o inquérito policial, também podem ser praticados atos jurisdicionais, mediante a intervenção do juiz, como, por exemplo, ao adotar uma medida restritiva de direitos fundamentais, como a prisão preventiva.

Diante de tal situação, Machado (2010, p. 18) explana que:

[...] a investigação criminal pode ser um procedimento judicial ou administrativo, caso o órgão encarregado pela investigação pertença ou não ao Poder Judiciário, respectivamente. Na primeira hipótese, enquadram-se os sistemas de juizado de instrução, conduzidos por Autoridade Judiciária cujos atos, naturalmente, são judiciais. Na segunda, ajustam-se as investigações a cargo da Polícia Judiciária, que pratica atos de caráter administrativo.

Assevera Lopes Jr. (2001, p. 33) que a investigação preliminar, como procedimento administrativo pré-processual (fato já discorrido anteriormente), padece de poder jurisdicional. Logo, o inquérito policial é classificado como procedimento administrativo pré-processual, visto que as atividades de investigação e constatação dos fatos contidos na notícia-crime são tipicamente policiais, administrativas.

Neste sentido:

A instrução preliminar tem a característica de ser um procedimento prévio ao processo penal, e, por isso mesmo, de natureza pré-processual e com função preparatória do processo ou do não processo. Ademais, em geral, os atos de instrução seguem o sistema inquisitivo e revestem – predominantemente – a forma escrita e secreta, contrariando o sistema acusatório, a oralidade e a publicidade que deve predominar no processo penal. Também devemos considerar o limitado alcance do contraditório e do direito de defesa. (LOPES JR., 2001, p. 36)

Outrossim, a natureza da investigação preliminar, quando conduzida pelos membros do Poder Judiciário (juízes e promotores), será de procedimento judicial pré-processual.

## 2.2 Característica principais

### 2.2.1 Instrumentalidade

Leciona Lopes Jr (2001, p. 38) que a instrumentalidade é nota predominante da investigação preliminar, considerando sua natureza pré-processual, a qual não carrega como fundamento à pena, muito menos a satisfação jurídica de uma possível pretensão. Assim sendo, destina-se a esclarecer os fatos acerca da possível infração penal, fornecendo informações para o prosseguimento ou o arquivamento da persecução penal. Tem, portanto, por objetivo imediato garantir o eficaz funcionamento da justiça, e assim sendo:

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 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 admissão 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, nesse último caso, não só evitará os elevados custos para o Estado, como também impedirá os graves efeitos nocivos que um processo infundado causa para o sujeito passivo.

De outra monta, a característica instrumental emana a função preservadora da investigação criminal, ante a possibilidade de se dar prosseguimento à persecução penal baseado em acusações que, ao longo do processo penal, mostram-se levianas ou abusivas. Neste mesmo vértice, ao realizar esta filtragem e, no caso da não propositura da ação penal, evita a estigmatização social e exonera o ente estatal dos gastos, bem como reforça a confiança do povo na justiça (LOPES JR., 2001, p.38).

Desenvolvendo-se a investigação a cargo do Ministério Público ou da Polícia, terá como destinatário de toda sua produção o acusador, absorvendo assim o propósito de abastecer o titular da ação penal. Assim:

[...] existe uma forte tendência em buscar a todo custo “municiar” o titular da ação penal, fazendo com que a instrução *seja uma via de mão única*. Nesse caso, pode-se afirmar que a instrução serve, em sentido estrito, quase que exclusivamente à acusação, pois se preocupa basicamente em buscar elementos de cargo, fechando os olhos para os de descargo [...] (LOPES JR., 2001, p.39).

Logo, vemos que a instrução a cargo do promotor ou da polícia, na prática, visa a produção de material que serve precariamente à defesa.

Porém, no sistema a cargo do juiz instrutor existe a disposição pela parcialidade no que se refere ao material probatório, visto que o juiz instrutor não tem a titularidade da ação penal. Neste sentido, Lopes Jr. (2001, p. 39) aduz:

Ademais, por sua própria formação, o juiz, mesmo quando investido na função investigadora, tende a ser mais permeável e a não transformar a investigação numa inquisição do acusador. [...] Com isso a tendência é de que o material final possa ser usufruído tanto pela acusação como pela defesa, reforçando a instrumentalidade respeito ao processo ou ao não processo, e não exclusivamente como instrumento a serviço da acusação.

Assim sendo, complementa o referido autor que é uma instrumentalidade eventual e *qualificada*, visto o caráter facultativo da instrução, bem como é um verdadeiro “*instrumento a serviço do instrumento-processo*”.

### 2.2.2 Autonomia

Quanto à autonomia da investigação preliminar, ante o processo e conseqüente ação penal, vemos três planos distintos de análise, quais sejam: objeto, sujeitos encarregados e a forma dos atos.

#### a) *Objeto*:

Segundo Lopes Jr (2012, p.284), tal plano fornece a matéria sobre a qual transcorrem os elementos integrantes da investigação preliminar, matéria esta que se traduz nos fatos contidos na notícia-crime ou obtidos *ex officio* pelos órgãos de investigação estatal.

A investigação dará cabo à transição entre o juízo de possibilidade (oriundo da notícia-crime) para uma situação intermediária, onde os atos probatórios realizados podem evoluir progressivamente, chegando assim ao juízo de probabilidade, que se reflete na existência de indícios racionais, para a admissão de uma ação penal ou adoção de medidas cautelares (LOPES JR., 2001, p. 92-93).

Tais lições deixam clara a afirmação exposta por Machado (2010, p. 21):

O objeto da investigação criminal, portanto, é a tarefa de reunir elementos materiais capazes de precisar o nível do juízo existente acerca dos fatos narrados na notícia de crime. Se permanecer o juízo de possibilidade, o investigatório deve ser arquivado. Caso se evolua para o juízo de probabilidade, inicia-se a ação penal.

Desde logo, devemos restringir a quantitativa e qualitativamente a instrução preliminar. A restrição qualitativa diz respeito à matéria da qual decorre a investigação e o determinado grau de convencimento por parte daquele que presida a investigação. Já a restrição quantitativa baseia-se no aspecto temporal, visto o respeito ao prazo determinado para findar os atos investigatórios, levando em consideração a complexidade dos fatos, a gravidade do suposto delito e a possível imposição de medida cautelar ao imputado (LOPES JR., 2001, p.96-98).

b) *Sujeitos encarregados:*

Não existem partes no processo de investigação, e desta feita observam-se apenas sujeitos, os quais intervêm na investigação criminal, mas que, normalmente, não são os mesmos presentes no processo e, além disso, o juiz instrutor não será o mesmo que atuará no processo. Ainda, a situação do imputado é diferida, visto que a investigação pode não só nascer, mas como se desenvolver sem a sua presença (o que não ocorre no processo), além de se perpetuar o tratamento típico de um simples objeto que deve tolerar os atos provenientes da investigação (LOPES JR., 2001, p. 36-37).

Segundo Machado (2010, p. 23-24), o Estado não tem exclusividade sobre a realização da investigação criminal, haja vista a possibilidade de obtenção dos elementos de convicção por particular (defensor do imputado, do ofendido ou de qualquer outra parte privada), caracterizando assim uma investigação privada, a qual enfrenta determinados limites, os quais serão alvo de análise à parte neste trabalho. Quanto à investigação criminal dirigida por órgãos estatais, denominada investigação pública, terá sua atribuição designada conforme o caso, podendo ficar a cargo da Polícia Judiciária, ao Juiz de Direito ou ao Ministério Público.

A cargo da Polícia Judiciária, esta deverá estabelecer os parâmetros de investigação, diligenciando a fim de esclarecer os fatos, atuando de forma autônoma, sem qualquer tipo de ingerência por parte do Ministério Público ou do magistrado, os quais têm por faculdade apenas a fiscalização das referidas atividades. Quando atribuída ao Juiz de Direito, o magistrado em questão, ciente da imputação, determina por iniciativa própria a instauração da investigação criminal, desenvolvendo este os atos necessários para o esclarecimento do fato contido na notícia-crime, podendo atuar de forma isolada ou com o auxílio da Polícia Judiciária. Finalmente, a figura do “promotor investigador” passar a existir quando a investigação é dirigida pelo Ministério Público

onde, a partir da notificação da realização de suposto delito, realiza por conta própria ou com o auxílio da Polícia Judiciária as diligências necessárias para apurar o fato (MACHADO, 2010, p. 24-26).

c) *Forma dos atos:*

Nos dizeres de Lopes Jr. (2012, p. 287), cabe salientar, preliminarmente, que “[...]os atos devem ser analisados segundo o *lugar, o tempo e a forma*. Na investigação preliminar, o lugar e o tempo não oferecem maiores problemas. O ponto nevrálgico está na *forma* [...]”.

A produção dos atos investigatórios pode ser realizada de forma escrita ou oral. Em que pese à possibilidade de servir como base ou única fonte para determinada decisão judicial, os atos praticados de forma predominantemente oral contrastam com a forma escrita, já que esta provoca a decisão calcada nos fatos provenientes dos atos investigatórios que foram reduzidos a termo, presente nos autos. O contraste consolida-se ante a seguinte observação: a investigação preliminar transcorre com o objetivo de amparar o juízo de pré-admissibilidade realizado pela acusação, momento no qual estão presentes as informações colhidas durante os procedimentos. Compreende-se então que, se estamos diante da decisão do juiz, tanto pelo recebimento ou não da ação penal, uma investigação preliminar que tem como base matéria puramente oral só pode existir nos sistemas em que haja uma fase intermediária contraditória (LOPES JR., 2012, p. 287).

Quanto à necessidade ou não de investigação, Machado (2010, p.27) sintetiza, de forma acertada, sua classificação:

[...] a investigação criminal classifica-se em obrigatória, facultativa ou mista, conforme a sua realização seja indispensável ou não para o exercício da ação penal. Se for facultativa, pode ser apresentada acusação formal, com esteio nos elementos probatórios já existentes, independentemente de persecução prévia<sup>1</sup>. Se for obrigatória, a abertura de processo criminal está condicionada ao resultado da instrução preliminar. Há ainda, o sistema misto, no qual a investigação é obrigatória para os delitos graves e facultativa para os crimes de menos lesividade e complexidade.

Por fim, a investigação preliminar pode ser pública ou secreta. Dando prosseguimento ao exposto por Machado (2010, p. 27), tal característica se baseia no limite ou a negativa de acesso de terceiros (considerando, também, a figura do imputado) aos atos investigatórios. Os ordenamentos jurídicos contemporâneos, em sua

---

<sup>1</sup>Art. 39, § 5º, do CPP: “O órgão do Ministério Público dispensará o inquérito, se com a representação forem oferecidos elementos que o habilitem a promover a ação penal, e, neste caso, oferecerá a denúncia no prazo de quinze dias”

grande maioria, admitem o sigilo em casos especiais visando à garantia da intimidade e privacidade do imputado ou o devido prosseguimento de determinadas diligências realizadas tendo, no entanto, a publicidade como regra, como preceituam o art. 5º, LX, da Constituição Federal e o art. 93, IX, proveniente também da Magna Carta.

### 2.3 A investigação a cargo do Ministério Público

Ocorre, nos últimos tempos, ampla discussão quanto à possibilidade de investigação do crime diretamente pelo Ministério Público, ainda que o *Parquet* tenha a titularidade exclusiva da ação penal, por força do disposto no art. 129, I, da Constituição Federal. Desta feita, o debate doutrinário e jurisprudencial corrente no Brasil contrasta com a implementação desta prática em diversos países europeus, em detrimento do modelo de investigação judicial.

Por uma questão de lógica do desenvolvimento aqui realizado, a abordagem sobre tal embate merece certa ancoragem, apontando as características principais deste modelo de investigação, a qual segue nas competentes palavras de Lopes Jr. (2012, p. 280):

Neste modelo de investigação, o promotor é o diretor da investigação, cabendo-lhe receber a notícia-crime diretamente ou indiretamente (através da polícia) e investigar os fatos nela constantes. Para isso, poderá dispor e dirigir a atividade da Polícia Judiciária (dependência funcional), de modo que tanto poderá praticar por si mesmo as diligências como determinar que as realiza a polícia segundo os critérios que ele (promotor) determinou. Assim formará sua convicção e decidirá entre formular a acusação ou solicitar o arquivamento (visto como não processo em sentido *lato*)

Logo, percebe-se um cenário no qual o Ministério Público deixa de acompanhar e participar do inquérito policial, de forma subsidiária, visto ser a Polícia Judiciária o órgão competente para direção deste, para então assumir como volante da persecução criminal.

Ocorre que diversas ações foram propostas questionando a legitimidade ministerial para com a investigação preliminar, dentre as quais ações diretas de inconstitucionalidade e habeas corpus perante o Supremo Tribunal Federal, objetivando esgotar a possibilidade de persecução penal por parte do *Parquet* (NETO, 2010, p.159).



O impasse encontra seu ponto crítico no texto constitucional o qual, segundo alguns, atribui exclusivamente à Polícia Judiciária a atividade investigatória, entendimento colocado frente à leitura restritiva do art. 144, § 4º, da Constituição Federal<sup>2</sup>. Tal leitura e entendimento não perduram frente à leitura sistemática da Constituição, visto que deve ocorrer a necessária harmonia com as demais normas (FERNANDES; PRAZERES, 2011).

Suannes (2004, p. 228) afirma, na mesma direção, porém baseado no art. 129 da Constituição Federal, que o Ministério Público não tem legitimidade para instaurar e promover a investigação preliminar, sendo tal atribuição, privativa da Polícia Judiciária.

Quanto ao dispositivo supracitado, alicerce do entendimento exposto, o Supremo Tribunal Federal declinou o seguinte entendimento:

A Constituição Federal dotou o Ministério Público do Poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (CF, art. 129, VIII). A norma constitucional não contemplou a possibilidade de o *Parquet* realizar e presidir o inquérito policial. Não cabe, portanto, aos seus membros inquirir diretamente pessoas suspeitas de autoria de crime, mas requisitar diligências nesse sentido à autoridade policial<sup>3</sup>.

Ato contínuo, a titularidade da ação penal concedida ao Ministério Público, por si só, já se constitui um óbice à sua atuação na investigação, caracterizando nítida afronta às preceituações contidas no art. 5º da Constituição Federal, nos seus incisos LIV e LV, posto que o agente ministerial se consolidou como interessado na coleta de prova desfavorável ao investigado (TUCCI, 2004, p. 80-87).

Por outro lado, é corrente a opinião de que o *Parquet* poderia dirigir a investigação preliminar, ampliando sua atividade, deixando de ser apenas um simplório fiscal dos atos desenvolvidos pela Polícia Judiciária. Este entendimento tem amparo no já citado art. 129 da CF, levando em conta os incisos I, VI, VII E VIII<sup>4</sup>; no art. 4º,

---

<sup>2</sup> Art. 144, § 4º, da CF: “Às policias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalva a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”.

<sup>3</sup> STF, RHC 81.326-7 – DF, rel. Min. Nelson Jobim, j. 06.05.2003 – UNIFORMIZAR REF.

<sup>4</sup> “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; (...); VI – expandir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva; VII – exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior; VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais”.

parágrafo único, do CPP<sup>5</sup>; em conjunto com as leis 8.265/1993 e 75/1993 (Estatuto do Ministério Público da União). Corroborando com o apresentado, Lopes Jr. (2001, p. 142-143) constata que:

[...] no plano teórico está perfeitamente prevista a atividade de investigação do promotor na fase pré-processual. Não dispôs a Constituição que a polícia judiciária tenha competência exclusiva para investigar, pois o art. 144, §§ 1º, I, e 4º, simplesmente prevêm que a Polícia Federal e a Civil deverão exercer as funções de polícia judiciária, apurando as infrações penais. Não existe *exclusividade* de competência, o legislador o fez de forma expressa e inequívoca.

De forma concatenada, Lopes Jr. (2012, p. 280-281) aponta os principais argumentos a favor da investigação preliminar a cargo do Ministério Público os quais, em síntese, seguem:

- a) Transparece uma nítida contraposição à estrutura do processo, salvo certas limitações quanto à publicidade e o contraditório;
- b) A direção por parte do acusador sustenta-se sobre o sistema acusatório, e assim sendo ocorre o distanciamento do juiz dos atos investigativos, mantendo assim a imparcialidade, fortalecendo o ideal de que o juiz deve ter como função primordial julgar, e não investigar;
- c) Ante a imagem imparcial presumida, o Ministério Público agiria com a intenção de esclarecer o suposto fato delitivo de acordo com critérios de justiça, onde o promotor buscaria esclarecer os fatos narrados na notícia-crime de acordo com os preceitos legais, decidindo assim pela acusação ou não;
- d) Por conta de sua natureza, a atividade preparatória à propositura de ação penal deverá ter como responsável, inevitavelmente, o titular da ação. Assim, ilógico o promotor apenas acusar, nos casos em que o juiz ou a Polícia Judiciária imprimam os atos preparatórios e sucessivamente produzam a averiguação dos fatos;
- e) Como atividade com fins de formação de juízo (de possibilidade ou probabilidade), a investigação preliminar presidida pelo Ministério Público tem caráter de cognição sumária. Logo, sua produção não será considerada como ato de prova, tão pouco terá valor para uma possível sentença;
- f) Em regra, emana uma melhor distribuição do poder, já que o Parquet não tem o poder de estabelecer ou determinar medidas restritivas de direitos fundamentais,

---

<sup>5</sup>Art. 4º, parágrafo único, do CPP: “A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função”.

descentralizando o procedimento e deixando tal tarefa relegada ao juiz (instância judicial de controle da legalidade dos atos de investigação). Assim, haverá equilíbrio entre os sujeitos da investigação preliminar.

Independentemente da discussão ocorrida no meio doutrinário, Neto (2010, p. 162) indica que, apesar de já ter se posicionado de maneira contrária (Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 81.326-7/DF), o Supremo Tribunal Federal tende a consolidar o entendimento de que é legítima a investigação preliminar por parte do Ministério Público.

Porém, é válido considerar a seguinte opinião, nas palavras de Rosa (2014, p. 102),

O Ministério Público (não) pode investigar. Controversa é a possibilidade de o Ministério Público investigar, dado que não previsto na Constituição, sendo objeto de repercussão geral (RE nº 593.727/MG<sup>6</sup>). Há posições de ambos os lados, com a tendência do reconhecimento da possibilidade **excepcional, não ordinária**. (grifei)

Balizando tal entendimento, os argumentos utilizados para defender a possibilidade de investigação por parte do Parquet em fundamento por um princípio básico: o Ministério Público não pode escolher em quais casos irá investigar, por conta dos princípios da impessoalidade e da legalidade, extraídos do art. 37, da Constituição Federal, até porque o art. 129, VI e VII, também da Constituição, art. 8º, LC 75/93 e art. 26 da Lei 8.265/93, sinalizam que o Ministério Público tem lugar “como jogador” na ação penal, e não na investigação. Tal juízo, explanado por Rosa (2014, p. 102), complementa-se pelo seguinte:

Não se pode transformar substantivo em adjetivo – *exclusivamente* -, como acontece com o art. 144, § 4º, da CR, por exemplo. As Resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público (nºs 13 e 20) não suprem a legalidade. O lugar do Ministério Público é de jogador da partida processual penal. A fase pré-jogo não lhe compete. Entretanto, no jogo processual, dependendo do julgador, a tese seja acolhida. É uma variável a ser invocada.

Concluindo, a investigação preliminar presidida pelo Ministério Público apresenta diferencial ante o modelo policial. Desequilibrar de forma profunda a

---

<sup>6</sup> STF, RE 593.727/MG: Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Cezar Peluso, conhecendo e dando provimento ao recurso extraordinário, reconhecendo, entretanto, a competência do Ministério Público para realizar diretamente atividades de investigação da prática de delitos, para fins de preparação e eventual instauração de ação penal apenas em hipóteses excepcionais e taxativas, nos termos do seu voto, no que foi acompanhado pelo Ministro Ricardo Lewandowski, e após os votos dos Senhores Ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello, Ayres Britto (Presidente) e Joaquim Barbosa, que negavam provimento ao recurso, reconhecendo base constitucional para os poderes de investigação do Ministério Público, nos termos dos seus votos, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Luiz Fux. Plenário, 27.06.2012.

estrutura dialética do processo é um dos pontos fundamentais para perpetuar e intensificar a discussão, já que o Ministério Público fará a dupla jornada de investigar e acusar e, ao realizar o primeiro, certamente provocará distorções para propositura ou não da acusação.

### 3 O INQUÉRITO POLICIAL

#### 3.1 Definição e natureza jurídica

O ordenamento pátrio estabelece o inquérito policial como principal modelo investigatório, instaurado em razão de possível prática de infração penal, do qual projeta-se uma série de diligências, visando a obtenção de elementos de prova para que o titular da ação possa propô-la ou não contra o possível infrator. Conceitua Capez (2012, p. 111) que:

É o conjunto de diligências realizadas pela polícia judiciária par a apuração de uma infração penal e de sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo (CPP, art. 4º). Trata-se de procedimento persecutório de caráter administrativo instaurado pela autoridade policial. Tem como destinatários imediatos o Ministério Público, titular exclusivo da ação penal pública (CF, art. 129, I), e o ofendido, titular da ação penal privada (CPP, art. 30); como destinatário mediato tem o juiz, que se utilizará dos elementos de informação nele constantes, para o recebimento da peça inicial e para a formação do seu convencimento quanto à necessidade de decretação de medidas cautelares.

Ante os diferentes posicionamentos expostos pela doutrina e jurisprudência, pode-se definir o inquérito policial como procedimento administrativo, preparatório e inquisitivo, dirigido pela autoridade policial (atuando no exercício de sua função judiciária), composto por um complexo de diligências na intenção de apurar determinada infração penal e identificar seu autor (BONFIN, 2010, p. 136).

Caracteriza-se, portanto, segundo Reis & Gonçalves (2012, p. 50):

Em suma, quando é cometido um delito, deve o Estado por intermédio da polícia civil, buscar provas iniciais acerca da autoria e da materialidade, para apresentá-las ao titular da ação penal (Ministério Público ou ofendido), a fim de que este, apreciando-as, decida se oferece a denúncia ou queixa-crime. Uma vez oferecidas, o inquérito policial às acompanhará, para que o juiz possa avaliar se há indícios suficientes de autoria e materialidade para recebê-las. Caso sejam recebidas, o inquérito policial acompanhará a ação penal, ficando anexado aos autos. Pode-se, por isso, dizer que o destinatário imediato do inquérito é o titular da ação (Ministério Público ou ofendido) e o destinatário mediato é o juiz.

Quanto à natureza jurídica, nas palavras de Duarte (2013), “[...] o inquérito policial pode ser descrito como um procedimento preliminar, de cunho administrativo e investigatório”. Nas palavras de Lopes Jr. (2012, p. 290):

A atividade carece do mando de uma autoridade com potestade jurisdicional e por isso não poder ser considerada atividade judicial e tampouco processual, até porque não possui a estrutura dialética do processo [...].

A despeito da inexistência de ordem legal rígida para a realização dos atos, tal fato não retira do inquérito a sua característica de procedimento, visto que a legislação prevê uma sequência coerente para sua devida instauração, desenvolvimento e conclusão. Ante tal flexibilidade, vícios decorrentes do procedimento não devem contaminar o processo penal, no caso de sua propositura. (LIMA, 2013, p. 71).

### 3.2 Características

A seguir, separadamente, serão expostas as características do inquérito policial.

#### 3.2.1 Procedimento escrito

Reis & Gonçalves (2012, p. 52) afirma que todos os elementos informativos serão, segundo o art. 9º do CPP, reduzidos a termo para que haja segurança com relação ao seu conteúdo. Nesta esteira, entende o autor que o ordenamento não admite a possibilidade, atualmente, de haver a produção de filmagens e seu conseqüente encaminhamento ao Ministério Público por parte do delegado responsável.

De maneira oposta, Lima (2013, p. 79), defende que:

[...] apesar de CCP não fazer menção à gravação audiovisual de diligências realizadas no curso do inquérito policial, deve-se atentar para a data em que o referido *Codex* entrou em vigor (1º de janeiro de 1942). Destarte, seja por força de uma interpretação progressiva, seja por conta de uma aplicação subsidiária do art. 405, § 1º, do CPP<sup>7</sup>, há de se admitir a utilização desses novos meios tecnológicos no curso do inquérito.

Portanto, ante a observação extensiva realizada, é legítima a obtenção de material audiovisual, desde que sirva subsidiariamente ao material já reduzido a termo.

---

<sup>7</sup> Art. 405, § 1º, do CPP: “Sempre que possível, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações

### 3.2.2 Sigilo

O sigilo do inquérito policial está condicionado à necessária elucidação do fato ou com fim de preservar o interesse social, segundo o art. 20 do CPP, não sendo então característica própria de todo inquérito instaurado, sendo ato discricionário do delegado decidir sobre a necessidade ou não do sigilo (BONFIM, 2010, p. 140).

O sigilo deve ser tratado sobre duas perspectivas distintas, as quais abrangem, de um lado, a restrição da publicidade, e do outro, o conhecimento das diligências praticadas. Bonfim (2010, p. 140) corrobora com tal entendimento, dizendo que:

*Há, entretanto, que fazer distinção entre: a) o sigilo externo e b) o sigilo interno. O sigilo externo diz respeito à restrição à publicidade dos atos de investigação com relação às pessoas do povo. Já o sigilo interno constitui impossibilidade de o investigado tomar ciência das diligências realizadas e acompanhar os atos investigatórios a serem realizados.*

Isto posto, devemos nos atentar para o alcance da determinação de sigilo no inquérito, ao passo que Capez (2012, p. 117) explica que:

O sigilo não se estende ao representante do Ministério Público, nem à autoridade judiciária. No caso do advogado, pode consultar os autos do inquérito, mas, caso seja decretado judicialmente o sigilo na investigação, não poderá acompanhar a realização de atos procedimentais (Lei 8.906/94, art. 7º, XIII a XV, e § 1º - Estatuto da OAB).

Nos casos em que há decretação do sigilo nos procedimentos, o Supremo Tribunal Federal decidiu que sua suscetibilidade ao defensor devidamente constituído esvaziaria garantia constitucional do acusado (art. 5º, LXII, da CF), a qual lhe confia, quando preso, e também lhe faculta, quando solto, a assistência técnica do advogado (CAPEZ, 2012, p.117).

Logo, a Corte Suprema deu cabo à controvérsia, nos seguintes termos:

Ademais, a Súmula Vinculante n.14 do Supremo Tribunal Federal determina que “é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizados por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”. Esta súmula deixa claro que os defensores têm direito ao acesso somente às provas já documentadas, ou seja, já incorporadas aos autos. Essa mesma prerrogativa não existe em relação às provas em produção, como, por exemplo, a interceptação telefônica, pois isso, evidentemente, tornaria inócua a diligência em andamento (CAPEZ, 2012, p.117).

Portanto, que sobre determinadas diligências dependem da manutenção do caráter sigiloso, visto que, como já dito anteriormente, o inquérito, partindo de sua

natureza procedimental e administrativa, não aplica o princípio da ampla defesa, o qual é próprio do processo.

Em suma, o sigilo deve ser respeitado na intenção de manter a intimidade e privacidade do investigado, visando preservar sua latente inocência, a qual é presumida até que se comprove ou não, mediante as diligências realizadas, a prática de infração penal.

### 3.2.3 Procedimento oficial

O inquérito deverá ser realizado pela Polícia Judiciária (Polícia Civil ou Federal), ficando o mesmo a cargo da autoridade policial em questão (delegado de polícia ou da Polícia Federal), tendo a assistência de investigadores, escrivães, agentes policiais, entre outros, quando necessário.

Esta característica aparece positiva na Carta Magna, sob o art. 144, § 1º, em conjunto também do seu § 4º, de modo que podemos expor de forma concatenada o seguinte:

A própria Constituição Federal trata do tema. O seu art. 144, § 1º, estabelece que a Polícia Federal destina -se a apurar as infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços ou interesses da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo o que a lei dispuser. Cabe, dessa forma, à Polícia Federal investigar todos os crimes de competência da Justiça Federal, bem como os crimes eleitorais. Já o art. 144, § 4º, da Constituição diz que às Polícias Cíveis (de cada Estado), dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares. A exigência de que o cargo de delegado seja exercido por autoridade de carreira pressupõe que sejam concursados, não sendo mais possível a nomeação de delegados de polícia, sem concurso, por autoridades políticas (REIS; GONÇALVES, 2012, p. 50)

Quanto ao Ministério Público, é permitido que acompanhe os atos de investigação (art. 26, IV, da Lei n. 8.625/93), o que não torna o promotor acompanhante impedido para com a propositura da ação penal, podendo ocasionalmente instaurar procedimentos investigatórios criminais na promotoria. Não obstante, a regra é de que, instaurado o mesmo na Polícia Civil, deverá esta permanecer na direção do procedimento e não, em hipótese alguma, o Ministério Público.



### 3.2.4 Procedimento inquisitorial

Aduz Capez (2012, p. 119) que:

Caracteriza-se como inquisitivo o procedimento em que as atividades persecutórias concentram-se nas mãos de uma única autoridade, a qual, por isso, prescinde, para a sua atuação, da provocação de quem quer que seja, podendo e devendo agir de ofício, empreendendo, com discricionariedade, as atividades necessárias ao esclarecimento do crime e da sua autoria.

Assim, estamos diante, novamente, de um procedimento que, perante tal natureza, não observa nem esta adstrito ao princípio do contraditório, o qual tem aplicação apenas após o início efetivo da ação penal.

Esta característica tem íntima ligação com o propósito de eficácia das diligências realizadas durante o curso do inquérito. Neste sentido, Lima (2013, p. 83) diz que “[...] fossem os atos investigatórios precedidos de prévia comunicação à parte contrária, seria inviável a localização de fontes de prova acerca do delito, em verdadeiro obstáculo à boa atuação do aparato policial. [...]”.

A doutrina apresenta como prova da característica ora versada, o art. 107 do CPP, o qual impede argüir suspeição das autoridades policiais, além do art. 14, presente no mesmo texto, que concede à autoridade policial a decisão de deferimento ou não de diligência requerida pelo ofendido ou indiciado- com reserva ao exame de corpo de delito, à vista do que indica o art. 184 (CAPEZ, 2012, p. 119).

Neste sentido, complementa-se:

Além disso, em recente alteração do CPP pela Lei n. 11.449/07, passou a ser obrigatória a remessa do auto de prisão em flagrante à Defensoria Pública dentro de 24 (vinte e quatro) horas após a prisão, caso o autuado não informe o nome de seu advogado (CPP, art. 306, § 1º). Ora, se a lei impôs a remessa do APF em até 24 (vinte e quatro) horas após a captura, denota-se que a presença do defensor não é obrigatória quando da lavratura do auto, o que acaba por confirmar o caráter inquisitorial do inquérito policial (LIMA, 2013, p. 84).

Entretanto, a ausência de aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa não exclui o fato de que tem o investigado direitos fundamentais que devem ser observados, dentre os quais o direito ao silêncio, de ter assistência jurídica, entre outros. Assim sendo, novamente apontado por Lima (2013, p. 84):

[...] se houver, no curso do inquérito, momentos de violência e coação ilegal, há de se assegurar a ampla defesa ao investigado. Daí por que o STJ deferiu ordem em *habeas corpus* para assegurar que a oitiva de testemunhas e a

quebra do sigilo telefônico, requeridas pelo investigado, e indeferidas pela autoridade policial, fossem levadas adiante no curso da investigação<sup>8</sup>.

Há, no entanto, corrente minoritária que defenda a possibilidade de ampla defesa no inquérito policial, argumentando que, sendo inapropriado suscitar o contraditório no curso da investigação (seja por falta de acusação formal ou, segundo poucos, por não ser procedimento), não seria possível inadmitir o exercício da ampla defesa, visto que esta tem lugar “em todos os crimes e em qualquer tempo, e estado de causa, tratando-se então de oposição ou resistência à imputação informal, pelo fato de lesão ou ameaça de lesão (SAAD, 2004, p. 221-222).

### 3.2.5 Discricionariedade

A autoridade policial que presida o inquérito policial tem determinada liberdade de atuação, a qual se desenvolve (presumidamente) com bom senso e razoabilidade. Aduzem Cunha & Pinto (2009, p.25) que:

[...] pode o Delegado de Polícia indeferir sua instauração, cabendo recurso de tal decisão ao *chefe de polícia*, assim entendido o Delegado-Geral de Polícia ou o Secretário de Segurança Pública (art. 5º, § 2º, CPP). Pode a autoridade policial, ainda, deferir ou indeferir a produção de prova requerida pela vítima (art. 14, CPP).

Em oposição à fase judicial, não existe um rigor procedimental a ser seguido no inquérito policial, pois os atos de investigação são realizados com base no poder discricionário dado a autoridade policial, cabendo a quem preside dar um norte, determinando a realização das diligências observando as particularidades do caso concreto. Ainda, em continuidade a esta questão, vale a ressalva feita quanto à discricionariedade, exposto aqui por Lima (2013, p. 85):

Discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei. Se a autoridade policial ultrapassa esses limites, sua atuação passa a ser arbitrária, ou seja, contrária à lei. Logo, não se permite à autoridade policial a adoção de diligências investigatórias contrárias à Constituição Federal e à legislação infraconstitucional. Assim, apesar de o delegado de polícia ter discricionariedade para avaliar a necessidade de interceptação telefônica, não poderá fazê-lo sem autorização judicial. Nos mesmos moldes, por ocasião do interrogatório policial do investigado, deverá adverti-lo quanto ao direito ao silêncio (CF, art. 5º, LXIII)

Mesmo ciente das determinações contidas nos arts. 6º e 7º do CPP, as quais relacionam diversas diligências que podem ser determinadas pela autoridade policial,

---

<sup>8</sup> STJ, 6ª Turma, HC n. 69.405/SP, Rel. Min. Nilson Naves, j. 23/10/2007, DJ 25/02/2008, p. 362

não se pode concluir que o Delegado de Polícia esteja adstrito a seguir um “ritual” procedimental exclusivo (LIMA, 2013, p. 85).

### 3.2.6 Dispensável

Perante a decorrência da característica da discricionariedade, podemos também extrair que o inquérito, como procedimento, é útil, porém dispensável. Entendendo, então, que o inquérito policial não é obrigatório, nem necessário para a propositura da ação penal, aduzem Reis & Gonçalves (2012, p. 52) que:

Há diversos dispositivos no Código de Processo Penal permitindo que a denúncia ou queixa sejam apresentadas com base nas chamadas peças de informação que, em verdade, podem ser quaisquer documentos que demonstrem a existência de indícios suficientes de autoria e de materialidade da infração penal. [...]

Ora, como a finalidade do inquérito é justamente colher indícios, torna-se desnecessária a instauração quando o titular da ação já possui peças que permitam sua imediata propositura.

Nesta esteira, o art. 28 do CPP promulga de forma categórica que o Ministério Público, entendendo que não existem elementos para oferecimento da denúncia, deve requer ao juiz o arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação, ressalvadas estas, caso o Parquet considere as provas ali contidas insuficientes, mas considerando a possibilidade de que novos elementos de convicção podem ser perquiridos pela autoridade policial em diligências, podendo assim requisitar a instalação do inquérito policial, com o devido encaminhamento das peças à autoridade. No mesmo sentido, o art. 39, § 4º, do CPP, prevê a dispensa do inquérito policial pelo Ministério Público quando houver, junto a representação, documentação que habilite o imediato desencadeamento da ação, isto nos crimes de ação pública condicionada. Por fim, o art. 40, também do CPP, determina que os juízes e tribunais, no desempenho de suas funções, deverão encaminhar cópias e documentos ao Parquet quando verifica a ocorrência de crime de ação pública, podendo o órgão ministerial intentar imediatamente a denúncia ou, entendendo pela necessidade de diligências complementares, requisitá-las de pronto ou também a instauração do inquérito policial remetendo, neste caso, as peças sob seu domínio à autoridade competente (REIS; GONÇALVES, 2012, p. 52-53).

### 3.3 Estrutura legal e funcionamento.

#### 3.3.1 Notícia do crime

O inquérito policial tem início, informalmente, com a notícia do crime, expressão esta que assinala, de forma genérica, o conhecimento pela autoridade policial de fato possivelmente criminoso. Este conhecimento é suficiente para que a autoridade inicie às investigações. Vale lembrar, quanto à função do inquérito policial, conforme Rosa (2014, p.104), que “a partir da notícia de possível crime, o Estado precisa realizar a apuração preliminar com o fim de levantar elementos mínimos de materialidade e indício de autoria. Do contrário, corre-se o risco de se iniciar a ação penal sem elementos mínimos”

Adiante, seguem as diferentes situações, apontadas pela doutrina pátria, que ensejam a dita notícia crime:

a) *Cognição direta ou imediata:*

Ocorre quando a autoridade policial toma conhecimento do fato de maneira direta, em função do exercício de sua atividade funcional, por meio de suas tarefas rotineiras, por meio da imprensa (jornais, rádio, TV), por investigação feita pela própria polícia judiciária, etc. A denúncia anônima também se enquadra nesta tipificação.

b) *Cognição indireta ou mediata:*

Ocorre quando a autoridade policial conhece o fato via comunicação formal do delito (escrita). Tal comunicação poderá acontecer de diferentes formas (requerimento da vítima ou seu representante legal, requisição do juiz ou Ministério Público – conforme hipóteses do art. 5º, II e §§ 1º, 3º e 5º, do CPP, dentro outros);

c) *Cognição coercitiva:*

Nos casos de prisão em flagrante, configurado-se a partir da apresentação do autor (art. 302, e incisos, do CPP).Ocorrerá tanto nos casos de ação pública condicionada, incondicionada, assim como nos casos de iniciativa privada – observando-se os requisitos do art. 5º, §§ 4º e 5º, do CPP;

d) *Delatio criminis:*

Ação da autoridade policial em vistas de notificação feita por popular, o qual visa às devidas providências e solicita punição do responsável. A autoridade policial não age por conta de suas investigações, muito menos por conta de qualquer provocação, mas sim pela atitude de uma pessoa que, conhecendo o fato possivelmente delitivo, solicita providências para a devida punição. Este cidadão tem, portanto, a faculdade de realizar a comunicação, e não o dever.

### 3.3.2 Instauração do inquérito policial

Aduz Lopes Jr. (2012, p. 302) que “formalmente, o IP inicia com um ato administrativo do delegado de polícia, que determina a sua instauração através de uma *portaria*”.

Assim, dispões o art. 5º do CPP que o inquérito policial terá início:

a) *De ofício (ex officio):*

Caracterizado crime de ação penal pública incondicionada, o delegado de polícia, sem requerimento do interessado, instaurará o inquérito, conforme o art. 5º, I, do CPP, desde logo baixando a portaria, inaugurando assim o procedimento investigatório (CUNHA; PINTO, 2009, p. 25).

Lima (2013, p. 88-89), lembra que a peça inicial do inquérito será uma portaria, a qual deve ser lavrada pelo Delegado de Polícia, contendo o objeto da investigação, as circunstâncias já conhecidas do fato criminoso, bem como as diligências iniciais a serem realizadas.

b) *Por requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público:*

Conforme o art. 5º, II, do CPP, o inquérito policial será iniciado, nos crimes de ação pública, por requisição do juiz ou do Ministério Público.

Há divergências quanto à obrigatoriedade de atendimento a requisição. Segundo Bonfim (2010, p. 145):

Divergem os doutrinadores, entretanto, acerca do fundamento desta obrigatoriedade. Para parte da doutrina, a instauração é obrigatória porque a requisição constitui uma ordem. O argumento, entretanto, não prospera, diante da inexistência de subordinação hierárquica do delegado de polícia em relação aos autores da requisição.

Porém, diante de uma requisição feita revestida de intencional ilegalidade (requisição para instaurar inquérito policial contra um menor inimputável, por

exemplo), a autoridade policial não terá obrigação em cumpri-la, devendo, entretanto, oficiar a autoridade requisitante sobre os motivos do descumprimento (CUNHA; PINTO, 2009, p. 26).

Ainda, aponta Lopes Jr. (2012, p. 303), a problemática quanto ao inquérito instalado pelo juiz, asseverando que:

Não cabe ao juiz iniciar o processo ou mesmo o inquérito (ainda que através de requisição) não só porque a ação penal de iniciativa pública é de titularidade exclusiva do MP, mas também porque é um imperativo do sistema acusatório.

Inclusive, quando a representação é feita ao juiz – art. 39, § 4º -, entendemos que ele não deverá remeter à autoridade policial, mas sim ao MP. Não só porque é o titular da ação penal, mas porque o próprio § 5º do art. 39 permite que o MP dispense o IP quando a representação vier suficientemente instruída e quem deve decidir sobre isso é o promotor, e não o juiz.

Perante a separação das funções de acusar, defender e julgar, dada pela redação do art. 129, I, da Constituição Federal, torna-se inadmissível a requisição para a instauração de inquérito policial por parte do juiz, em todos os casos, mantendo assim a sua imparcialidade.

De qualquer sorte, recebendo a requisição, deverá a autoridade policial proceder à imediata instauração do inquérito policial, praticando desde logo as diligências necessárias e as eventualmente determinadas pelo *Parquet*.

c) *Por requerimento do ofendido ou de seu representante legal:*

Possibilidade de instauração do inquérito policial a partir de requerimento do ofendido ou seu devido representante, conforme o art. 5º, II, segunda parte, do Código de Processo Penal.

Neste sentido:

A petição dirigida ao delegado de polícia deve vir instruída com os dados elencados no § 1º, do artigo em estudo, narrando-se os fatos e suas circunstâncias, individualizando, quando possível, o seu autor, bem como indicando testemunhas. (CUNHA; PINTO, 2009, p. 26).

O Delegado de Polícia deve, de posse desta notícia crime qualificada, verificar a procedência das informações ali contidas evitando, assim, a instauração de inquérito policial com fundo abusivo e aventureiro. Convencendo-se de que o fato narrado não encontra respaldo jurídico, nem material, deverá indeferir o requerimento do ofendido para a instauração.

### 3.3.3 Desenvolvimento do Inquérito Policial

Instaurado o inquérito policial, deverá a autoridade policial, portanto, praticar uma série de diligências – elencadas pelos arts. 6º e seguintes do CPP – que, regra geral, devem ser desenvolvidas para que a autoridade esclareça os fatos acerca da conduta supostamente delitiva, proporcionando elementos de convicção para a formação da decisão do acusador.

A seguir, serão abordadas as diversas providências a serem tomadas pela autoridade policial:

a) *Preservação do local do crime:*

Segundo o inciso I, conhecendo da possível prática delituosa, a autoridade policial deve dirigir-se ao local e isolá-lo.

A respeito da ida da autoridade policial ao local, interessante apontamento feito por Capez (2012, p. 129):

Com a nova redação do art. 6º, I, dada pela Lei nº 8.862, de 28 de março de 1994, a autoridade policial *deverá dirigir-se sempre* ao local do crime – e não somente “quando possível” – *e preservará o estado e a conservação das coisas “até a chegada dos peritos”* – e não apenas “enquanto necessário”. a regra tem correspondência no art. 169 do Código de Processo Penal, [...]

Os peritos (oficiais ou nomeados para o ato), segundo Lopes Jr. (2012, p. 313), “[...] poderão instruir seus laudos com fotografias, desenhos ou esquemas elucidativos (art. 164), registrando ainda, no laudo, as alterações do estado das coisas e a conseqüência dessas alterações na dinâmica dos fatos”.

Sobre a modificação do local do crime, lecionam Reis & Gonçalves (2012, p. 59):

Justamente a fim de garantir a preservação do local do crime, o Código Penal considera crime de **fraude processual** a conduta de “inovar artificialmente, na pendência de processo civil ou administrativo, o estado de lugar, coisa ou de pessoa, com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito”. Da mesma maneira o art. 312 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/97) considera crime a conduta de “inovar artificialmente, em caso de acidente automobilístico com vítima, na pendência do respectivo procedimento policial ou processo penal, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, a fim de induzir a erro o agente policial, o perito ou juiz”.

Notoriamente, a investigação será mais bem sucedida caso se observe dois pontos, sendo estes:

- a) Inicie imediatamente as investigações a partir do local onde ocorreu o crime, pois será ali que haverá mais possibilidades de se encontrar

alguma informação, tanto sob o aspecto da prova pericial, quanto das demais investigações subjetivas, tais como testemunhas, relatos diversos de observadores ocasionais, visualização da área para avaliação de possíveis informações de suspeitos etc.;

- b) O tempo é fator que trabalha contra investigadores de polícia e peritos criminais no esclarecimento de qualquer crime, uma vez que, quanto mais tempo se gasta para iniciar determinada investigação, fatalmente informações valiosas serão perdidas, que, em muitos casos, poderão ser essenciais para o resultado final da investigação. (LIMA, 2013, p. 94).

Os casos de acidente de trânsito apresentam uma exceção quanto à preservação do local. Nesta situação, a autoridade ou agente policial que primeiro conhecer da situação, terá a faculdade de autorizar, independentemente da realização de possível perícia, a imediata remoção das pessoas que tenham sofrido lesão, assim como dos veículos envolvidos, caso os mesmos encontrem-se na via pública prejudicando o trânsito – Lei nº 5.970/73, art. 1º. (CAPEZ, 2012, p. 130)

b) *Apreensão dos objetos relacionados ao fato:*

A autoridade policial deve, também, apreender os objetos relacionados ao fato, após a devida liberação pelos peritos criminais. Incluem-se não só os instrumentos do crime, mas todos aqueles que interessarem, ainda que de forma indireta, à elucidação dos fatos.

Nesta toada, Espínola Filho. (1976, p. 281) aduz:

A apreensão dos instrumentos utilizados para cometer o delito, bem como dos demais objetos relacionados direta ou indiretamente com os motivos, meios ou resultados da conduta delituosa, é imprescindível para o esclarecimento do fato. Da sua importância probatória decorre ainda a obrigatoriedade de que esses objetos acompanhem os autos do inquérito (art. 11). Também é importante que se fixe, com exatidão, o lugar onde foram achados, com as circunstâncias em que se verificou o encontro.

São válidas as apreensões de quaisquer objetos relacionados ao fato delituoso, sejam eles de procedência lícita ou não. Quanto à validade da apreensão destes objetos, assinala Lima (2013, p. 95) que:

Para que a apreensão seja lícita, há de se ficar atento aos requisitos da medida cautelar de busca pessoal e da busca domiciliar. A busca pessoal independe de prévia autorização judicial quando realizado sobre o indivíduo que está sendo preso, quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam o corpo de delito, assim como na hipótese de cumprimento de mandado de busca domiciliar (CPP, art. 244).

Vale lembrar que a autoridade policial pode determinar a busca e apreensão dos objetos relacionados à possível delito antes mesmo da instauração do inquérito



correspondente. Já existem decisões dando respaldo à esta situação<sup>9</sup>, as quais asseveram que a apreensão de objetos e provas procedida pela polícia no local do crime prescinde de mandado judicial antecedente, sob pena de perda da oportunidade. (BONFIM, 2010, p. 150).

c) *Colher todas as provas que servirem para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias:*

Realizar diligências que possam auxiliar o devido esclarecimento do fato, de variadas maneiras, observando as formalidades legais.

Bonfim (2010, p. 151), complementa que:

A busca por elementos de prova ocorre tanto no local do crime quanto em outros que se revelaram relevantes para o deslinde das investigações. Assim, a própria autoridade, ou quem estiver sob suas ordens, poderá realizar buscas em locais diversos (por exemplo, a residência do potencial autor do fato), escolhidos discricionariamente dentre aqueles que guardarem relação com o fato investigado.

Mais uma vez, é válido lembrar que os elementos colhidos no inquérito policial, como fase pré-processual que é, não devem ser dirigidos ou restringir-se à acusação. Como busca elucidar os fatos, os elementos obtidos, seja eles favoráveis à defesa ou a acusação, não podem ser desconsiderados.

d) *Oitiva do ofendido:*

Conforme o art. 6º, inciso IV, do Código de Processo Penal, poderá a autoridade policial ouvir a própria vítima, inclusive conduzindo-a de forma coercitiva, conforme o art. 201, § 1º, também do CPP.

Neste sentido:

As declarações da vítima devem ser tomadas com resguardo, afinal é pessoa intimamente interessada no deslinde da persecução penal. Contudo, as informações trazidas pela vítima podem ser de fundamental importância para apuração da verdade, trazendo elementos que norteiem o rumo das investigações. (TÁVORA; ALENCAR, 2013, p. 120)

No entanto, a declaração do ofendido deve ser avaliada com certa cautela, não só pelo seu latente interesse na condenação do possível infrator, mas também pela possível perturbação psicológica decorrente do fato. Além disto, como o ofendido não é testemunha, não está este comprometido a dizer a verdade.

e) *Oitiva do suspeito:*

---

<sup>9</sup> STJ, RMS, Rel. William Patterson, j. 11.9.1990; RT 665/333 e RSTJ 18/328.

Segundo o inciso V, do art. 6º do CPP, deve a autoridade policial, igualmente, ouvir o indiciado. Deve-se, para tanto, observar o que segue:

O dispositivo exige ainda que o ato seja praticado com observância das disposições legais que disciplinam o interrogatório judicial e que o termo seja firmado por duas testemunhas de leitura. Essas testemunhas não necessitam presenciar o ato em si mesmo, de modo que não são fontes dignas de saber se o ato foi realizado com as devidas garantias e respeito ao imputado ou não. (LOPES JR., 2012, p. 315)

A oitiva do suspeito na fase de inquérito policial deve observar os arts. 185 a 196 do Código de Processo Penal, os quais versam sobre o interrogatório na fase processual.

Este ato apresenta certa controvérsia, sobretudo quando se fala a respeito da presença do advogado, tendo em vista que o interrogatório aparece como ato privativo do juiz. Assim, certa parcela da doutrina entende que a autoridade policial pode admitir a presença do advogado. Porém, entende-se que sua presença não é obrigatória, nem imprescindível, visto que a natureza inquisitorial do inquérito policial não torna necessária a presença de advogado quando da oitiva do possível infrator. (LIMA, 2013, p. 96).

Porém, de forma acerta, esclarece Lopes Jr. (2012, p. 314):

[...] inafastável é que ao sujeito passivo devem ser garantidos os direitos de saber em que qualidade presta as declarações, de estar acompanhado de advogado e que, se quiser, poderá reservar-se o direito de só declarar em juízo, sem qualquer prejuízo. O art. 5º, LV, da CB é inteiramente aplicável ao inquérito policial. O direito de silêncio, Ademias de estar contido na ampla defesa (autodefesa negativa), encontra abrigo no art. 5º, LXIII, da CB, que, ao tutelar o estado mais grave (preso), obviamente abrange e é aplicável ao sujeito passivo em liberdade.

Ademais, não há como negar a necessidade da presença do advogado, bem como a possibilidade de participação da defesa, à luz da nova redação dos arts. 185, 186, 188 e ss. do CPP.

Para além da necessidade da presença do advogado, há excelente apontamento, feito por Lima (2013, p.97), o qual indaga sobre o dever da autoridade policial de assegurar ao indiciado o direito de ser ouvido no inquérito policial, o qual aduz:

A nosso ver, a partir do momento em que a Constituição Federal dispõe que o preso será informado de seus *direitos, entre os quais o de permanecer calado* (CF, art. 5º, LXIII), subentende-se que o preso, aí compreendido o suspeito, investigado ou indiciado, tem o direito de ser ouvido pela autoridade policial. Afinal, alguém só pode permanecer calado se a ele for assegurado o direito de ser ouvido. Pode o indiciado até se valer de seu direito ao silêncio, e permanecer calado, mas daí não se pode admitir que um inquérito possa ser

concluído sem que lhe seja franqueada a possibilidade de apresentar sua versão sobre os fatos sob investigação.

Logo, entendemos que é direito do investigado ser ouvido pela autoridade que preside o inquérito policial, isto antes da conclusão deste.

f) *Reconhecimento de pessoas e coisas e acareações:*

a autoridade policial deverá proceder o reconhecimento, orientando-se pelos arts. 226 e seguintes do CPP. O reconhecimento não atingirá apenas o suspeito, mas também toda e qualquer pessoa envolvida ativamente ou passivamente no fato, incluindo-se testemunhas. Conseqüentemente é passível de reconhecimento todo e qualquer objeto que interesse à investigação do possível delito.

O reconhecimento de coisas consiste na identificação dos instrumentos utilizados na prática delituosa ou para auxiliar a mesma, bem como dos objetos que constituem produto da dita prática.

Quanto ao reconhecimento de pessoas, inicia-se usualmente realizado de forma preliminar com a apresentação, por parte da autoridade policial, de álbuns fotográficos de criminosos às testemunhas e vítimas. Bonfim (2010, p. 152), de forma temerária, afirma que “referido procedimento permite iniciar a investigação e orientar a linha investigatória, concentrando-se a atenção, no que se refere à autoria delitiva, em uma pessoa determinada”.

Porém, contrariamente, adverte Lopes Jr. (2012, p. 316):

Apesar de ser um importante elemento de convicção, a costumeira falta de observância dos requisitos legais por parte da polícia faz com que – a nosso juízo – o aro deva ser visto com reservas. Ademais, quando repetido em juízo, é cometida uma grave falha: descumprimento do disposto no art. 226, II. Das duas uma: ou os juízes não colocam o réu ao lado de outras pessoas que co ele tiverem qualquer semelhança, ou convidam pessoas diversas daquelas que participaram do reconhecimento policial. Em ambos os casos, o reconhecimento é induzido. No primeiro, porque o réu é o único presente; no segundo, porque ele é o único visto pela vítima tanto na polícia como em juízo.

Não obstante os argumentos expostos acima há situação ainda mais censurável: o reconhecimento por fotografia. Excetuando-se a discutível utilização, sobretudo pela possibilidade de erros dos mais diversos na análise fotográfica, o reconhecimento por fotografias não é uma prova válida, visto que não foi expressamente considerada no sistema processual penal brasileiro.

Por fim, a acareação busca explicar ou dar cabo a divergências, por conta do confronto de depoimentos divergentes prestados. O ato de acareação será

reduzido a termo, podendo ser realizado entre investigados, entre investigado e testemunha, entre testemunhas, entre investigado ou testemunha e pessoa ofendida, e entre as pessoas ofendidas, sempre que divergirem, em suas declarações, sobre fatos ou circunstâncias relevantes. (LIMA, 2013, p. 98).

g) *Determinar, se for caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outras perícias:*

O inciso VII trata da realização do exame de corpo de delito e demais perícias. Por força do art. 158 do CPP, na existência de vestígios provenientes da infração, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

Nas palavras de Lopes Jr. (2012, p. 318):

O exame de corpo de delito pode ser realizado tanto na vítima como também no autor do delito, conforme o caso, e assegurando-se ao último o direito de não se submeter a tal exame como uma manifestação do direito de autodefesa negativo.

Trata o inciso, ainda, sobre “outras perícias”, as quais poderão englobar as mais diversas diligências como, por exemplo, o exame do sangue encontrado nas vestes do indiciado ou do esperma localizado na vítima, etc. (CUNHA; PINTO, 2009, p. 28).

h) *Identificação do indiciado:*

O inciso VIII do art. 6º do Código de Processo Penal determina que a autoridade policial deve ordenar a identificação o indiciado pelo processo datiloscópico, se possível, e fazer juntar aos autos sua folha de antecedentes. (LIMA, 2013, p. 98-99).

Porém, Rosa (2014, p. 113) explica:

Os civilmente identificados não devem ser identificados criminalmente (CR/88, art. 5º, LVII) e, não havendo documentos, cabe a aplicação da Lei nº 12.037/09. A identificação criminal consiste na extração de fotografia, impressões digitais e, nas hipóteses legais (embora violadoras da dignidade), o perfil genético. Em caso de dúvida sobre a identidade também procede a identificação criminal (STF, Súmula nº 568). A dúvida sobre a identificação é causa da manutenção da prisão cautelar (CPP, art. 313, parágrafo único).

Prevalecendo a falta dos documentos elencados pelo art. 2º da Lei 12.037/09 – dentre eles a carteira de trabalho, carteira de identidade, passaporte, etc – será o suspeito submetido à identificação criminal. No entanto, o art. 3º da mesma lei, estabelece que poderá ocorrer a identificação criminal mesmo quando apresentado o documento de identificação<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> Art. 3º Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando:

De outro lado, há de ser considerada a possibilidade de que a solicitação para identificação criminal parta da própria defesa, investindo assim contra prisões cautelares, assim como contra investigações realizadas contra pessoa errada. Lopes Jr. (2012, p. 319) lembra que “não são raros os casos de perda de documentos que acabam sendo utilizados e falsificados por terceiros para a prática de delitos”.

Ressalta-se que cabe mandado de segurança caso o civilmente identificado seja intimado a realizar a identificação criminal, ante a violação de direito líquido e certo - mormente, a doutrina e jurisprudência têm avocado o *habeas corpus* como instrumento adequado para coibir tal ato. (Bonfim, 2012, p. 157).

A autoridade competente tem o dever de tomar as medidas cabíveis para proporcionar a identificação da maneira menos constrangedora possível, conforme o art. 4º da lei em questão, bem como tal não deverá constar em atestados de antecedentes ou em informações não destinadas ao juízo criminal, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória (art. 6º).

i) *Averiguação da vida pregressa do investigado:*

Determina o art. IX que seja averiguada a vida pregressa do indiciado, observando sua relação familiar e social, condição econômica, estado de ânimo antes e depois da possível prática do crime etc. (CUNHA; PINTO, 2009, p. 28).

Quando a impetuosa influência deste ato na dosagem da pena, com fulcro no art. 59 do Código Penal, adverte Lopes Jr. (2012, p. 320):

A disposição legal é absurda, como absurdo é imaginar-se que um juiz, ao fixar a pena (art. 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 art. 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.

---

I – o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação;

II – o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado;

III – o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si;

IV – a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa;

V – constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações;

VI – o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais.

Parágrafo único. As cópias dos documentos apresentados deverão ser juntadas aos autos do inquérito, ou outra forma de investigação, ainda que consideradas insuficientes para identificar o indiciado.

Sendo assim, torna-se inadmissível a admissão de um juízo negativo sem fundamentação e base conceitual e metodológica, visto que o diagnóstico da personalidade é de extremo enredamento, tendo influências do histórico familiar, envolvendo entrevistas, avaliações, etc.

### 3.3.4 Conclusão do Inquérito Policial

Finalizada a investigação, seja por conta do prazo determinado em lei (art. 10, *caput*, do CPP), seja por entender a autoridade policial estar esgotada pela determinação e conclusão de todas as diligências possíveis tendo em vista o esclarecimento do possível fato delituoso que ensejou a mesma, a autoridade policial dará por encerrado o inquérito policial. A seguir, listar-se-ão os principais andamentos quanto ao encerramento do inquérito policial.

#### a) *Prazo:*

O inquérito tem seu termo balizado pela legislação, com prazos indicados pelo art. 10 do Código de Processo Penal, durando, normalmente, 30 dias, de acordo com a parte final do *caput* do artigo em questão, caso o autor se encontre em liberdade. Estando preso o investigado, por conta de flagrante ou de prisão preventiva decretada no transcorrer do procedimento investigatório, o prazo será de 10 dias. Tais prazos correm conforme o art. 798, § 1º, do CPP, calculando-se pelo dia do vencimento, e não o dia do começo.

Tais prazos, quando não cumpridos, não acarretam outros efeitos, exceto quando injustificados, que assim podem proporcionar desde uma punição disciplinar da autoridade, quando o indiciado estiver solto, até sua liberação, quando o mesmo encontrar-se preso.

No caso do investigado estar solto, é possível a prorrogação deste prazo, quando considerar-se o fato de difícil elucidação, mediante requerimento da autoridade policial ao juiz competente, o qual devolverá os autos e definirá novo prazo para conclusão das demais diligências. Neste sentido, importante ilustração avocada por Lima (2013, p. 114):

Portanto, caso o indiciado esteja solto, é perfeitamente possível a prorrogação do prazo para a conclusão do inquérito policial. Apesar de o CPP referir-se apenas à oitiva do juiz (CPP, art. 10, § 3º), pensamos ser obrigatória a oitiva do órgão ministerial. Afinal, como o inquérito policial dirige-se exclusivamente à formação da *opinio delicti*, ou seja, do convencimento do órgão responsável pela acusação, é possível que o Ministério Público se dê por satisfeito com os elementos de informação já produzidos nos autos da investigação policial, entendendo desnecessário o prosseguimento do inquérito policial.

Quanto ao investigado preso, é pacífico o entendimento doutrinário no sentido de que, segundo Lima (2013, p. 114):

[...] se há elementos para a segregação cautelar do agente (prova da materialidade e indícios de autoria), também há elementos para o oferecimento da peça acusatória, sendo inviável, por conseguinte, a devolução dos autos do inquérito policial à autoridade policial para a realização de diligências complementares.

A nosso ver, contrariamente, a própria segregação cautelar surge de uma espécie de “antecipação”, de natureza cautelar, a qual pode vir a ser desmentida por diligências realizadas, no intuito de aferir as provas de materialidade e autoria. Sendo assim, mesmo após ser decretada a prisão preventiva, diante da necessidade da realização de diligências que se julguem necessárias para formação da *opinio delicti*, os autos devem retornar à autoridade policial.

*b) Relatório da autoridade policial:*

O procedimento terá fim por meio da confecção de um relatório (art. 10, §§ 1º e 2º), no qual o delegado de polícia fará uma exposição – objetiva e impessoal – do que foi apurado, apontando as diligências realizadas, podendo ainda, indicar testemunhas que não foram inquiridas, citando ainda o lugar onde podem ser encontradas.

O conteúdo do relatório deve ser blindado quanto a possíveis juízos de valor, opiniões ou julgamentos sobre o caso por parte do delegado de polícia. Os autos deverão acompanhar o relatório encaminhado ao juiz competente, junto dos instrumentos e objetos que interessem, os quais estarão à disposição das partes ou do juiz.

Complementa Lopes Jr. (2012, p. 323):

[...] Tendo havido prevenção, será encaminhado para o juiz correspondente. Recebido o IP pelo juiz, dará este vista ao MP. Uma vez mais, a teor do art. 129, I, da CB, o melhor seria que o inquérito fosse distribuído diretamente ao Ministério Público.

Ante o exposto, o juiz, após o registro habitual, abrirá vista ao Ministério Público, que avaliará a natureza da ação penal – se pública ou privada. Tratando-se de um crime de ação penal privada, requererá que os autos permaneçam no cartório, aguardando a iniciativa do ofendido ou de seu representante legal (art. 19, do CPP). Sendo o crime de ação penal pública (condicionada ou incondicionada), se dará vista ao Ministério Público, que poderá proceder da seguinte maneira: oferecer a denúncia; pedir o arquivamento; suscitar conflito de atribuições (competência) ou; requerer o retorno dos autos à Delegacia de Polícia para novas diligências.

Em conclusão, aduz Lopes Jr. (2012, p. 323):

Estando o IP suficientemente instruído, o promotor poderá com base nele oferecer denúncia no prazo legal (art. 46). No relatório, não é necessário que a autoridade policial tipifique o delito apontado, mas, se o fizer, essa classificação legal não vincula o promotor [...]

A vinculação também não se consuma por possíveis conclusões expostas pela autoridade policial, e sendo assim o promotor poderá denunciar ou pedir o arquivamento mesmo tendo entendimento contrário ao explanado pelo delegado.

*c) Arquivamento:*

O arquivamento é possível, segundo a seguinte situação:

É possível que o órgão Ministério Público, após análise do inquérito policial, conclua pelo seu arquivamento, já que não se reuniram os elementos mínimos necessários para a oferta da denúncia e, tampouco, é caso de retorno dos autos à Delegacia de Polícia para novas diligências. As razões que justificam o pedido de arquivamento são as mais diversas: o fato é atípico, não há prova de sua autoria, o agente agiu acobertado por evidente causa de exclusão de ilicitude ou culpabilidade, incidiu o princípio da insignificância, dentre outras [...] (CUNHA; PINTO, 2009, p. 31)

Todavia, o art. 17 do Código de Processo Penal informa que, iniciado formalmente o IP, não poderá a autoridade policial arquivá-lo, visto não ser de sua competência tal ato. A competência para decretar o arquivamento é do juiz, e este o fará motivado por pedido do Parquet. Caso não concorde com o pedido feito pelo promotor, poderá o juiz aproveitar-se do art. 28 do CPP, enviando os autos ao Procurador Geral. (LOPES JR. 2012, p. 323)

Diametralmente, lecionam Cunha e Pinto (2009, p. 31):

Concordando com o pedido, o juiz defere o arquivamento do inquérito policial, decisão que, em regra, não faz coisa julgada material, ou seja, o inquérito poderá ser reaberto, desde que surjam novas provas, nos termos do art. 18 do código. É o teor, também, da Súmula 524 do STF.



Quanto à tese do arquivamento implícito, ocorrerá, nas palavras de Lopes Jr.(2012, p. 324):

Se o inquérito policial apura que determinado injusto penal foi praticado por “A”, “B” e “C”, e o Ministério Público oferecer denúncia apenas contra “A” e “B”, não incluindo na acusação e tampouco pedindo arquivamento em relação ao “C” [...]

Neste passo, caso A, B e C tenham sido indiciados pela prática de determinado crime, e o Promotor efetiva denúncia contra os dois primeiros, A e B, não realizando o pedido expresso de arquivamento do inquérito policial em relação a C, parcela da doutrina entende que ocorreu, de forma subentendida, o pedido de arquivamento em relação a C. Contrariamente, em posicionamento majoritário, entende-se que inexistente o arquivamento tácito, já que, ante o art. 28, poderá o juiz discordar das “razões invocadas” pelo promotor, ou seja, a posição emanada pelo Ministério Público no sentido de se efetivar o arquivamento deve ser fundamentada, caso contrário, nada impede que a denúncia seja aditada para que nela conste também C.

Lopes Jr. (2012, p. 324-325) lembra que a matéria tem ampla relevância já que, realizado o arquivamento tácito ou implícito, não caberá aditamento ou nova denúncia relacionada aquele fato ou autor, salvo existam novas provas. Há, inclusive, extrema resistência na sua aplicação, inclusive no Supremo Tribunal Federal<sup>11</sup>

---

<sup>11</sup> RHC 95.141-0, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 06/10/2009

## **4 O GARANTISMO PENAL E A PARIDADE DE ARMAS COMO PRESSUPOSTOS PARA A CONCRETIZAÇÃO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA**

### 4.1 Considerações iniciais

Visto que o Direito Penal não se concretiza fora do devido processo, se faz necessária à aplicação da pena não só o fato tipificado no seu ordenamento, mas também um prévio e devido processo penal. Como aduz Lopes Jr. (2001, p. 06), “[...] a pena não só é efeito jurídico do delito, senão que é um efeito do processo; mas o processo não é efeito do delito, senão da necessidade de impor a pena ao delito por meio do processo”.

Assim, é cediço que há uma íntima relação entre delito, pena e processo, consistindo numa relação de complementação entre estes, sobretudo porque a pena esta sujeita a existência do delito e também existência efetiva e total do processo penal, visto que o término do processo antes de sua completude, ou por conta de alguma nulidade suscitada no seu transcorrer, impede a imposição da pena.

Tal correlação servirá de alicerce para o disposto a seguir, entoando os pontos principais para a efetiva incorporação da investigação defensiva ao ordenamento jurídico brasileiro.

### 4.2 O garantismo penal

O modelo de justiça garantista ou garantismo penal estrutura-se sob a teoria esquematizada por Luigi Ferrajoli. Preliminarmente, vale suscitar importante diferenciação, a qual atesta que o Direito existe para tutelar os direitos fundamentais, conforme exposição que segue.

Por conta disso, o garantismo não se confunde e não tem relação com garantismo, formalismo ou mero processualismo. O garantismo penal versa sobre a tutela dos direitos fundamentais, que exprimem os valores, bens e interesses, pedras basilares – segundo Hobbes – do Direito e Estado, os quais são de usufruto geral e que constituem de forma substancial a democracia (FERRAJOLI, 1995, p. 28-29).

Segundo Cichovicz (2011, p. 15):

Com a ressalva feita por Zaffaroni e Nilo Batista, podemos afirmar que Luigi Ferrajoli aponta três significados para delinear o espaço de abrangência da teoria do garantismo, vez que o garantismo como um modelo de (dês) legitimação teórico acerca do estado penal. Assim, afirma que a não consonância entre as práticas normativas, francamente garantistas, ao menos na maioria dos estados constitucionais modernos, e as práticas em níveis inferiores (prática jurídica), tem levado o modelo a um propósito meramente descritivo, servindo apenas como referência, porquanto em nome de uma defesa do estado de direito, é que se tem jogado.

Diante desta constatação, a primeira das três concepções tem no garantismo um modelo normativo de direito. Logo, baseado no texto de Ferrajoli (1995, p 851-852):

Assim, no que diz respeito ao Direito Penal, o modelo de “estrita legalidade”, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É, conseqüentemente, “garantista” todo sistema penal que se confirma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente (tradução nossa).

Continuamente, podemos asseverar que garantismo visa impor limites ao poder punitivo estatal, buscando preservar a liberdade ante a possibilidade de cárcere, derrocando a legitimidade de todo e qualquer ato do Estado que afronte de forma desnecessária o direito de liberdade, já que as políticas públicas de segurança efetivadas no legítimo Estado Democrático e Social de Direito devem ter por base as medidas mais amenas possíveis, deixando a privação da liberdade como uma última alternativa (CHICHOVICZ, 2011, p. 15).

Como segunda concepção, o garantismo é uma teoria do direito e, ao mesmo tempo, crítica do direito, conforme demonstra Ferrajoli (1995, p. 852):

“Garantismo” designa uma teoria jurídica da “validade” e da “efetividade” como categorias distintas não só entre si, mas também, pela “existência” ou “vigência” das normas. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o “ser” e o “dever ser” no direito; aliás, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente

garantistas) e práticas operacionais (tendentemente antigarantistas), interpretando-a com a antinomia [...] (tradução nossa).

Compreende-se então que o garantismo atua como doutrina jurídica de legitimação e de perda de legitimação interna do Direito Penal, exigindo dos juristas e juízes um constante olhar crítico sobre as leis vigentes. Este olhar tem por fim não esconder as antinomias ou vícios antigarantistas infiltrados na norma, mas sim apontar e expulsar do ordenamento, buscando eliminar modelos discricionariamente impostos.

Por fim, a terceira e última concepção de Ferrajoli afirma que o garantismo se coloca como uma filosofia do direito e também crítica da política, já que impõe ao Direito e ao Estado a tarefa da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Assim:

Neste último sentido o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre Direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e externo na valoração do ordenamento, ou ainda entre o “ser” e o “dever ser” do Direito. E equivale à ascensão, para os fins da legitimação e da perda da legitimação ético-política do Direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo (FERRAJOLI, 1995, p. 853, tradução nossa).

Estes três pontos buscam delinear a teoria geral do garantismo exposta por Ferrajoli, destacando o caráter vinculativo existente entre o poder público e o Estado de Direito, a divergência entre validade e vigência, etc., pontos estes que não valem apenas para o direito penal.

Aduz Lopes Jr. (2001, p. 15) que no garantismo o juiz passa a tomar acentuada posição de *garantidor*, já que não pode ignorar violações ou ameaças aos direitos fundamentais presentes na constituição, como ocorrem no modelo positivista, ainda que adote uma posição diversa da maioria, devendo “[...] tutelar o indivíduo e reparar as injustiças cometidas e absorver quando não existirem provas plenas e legais”.

Ferrajoli apresenta um modelo ideal garantista, composto por dez proposições deontológicas que seriam condições indispensáveis para afirmação da responsabilidade penal e aplicação da pena. Com efeito, afirma o autor:

[...] Estes princípios, todos eles formuláveis como proposições de implicação ou condicionais, estão na realidade ligados entre si. É, pois, possível formulá-los, separar os princípios fundamentais daqueles considerados derivados e ordená-los dentro de sistemas ou modelos axiomáticos mais ou menos complexos e exigentes, conforme aqueles estejam incluídos ou excluídos em cada um desses sistemas ou modelos (FERRAJOLI, 2002, p. 73).

E complementa:

Os *axiomas garantistas* – formulados pelas implicações entre cada termo da série aqui convencionada e os termos posteriores – não expressam proposições assertivas, mas proposições prescritivas; não descrevem o que ocorre, mas prescrevem o que deva ocorrer; não enunciam as condições que um sistema penal efetivamente satisfaz, mas as que deva satisfazer em adesão aos seus princípios normativos internos e/ou a parâmetros de justificação externa (FERRAJOLI, 2002, p. 74).

São tais as proposições, a saber: (I) princípio da retributividade da pena em relação ao delito; (II) princípio da legalidade; (III) princípio da necessidade ou da economia do direito penal; (IV) princípio da lesividade do evento; (V) princípio da materialidade da ação; (VI) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; (VII) princípio da jurisdicionariade; (VIII) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; (IX) princípio do ônus da prova e; (X) princípio do contraditório ou da defesa.

Estas 10 proposições, apresentadas sistematicamente, definem um modelo-limite *garantista* de direito ou de responsabilidade penal, elaborados sob a ótica jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, que os idealizou como princípios políticos, morais ou naturais de limitação do poder penal “absoluto”. Já fora, de certa maneira, positivados, integrando assim as constituições e demais códigos, convertendo-se, desde então, em princípios jurídicos do moderno Estado de Direito. As proposições de número I a III suscitam a questão do “quando e como punir”, expressando assim as garantias relativas à *pena*; as três proposições posteriores respondem à questão do “quando e como proibir, expressando as garantias relativas ao *delito* e; as proposições de número VII a X, promulgando as garantias relativas ao *processo*, respondem aos quesitos de “quando e como julgar” (FERRAJOLI, 2002, p. 75).

#### 4.3 As garantias da investigação e a paridade de armas

Com o advento da Constituição Federal em 1988, institui-se um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, intrínsecas ao Estado Democrático de Direito que, naquele momento, se consolidava. Dentre os quais, nos importa aventar o devido

processo legal, presente no art. 5º, LIV, da citada Constituição, que pode ser considerado o pilar dos princípios processuais garantistas, do qual derivam os demais.

Interessa-nos, diante de tal constatação, examinar os princípios que, derivados do devido processo legal, balizam o sistema acusatório, compreendidos pelo princípio do contraditório e da ampla defesa e pelo princípio da igualdade, o qual diz respeito à paridade de armas entre acusação e defesa, equilibrando a balança da justiça na busca de uma responsabilização penal justa.

#### 4.3.1 Princípio do contraditório e da ampla defesa

A dialética, segundo Maurício & Henrique (2013, p. 169-170), marca o desenvolvimento da relação processual, e dela infere-se a necessidade dos sujeitos envolvidos tomarem ciência prévia, acompanharem e se manifestarem perante todos os atos processuais, podendo assim contestar afirmações e provas. Nos dizeres de Lopes Jr. (2012, p. 239):

O contraditório pode ser inicialmente tratado como um método de confrontação da prova e de comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação (expressão do interesse punitivo do Estado) e a defesa (expressão do interesse do acusado [e da sociedade] em ficar livre de acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionadas). É imprescindível para a própria existência da estrutura dialética do processo.

Assim, além de relevante garantia processual, o contraditório se coloca como um dos elementos capitais para a definição de processo. Corroborando este entendimento, Gomes Filho (1997, p. 39) leciona:

De fato, se na sua acepção lógico-filosófica o contraditório é entendido como o contraste entre posições assertivas opostas, dirigidas a se elidirem reciprocamente, no esquema processual essa contraposição só adquire sentido quando destinada à persuasão de um terceiro imparcial, ainda que não necessariamente inerte ou passivo; assim, embora se desenvolva entre dois pólos dialéticos, o contraditório processual implica uma relação triádica, que constitui afinal essência da idéia de processo.

Lopes Jr. (2008, p.511) lembra que o contraditório deve ser observado durante toda a atividade probatória, seja na postulação (possibilidade de também postular a prova, em igualdade de oportunidades e condições), admissão (possibilidade de impugnar a decisão que admite a prova), produção (possibilidade de as partes participarem e assistirem a produção de provas na instrução) e valoração na sentença

(por meio do controle da racionalidade da decisão, compreendida na sua fundamentação, que conduz a possibilidade de impugnação pela via recursal).

O contraditório na investigação criminal consiste num direito fundamental do investigado, o qual, por ser “*um elemento decisivo do processo penal*”, não pode ser convertido, de maneira alguma, em mero “requisito formal”. Deve então, ser obrigatório, sob pena de nulidade dos atos procedimentais realizados sem a real assistência do defensor técnico constituído pelo indiciado, particular ou público (TUCCI, 1993, p. 389).

Por outro lado, a ampla defesa – a qual não se confunde com o contraditório, apesar de contida no mesmo dispositivo – define-se como direito do acusado à tutela jurídica de sua liberdade.

Segundo Machado (2010, p. 105) a ampla defesa se divide em defesa técnica e autodefesa. A primeira tem por característica o subsídio jurídico ao imputado por defensor de sua confiança, diante do seu caráter indisponível, visando a garantia da igualdade, do contraditório e da imparcialidade do juízo. Quanto à autodefesa caracteriza-se como a resistência pessoal do imputado à acusação que lhe foi imposta e que, diferentemente da defesa técnica, é renunciável. Ainda, a autodefesa pode se revelar um fator positivo, caso o imputado adote uma posição pró-ativa, externando seus argumentos de defesa – fato que ocorre normalmente no momento do investigatório policial ou judicial. Pode se revelar, no entanto, um fator negativo, caso o imputado mantenha o silêncio, não contribuindo para a apuração dos fatos.

#### 4.3.2 Princípio da igualdade (paridade de armas)

Princípio dos mais importantes para o assunto alvo deste trabalho, a paridade de armas denota a garantia ao tratamento paritário entre sujeitos que estão em posição jurídica idêntica no processo, assim como a isonomia nas oportunidades entre as partes, que investem a fim de comprovar seus argumentos.

Nas palavras de Fernandes (2002, p. 63), a paridade de armas interage com o contraditório, na medida em que:

[...] coloca as duas partes em posição de similitude perante o Estado e, no processo, perante o juiz. Não se confunde com o contraditório, nem o abrange. Apenas se relacionam, pois ao se garantir a ambos os contendores o contraditório também se assegura tratamento igualitário.

Ao afirmar que as duas partes devem ter tratamento paritário, não se exclui a possibilidade, a depender da situação, de se conceder a uma das partes um tratamento especial visando compensar ocasionais disparidades, suprindo assim o desnível da parte inferiorizada, no intuito de se a paridade de armas. Este tratamento especial, em favor da defesa, encontra guarida em alguns princípios relevantes, como o *in dubio pro reo* (FERNANDES, 2002, p. 49-50).

Nos dizeres de Ferrajoli (2002, p. 490):

Para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária, por outro lado, a perfeita igualdade entre as partes: em primeiro lugar, que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação; em segundo lugar, que o seu papel contraditor seja admitido em todo estado e grau do procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciais e das perícias ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e às acareações.

Neste norte, o correto enfoque da paridade de armas leva ao reconhecimento de uma igualdade dotada de dinamismo, externada pelo suprimento das desigualdades por parte do Estado, concretizando assim uma igualdade real. As ações dentro do processo (falar, contraditar, reperguntar, opinar, requerer e participar das provas, etc.) devem ser exatamente iguais, seja para os pares dentro da relação processual (dois réus, por exemplo), seja para aqueles que ostentam posição contrária (GOMES; MAZZUOLI, 2010, p. 113).

Vale aqui citar o julgamento do HC 83.255/SP, do Supremo Tribunal Federal, o qual baliza de forma cristalina o quão importante é diferenciar a situação dos sujeitos no processo penal:

DIREITO INSTRUMENTAL - ORGANICIDADE. As balizas normativas instrumentais implicam segurança jurídica, liberdade em sentido maior. Previstas em textos imperativos, hão de ser respeitadas pelas partes, escapando ao critério da disposição. INTIMAÇÃO PESSOAL - CONFIGURAÇÃO. Contrapõe-se à intimação pessoal a intimação ficta, via publicação do ato no jornal oficial, não sendo o mandado judicial a única forma de implementá-la. PROCESSO - **TRATAMENTO IGUALITÁRIO DAS PARTES. O tratamento igualitário das partes é a medula do devido processo legal, descabendo, na via interpretativa, afastá-lo, elidindo prerrogativa constitucionalmente aceitável.** RECURSO - PRAZO - NATUREZA. Os prazos recursais são peremptórios. RECURSO - PRAZO - TERMO INICIAL - MINISTÉRIO PÚBLICO. A entrega de processo em setor administrativo do Ministério Público, formalizada a carga pelo servidor, configura intimação direta, pessoal, cabendo tomar a data em que ocorrida como a da ciência da decisão judicial. Imprópria é a prática da colocação do processo em prateleira e a retirada à livre discrição do membro do Ministério Público, oportunidade na qual, de forma juridicamente irrelevante, apõe o



"ciente", com a finalidade de, somente então, considerar-se intimado e em curso o prazo recursal. Nova leitura do arcabouço normativo, revisando-se a jurisprudência predominante e observando-se **princípios consagradores da paridade de armas**<sup>12</sup>.(grifo nosso)

Apenas a estrita observância dos princípios em todos os atos procedimentais possibilitará uma legítima decisão jurídica. Caso persista a desigualdade, é de fundamental importância que o legislador, juiz, e todos os sujeitos do processo atuem ativamente para a proteção do direito do imputado, concretizando-se assim a paridade de armas no processo penal (LOPES, 2013).

#### 4.4 Investigação preliminar e o garantismo

Ante o estudo apresentado até aqui, importa neste momento, como claro objetivo intentado, discursar sobre a devida prática da investigação criminal pela defesa.

O contraditório e o direito de defesa eram, no entendimento majoritário, inadmissíveis no inquérito policial, antes da promulgação da Carta Constitucional de 1988, visto o inquérito ser procedimento de natureza inquisitorial.

Acompanhando tal entendimento, vale lembrar a lição de Marques (1997, p. 151), jurista que proliferou forte oposição à incidência do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial:

Ao contrário do que pensam alguns, não se deve tolerar um inquérito contraditório, sob pena de fracassarem as investigações policiais, sempre que surja um caso de difícil elucidação.

[...]

Nesse ponto, foi sábio o Código, deixando à discricção da autoridade que preside o inquérito admitir os depoimentos de testemunhas do réu ou do ofendido. A investigação policial não pode ser tumultuada com a intromissão do indiciado. Somente quando o caso a averiguar é duvidoso deve a polícia atender aos pedidos de prova formulados pelo réu ou pelo ofendido. A necessidade, porém, de praticar tais atos instrutórios fica entregue à apreciação discricionária da autoridade policial.

Divergente, Almeida (1973, p. 217) apresenta a possibilidade de defesa no procedimento investigatório, proclamando o entendimento de que o investigado tem também seus direitos:

---

<sup>12</sup> STF, HC 83.255/SP, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 12/03/2004

Uma vez que o inquérito policial se destina a servir de base à denúncia ou queixa, a servir de fundamento a um despacho judicial de que resulta para o indiciado o mal do processo, seria absolutamente contrário a qualquer senso de justiça, e ao sistema mesmo de nosso processo penal, afastá-lo, como se nada tivesse ele a ver com sua própria liberdade.

A discussão tomou corpo diante da interpretação feita sob o art. 5º, LV, da Constituição Federal, por mencionar “processo administrativo” e “acusados em geral”. Incorre em erro a doutrina pátria ao declarar que o citado artigo não se aplica ao inquérito policial, já que protege os litigantes tanto nos processos judiciais, como administrativos, como é o próprio inquérito policial, além de incluir todo e qualquer acusado, generalizando sua abrangência, estendendo aos imputados o contraditório e a ampla defesa. Neste sentido, Lopes Jr. (2012, p. 305):

[...] Não há como afastar o sujeito passivo da investigação preliminar da abrangência da proteção, pois é inegável que ele encaixa na situação de “acusados em geral”, pois a imputação e o indiciamento são formas de acusação em sentido amplo.

O contraditório na investigação criminal se materializa como direito fundamental do imputado, considerado “elemento decisivo dentro do processo penal”, e que por isso mesmo não pode ser transformado em “mero requisito formal”. Assim, observar o contraditório é ato impositivo, sob pena de nulidade dos atos procedimentais realizados sem a eficaz assistência do defensor técnico devidamente constituído, conforme, também, com os arts. 5º, LXXIV, e 134 da Constituição Federal (TUCCI, 1993, p. 389-390).

O direito de defesa, seja sob o aspecto de defesa técnica ou defesa privado, também ocorreria na fase de investigação preliminar, amparada não só no texto constitucional, mas também no art. 14 do Código de Processo Penal, o qual permite a requisição de diligência pelo indiciado (MACHADO, 2010, p. 109-110).

Em complementação:

O direito de defesa é um direito natural, imprescindível para a administração da justiça. Inobstante, exige especial atenção o grave dilema que pode gerar o direito de defesa sem qualquer limite, pois poderia criar um sério risco para a própria finalidade da investigação preliminar e também para o combate eficaz da criminalidade. Por outro lado, a absoluta inexistência de defesa viola os mais elementares postulados do moderno processo penal (LOPES JR. 2001, p. 305).

Entende-se, quanto à existência concreta do contraditório, que ter direito a requerer diligências à Autoridade Policial não efetiva a existência do contraditório. Exigir momentos jurisdicionais para que se efetive tal princípio torna-se temerário, visto

que a fase procedimental guarda em si momentos essenciais para que se produza o material probatório adequado. No entanto, deve-se olhar com carinho para as diferentes situações concretas, a fim de manter o fim precípua do inquérito policial.

Por outro lado, vale distinguir direito e garantia. Tais institutos não se confundem, pois os direitos possuem natureza declaratória, já que reconhecem a existência de um bem ou vantagem a seu titular, ao passo que as garantias têm natureza assecuratória, pois se destinam a fazer valer direitos (MACHADO, 2010, p. 118).

A respeito das garantias constitucionais, Silva (1997, p. 186) complementa:

[...] essas garantias não são um fim em si mesmas, mas instrumentos para a tutela de um direito principal. Estão a serviço dos direitos humanos fundamentais, que, ao contrário, são um fim em si, na medida em que constituem um conjunto de faculdades e prerrogativas que asseguram vantagens e benefícios diretos e imediatos a seu titular.

Diante disto, é possível enxergar a investigação criminal defensiva como garantia fundamental do imputado, essencial a um processo de partes, visto que constitui instrumento para a concretização dos direitos constitucionais de igualdade e de defesa. Ainda, para a concreta paridade de armas entre os sujeitos partícipes, havendo a investigação pública, a qual objetiva principalmente angariar material probatório visando amparar a acusação (seja ela feita pelo Ministério Público ou pela própria vítima), deve-se necessariamente permitir ao imputado que, por meio de seu defensor, realize a investigação necessária a balizar suas teses defensivas (MACHADO, 2010, p. 119-120).

Neste norte, entende-se que o modelo processual penal acusatório deve se pautar pelos princípios fundamentais, transparecendo assim um modelo de ordem garantista, visto que a investigação defensiva decorre destes princípios e direitos, demonstrando assim a efetiva aplicação dos mesmos.

Portanto, a necessidade de equilíbrio entre os direitos fundamentais, a liberdade e a segurança faz com que se busque, cada vez mais, uma persecução penal que produza, em tempo razoável, um resultado justo, diante da atuação do direito punitivo com a observância de meios efetivos para a defesa da liberdade do acusado.

Segundo aponta Machado (2010, p. 171), a investigação criminal pela defesa apresenta total compatibilidade com o modelo garantista, visto que:

[...] Primeiro, porque ela coloca o imputado em igualdade de condições com a acusação, permitindo que o seu defensor recolha elementos de prova que lhe sejam favoráveis. Segundo, porque ela aumenta o campo cognitivo do

magistrado, que, ao decidir sobre a viabilidade da ação penal ou alguma medida cautelar no curso da investigação preliminar, poderá cotejar os dados resultantes da investigação pública e da defensiva.

Serve então de instrumento a favor do defensor do investigado, lhe permitindo, desde o princípio da persecução prévia ou até na eminência da instauração, recolher dados materiais benéficos à defesa dos interesses de seu cliente. Logo, o imputado deve ser comunicado sobre a existência do procedimento criminal com a maior brevidade possível, podendo assim constituir o defensor, seja ele privado ou público, o qual averiguará a necessidade de realização dos atos investigatórios (MACHADO, 2010, p. 171).

Como instrumento, Oliveira (2004, p. 58) cita alguns objetivos da investigação defensiva: (I) comprovação do alibi ou de outras razões demonstrativas da inocência do imputado; (II) desresponsabilização do imputado em virtude da ação de terceiros; (III) exploração de fatos que revelam a ocorrência de causas excludentes de ilicitude ou de culpabilidade; (IV) eliminação de possíveis erros de raciocínio a que possam induzir determinado fatos; (V) revelação da vulnerabilidade técnica ou material de determinadas diligências realizadas na investigação pública; (VI) exame do local e a reconstituição do crime para demonstrar a impropriedade das teses acusatórias; (VII) identificação e localização de possíveis peritos e testemunhas.

Mesmo que não haja procedimento criminal, pode haver a necessidade de investigação defensiva. Isto acontecerá quando qualquer cidadão teme ser objeto de uma efetiva investigação criminal, empreendendo-se assim uma investigação de caráter preventivo, a qual deve ser admitida, com as devidas limitações, visto que o defensor não pode efetuar medidas que dependam da ação da Autoridade Judiciária, já que não existe, concretamente, uma investigação pública em andamento (MACHADO, 2010, p. 173).

Neste diapasão, Machado (2010, p. 173) demonstra o alcance das limitações impostas à investigação criminal defensiva:

Também devem incidir sobre a investigação defensiva os mesmos limites da investigação pública, principalmente no que diz respeito à necessidade de prévia autorização judicial para a adoção de medidas restritivas de direitos fundamentais. A investigação defensiva possui, ainda, restrição adicional decorrente da ausência de poder de polícia, atribuído exclusivamente aos órgãos públicos [...]

Por tal motivo, o defensor depende do consentimento do titular do direito para a prática de ato investigatório.

Ressalta-se que os poderes investigatórios do defensor devem guardar equivalência aos dos órgãos públicos, por força dos princípios já elencados (paridade de armas, ampla defesa, etc.), devendo ser permitida a prática de qualquer atividade investigatória típica ou atípica, sendo vedada, porém, qualquer prática que viole os princípios constitucionais e legais.

Em tempo, é necessário que se compreenda o alcance jurídico, como fase procedimental, obtido pela investigação criminal defensiva. Assim, a investigação defensiva não tem por objetivo a busca pela verdade sobre o possível fato, mas a defesa do direito à liberdade do imputado, colhendo as provas possíveis ou de relevante importância para o devido embasamento da tese defensiva ou até para o possível arquivamento e conseqüente não oferecimento da denúncia pelo *Parquet*.

Todavia, a despeito do claro entendimento de sua necessidade, Fernandes (2005, p. 99) explana a falta de embasamento legal para a investigação defensiva:

[...] não há, em regra, no direito processual penal brasileiro, regra a respeito da investigação pela defesa. Nada impede a sua realização, mas, além de o investigado não poder contar com a colaboração da polícia, eventuais elementos obtidos pela defesa são vistos com muita desconfiança pelos promotores e juízes e, em regra, pouco considerados.

Diante de tal entendimento, o valor dado à investigação criminal defensiva é soberbamente inferior ao conferido para a investigação pública, percebendo-se resquícios do velho sistema inquisitorial, prevalecendo o entendimento de que ao investir na investigação privada, esta a defesa praticando atos visando acobertar o possível crime cometido ou eliminar possíveis provas do mesmo. Logo, esbarra na falta de regulamentação legal, a qual lhe concederia peso “idêntico” à investigação pública, definindo assim a forma de execução e documentação dos atos investigatórios pelo defensor, pautados em critérios constitucionais e legais, de suma importância para seu devido reconhecimento.

A sua inserção teria maior amplitude nos ordenamentos que admitem o *Parquet* como órgão responsável pela investigação criminal, mantendo ainda a qualidade de acusador. Esta dupla função faz com que, inegavelmente, direcione a investigação na direção que lhe convém, buscando ratificar suas teses, eliminando os interesses do imputado. Não se refuta, porém, a necessidade da investigação defensiva

concorrente à investigação pública, como ocorre no ordenamento jurídico brasileiro (MACHADO, 2010, 179).

Por fim, é necessário o entendimento de que a legislação, como dito, não regulamenta a investigação criminal defensiva, porém, também não é, como muitos alegam, seu maior obstáculo.

A despeito dos diversos Pactos internacionais recepcionados pelo Brasil, deve-se lembrar que o advogado não tem nenhum impedimento legal para exercer sua própria investigação, assim como o Ministério Público também não<sup>13</sup>.

A investigação criminal defensiva, levada a tona no ordenamento jurídico pátrio, operará uma evolução contundente no sistema, eliminando definitivamente os resquícios inquisitoriais ainda existentes, dando condições ao imputado para reunir os elementos que embasem sua defesa.

---

<sup>13</sup> Sobre os decretos e a recepção dos pactos: Maurício, Bruno e; Henrique, Diego. A possibilidade de investigação defensiva dentro do modelo constitucional brasileiro. Revista Liberdades - nº 12 - janeiro/abril de 2013. Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com efeito, o inquérito policial deveria ser meio isento para apuração dos fatos contidos na notícia crime, visto que é presidida pela Polícia Judiciária, diante da implícita imparcialidade do órgão perante os sujeitos presentes na persecução penal.

A Constituição Federal de 1988 proporcionou a adoção do modelo acusatório pelo processo penal, deflagrando a devida separação das funções de acusar, defender e julgar, tendo como princípios básicos, principalmente, a igualdade, o contraditório e a ampla defesa.

Tais princípios suscitaram, rapidamente, a imersão de interessante discussão quanto à aplicação dos mesmos no procedimento investigatório. Ora, como discorrido neste trabalho, à investigação criminal tem natureza de procedimento, o qual ocorre como espécie de preliminar do processo judicial.

Não parece certo tomar partido por um ou outro entendimento quanto à aplicação do contraditório e da ampla defesa na investigação criminal. Justifico tal entendimento pela necessária observância ao fato concreto e a realidade, tanto jurídica, como social, pois não deixa de ser necessário o restrito acesso do imputado ao procedimento, buscando resguardar sua validade e eficiência. No entanto, há uma tênue linha que atravessa esta questão, posto que a impossibilidade de colher informações importantes a cerca do fato, na fase de inquérito pode, primeiramente, ocasionar o perecer destas informações e, secundamente, impedir a apresentação de informações cruciais para um possível arquivamento do procedimento.

Neste sentido, é inegável que, tornando-se “imputado”, certa pessoa já faz parte de determinada persecução penal, acerca de um delito que possivelmente realizou. Logo, tem o direito à defesa, com conseqüente e íntimo interesse de impedir possíveis medidas cautelares desproporcionais ou até mesmo o oferecimento de denúncia e lógico ajuizamento da ação penal.

Outro importante fator localiza-se na distinção entre a faculdade de o imputado (na figura do seu defensor) requerer diligências (conforme o art. 14, do Código de Processo Penal) e a investigação privada que o mesmo pode realizar visando o embasamento das teses defensivas as quais visa apresentar. Não há igualdade nestas

situações, pois o defensor, ao requisitar as diligências, nos termos estabelecidos pela norma processual penal, tem suas pretensões restritas tanto pela linha já traçada na investigação pública instaurada, como a obrigação de demonstrar a real necessidade das diligências para os interesses do ora imputado, ainda que tais diligências tenham de ser autorizadas pelo magistrado. Diferentemente, empreendendo a investigação defensiva, terá o livre arbítrio de obter as informações que convirem com a linha investigatória traçada, devendo observar, no entanto, os critérios constitucionais e legais que versam sobre a obtenção de prova.

Para um verdadeiro equilíbrio entre acusação e defesa se faz necessária, cada vez mais, a concretização da investigação defensiva, sobretudo no âmbito legal, regulamentando-a e dando-lhe os devidos limites, proporcionando a efetividade dos princípios constitucionais.

Apesar de ainda habitar o plano teórico no Brasil, a investigação defensiva é, conforme a doutrina presente neste trabalho, usual nos Estados Unidos da América, que proporciona, por conta do seu sistema jurídico, abertura para o desempenho das funções investigatória e probatórias entre as partes. Por outro lado, entre os países que detêm a cultura jurídica romano-germânica, a atividade investigatória do defensor aparece como novidade, sendo que até o presente momento, apenas o Direito italiano o recepcionou.

Coincidentemente, o ano de 1988 também marcou uma intensa revolução legislativa no âmbito da processualística penal italiana, onde o *Parquet* passou a presidir a investigação, com a devida fixação de poderes investigatórios para os defensores do imputado e também para as partes privadas. Porém, como seria o ideal também no Brasil, houve a criação de procedimento especial de investigação pelo defensor, fato este que, somado a outras características levantadas, gerou e ainda gera reflexos nos debates no país. No entanto, mostrou a viabilidade de incorporação da investigação defensiva em um sistema acusatório, alinhado ao ideal garantista, com duplo beneficiamento: a equiparação do poder entre acusação e defesa, na busca por provas e; enriquecimento do material probatório fornecido ao magistrado, visto que ambos os dados são apresentados, dando maior respaldo às decisões.

Há de se deduzir que a inclusão da investigação criminal defensiva é fato urgente a ser lembrado e discutido pelo poder legislativo brasileiro, o qual, mediante



debate e observação dos estudos já produzidos, somados aos casos concretos, deverá considerar a implantação do modelo no processo penal pátrio. Tal instituto já possui o devido amparo, aliás, desde a promulgação da Carta Magna de 1988, a qual, ao estabelecer um rol de princípios fundamentais, lhe cedeu às devidas premissas. Não há, portanto, que se rogar e perpetuar uma investigação pública que desrespeita os fundamentos processuais, em flagrante conflito com um Estado Democrático de Direito.

## 6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios fundamentais do processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**: rev. e atual. de acordo com as Leis n. 11.900, 12.016 e 12.037, de 2009. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CICHOVICZ, Alexandre Adriano. **A política criminal para o trânsito no Brasil [dissertação]**: uma leitura a partir do garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli e do princípio da dignidade da pessoa humana. Florianópolis, 2011.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Processo penal: doutrina e prática**. Salvador: JusPodivm, 2009.

DUARTE, Leonardo Lopes de Almeida. **Uma breve análise sobre o inquérito policial brasileiro**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 114, Jul. 2013.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de processo penal brasileiro anotado**. Volume II. Rio de Janeiro: 1976.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: Teoría del Garantismo Penal**. Madri: Trotta, 1995.

\_\_\_\_\_. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Comentários à convenção americana sobre direitos humanos: Pacto de San José da Costa Rica**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de processo penal**. Niterói: Impetus, 2013.

LOPES, Marcus Vinícius Pimenta. **A paridade de armas no processo penal**. Conteúdo Jurídico, Brasília: Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.45031&seo=1>>. Acesso em: 19 jun. 2014

LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

\_\_\_\_\_. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **Bom para quê(m)?**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – nº 188 – Jul. 2008.

MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Volume I. Campinas: Book-seller, 1997.

MAURÍCIO, Bruno; HENRIQUE, Diego. **A possibilidade de investigação defensiva dentro do modelo constitucional brasileiro**. *In*: Revista Liberdades - nº 12 – Jan./Abr. 2013. Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

NETO, Mario Azambuja. **Investigação criminal pelo Ministério Público: para além da questão da (im)possibilidade**. *In*: [http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista\\_sjrj/article/viewFile/194/206](http://www4.jfrj.jus.br/seer/index.php/revista_sjrj/article/viewFile/194/206)

OLIVEIRA, Francisco da Costa. **A defesa e a investigação do crime**. Coimbra: Almedina, 2004.

PRAZERES, Olga Maria; FERNANDES, Luis Felix Bogea. **Investigação criminal: (in) competência do Ministério Público**. *In*: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 94, Nov. 2011.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito processual penal esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guiz compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SUANNES, Aduino. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR; Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito processual penal**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

TUCCI, Rogério Lauria. **Ministério Público e investigação criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1993.